



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2000, Vol. 2, Part 2**

**2000, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2000] 2 F.C., 241-449**

**Renvoi [2000] 2 C.F., 241-449**

---



EDITOR/ARRÉTISTE EN CHEF  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling, Strathy & Henderson  
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers  
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar  
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie  
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B., LL.D., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2000.

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

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.*

ARRÉTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrétiste en chef et le comité consultatif nommés conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B., LL.D.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

*Les rubriques suivantes du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrétistes, 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 arrêts de la Cour fédérale doivent être adressées à: L'arrétiste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, au (613) 995-2706.*

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

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

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

---

*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.gc.ca>*

## CONTENTS

|                     |      |
|---------------------|------|
| Digests .....       | D-19 |
| Appeals Noted ..... | I    |

|                                                                              |            |
|------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) .....</b> | <b>348</b> |
|------------------------------------------------------------------------------|------------|

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of visa officer's denial of application for permanent residence as investor — Applicant having certificate of selection issued by Quebec Immigration — Given disparity between salary, net worth, visa officer requesting documents establishing source of funds to ensure legality thereof — Immigration Act, s. 9(3) requiring production of documentation as required by visa officer to establish admission not contrary to Act, regulations — Given applicant's income, net worth, visa officer's request proper, visa denied on appropriate grounds i.e. unable to verify applicant's admissibility with respect to s. 19 without documentation requested — Burden on applicant to prove entry into Canada would not contravene Act — Applicant not meeting obligation under s. 9(3) — Canada-Quebec Accord, s. 12 indicating Quebec having exclusive jurisdiction over selection, Canada having exclusive jurisdiction over admissibility — Accord not precluding federal immigration authorities from verifying origin of applicant's assets to determine whether should be admitted to Canada — Accord providing for exchange of information, documents between Canada, Quebec — Provincial authorities may examine source of funds for selection purposes; federal

*Continued on next page*

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

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

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

---

*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.cmf.gc.ca>*

## SOMMAIRE

|                          |      |
|--------------------------|------|
| Fiches analytiques ..... | F-23 |
| Appels notés .....       | I    |

|                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Biao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) .....</b> | <b>348</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire du rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente présentée par le demandeur à titre d'investisseur — Le demandeur avait un certificat de sélection délivré par Immigration Québec — Compte tenu de l'écart entre le salaire du demandeur et sa valeur nette, l'agent des visas a demandé des pièces établissant la source des fonds en vue de s'assurer de leur légalité — L'art. 9(3) de la Loi sur l'immigration exige la production des pièces que l'agent des visas exige pour établir que l'admission ne contreviendrait pas à la Loi ou à ses règlements — Étant donné le revenu du demandeur et sa valeur nette, la demande de l'agent des visas était légitime et le visa a été refusé pour des motifs légitimes, à savoir parce que l'agent des visas ne pouvait pas vérifier l'admissibilité du demandeur en vertu de l'art. 19 sans avoir les pièces demandées — Il incombe au demandeur de prouver que son admission au Canada ne contrevient pas à la Loi — Le demandeur ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu de l'art. 9(3) — L'art. 12 de l'Accord Canada-Québec montre que le Québec a une compétence exclusive sur la question de la sélection et que le Canada a une compétence exclusive

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

authorities may examine source of funds in determining admissibility — Serious question of general importance certified: does Canada-Québec Accord limit visa officer's jurisdiction to question source of funds of Quebec-destined applicant for permanent residence in Canada, in order to establish admissibility?

### Canada v. Kakfwi (C.A.) ..... 241

Native peoples — Taxation — Appeal from T.C.C. decision salary received by respondent as Chief of Indian Band exempt from taxation — Indian Act, s. 87 exempting from taxation personal property of Indian situated on reserve — S. 90(1)(b) deeming personal property given to Indians under treaty, agreement “always” situated on reserve — Salary paid out of funds provided by Crown under Band Support Funding (BSF) program — Tax Court holding BSF agreement within s. 90(1)(b) — Appeal allowed — (1) BSF program not agreement within s. 90(1)(b) — S. 90(1)(b) must be interpreted within context of treaty-making process — Tax benefits, protection from attachment in Indian Act, means of ensuring ongoing existence of interests granted in exchange for acknowledgment of Crown sovereignty — Notion of entitlement stemming from exchange involved in treaty-making process reason for deeming property given according to s. 90(1)(b) situated on reserve, regardless of actual *situs* — “Treaty”, “agreement” in s. 90(1)(b) linked to limit extent of agreement to agreement in nature of treaty — (2) Per Noël J.A. (Sexton J.A. concurring; Marceau J.A. dissenting): money not excluded from personal property in s. 90 — (i) As no bar to purchase of money with money, no basis for suggestion by definition “personal property” excluding money — (ii) Parliament's actual contemplation not significant as statutory language embracing notion of “personal property” without express limitation as to form, character — (iii) Money, as any other fungible property, can be segregated in which case maintains character, identity — As money cannot be excluded from s. 90(1)(a), no such limitation in s. 90(1)(b).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sur la question de l'admissibilité — L'Accord n'empêche pas les autorités fédérales de l'Immigration de vérifier l'origine des actifs d'un demandeur afin de pouvoir déterminer s'il doit être admis au Canada — L'Accord prévoit la transmission de renseignements et de documents entre le Canada et le Québec — Les autorités provinciales peuvent vérifier la source des fonds aux fins de la sélection; les autorités fédérales peuvent vérifier la source des fonds aux fins de l'admissibilité — Question grave de portée générale certifiée: L'Accord Canada-Québec limite-t-il la compétence de l'agent des visas de remettre en question la source des fonds d'une personne à destination du Québec qui demande à résider en permanence au Canada afin d'établir l'admissibilité de cette dernière?

### Canada c. Kakfwi (C.A.) ..... 241

Peuples autochtones — Taxation — Appel de la décision de la C.C.I., selon laquelle le salaire qu'a reçu l'intimé en tant que chef de la bande indienne est exempté de taxation — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve — En vertu de l'art. 90(1)(b), les biens meubles qui ont été donnés aux Indiens en vertu d'un traité ou accord sont «toujours» réputés situés sur une réserve — Le salaire a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes (programme FSB) — La Cour de l'impôt a conclu que le programme FSB constituait un accord au sens de l'art. 90(1)(b) — Appel accueilli — 1) Le programme FSB n'est pas un accord au sens de l'art. 90(1)(b) — L'art. 90(1)(b) doit être interprété dans le contexte du processus de conclusion des traités — Les avantages fiscaux et la protection contre les saisies prévus dans la Loi sur les Indiens constituent un moyen d'assurer le maintien des intérêts accordés en contrepartie de la reconnaissance de la souveraineté de la Couronne — Cette notion de droit qui provient de l'échange qu'implique le processus de conclusion des traités est la raison pour laquelle le bien donné en vertu de l'art. 90(1)(b) est réputé situé sur une réserve indépendamment de son *situs* réel — Les termes «traité» et «accord» qui figurent à l'art. 90(1)(b) sont reliés afin de limiter le sens du mot «accord» à celui d'un accord de la nature d'un traité — 2) Juge Noël, J.C.A. (juge Sexton, J.C.A., y souscrivant; juge Marceau, J.C.A., étant dissident): l'expression «biens meubles» contenue à l'art. 90 n'exclut pas l'argent — (i) Comme il n'existe aucune interdiction à l'achat d'argent avec de l'argent, il n'y a aucun fondement à l'affirmation que par définition l'expression «biens meubles» exclut l'argent — (ii) Ce que le législateur a effectivement envisagé n'a aucune importance parce que le langage législatif comprend la notion de «biens meubles» sans limite expresse quant à la forme ou aux qualités — (iii) L'argent, comme tout autre bien fungible, peut être séparé, auquel cas il conserve ses qualités et son identité — Comme l'argent ne peut pas être exclu de la portée de l'art. 90(1)(a), il n'y a aucune limite de ce genre à l'art. 90(1)(b).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Income tax — Exemptions — Indians — Salary paid Indian Band Chief from monies furnished by Crown under Band Support Funding program — Assessment appealed on basis salary tax exempt under Indian Act, ss. 87, 90 — T.C.J. erred in holding amounts paid under “agreement” within Indian Act, s. 90(1)(b) — Respondent’s employment income taxable.

Construction of statutes — Indian Act, s. 90 deeming always situated on reserve personal property purchased by Crown with (a) Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for use, benefit of Indians, bands or (b) personal property given to Indians under treaty, agreement — S. 87 exempting from taxation personal property of Indians situated on a reserve — Taxability of Indian Chief’s salary paid out of funds provided by Crown under Band Support Funding program — (1) Meaning of “agreement” in s. 90(1)(b) — S. 90(1)(b) must be interpreted in context of treaty-making process — Notion of entitlement stemming from exchange involved in treaty-making process — Basic rules of legislative interpretation requiring link between “treaty”, “agreement” — Interpretation supported by use of “accord” in French version of s. 90(1)(b) — “Accord” having clear connotation of idea of pact arrived at by giving, taking by both parties — (2) Money not excluded from “personal property” in s. 90 (Marceau J.A. dissenting) — (i) As no bar to purchase of money with money, no basis for suggestion by definition “personal property” excluding money — (ii) Parliament’s contemplation not significant as statutory language embracing notion of “personal property” without express limitation as to form, character — (iii) Money, as any other fungible property, can be segregated in which case maintains character, identity — As money cannot be excluded from s. 90(1)(a), no such limitation in s. 90(1)(b).

### **Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (C.A.) . . . . . 263**

Environment — Appeal from order allowing application for judicial review of Coast Guard’s decisions proposed bridges over navigable waters not likely to cause significant adverse environmental effects — Logging company obtaining provincial approval to build road; applied for approval to construct bridges over navigable waters, triggering federal environmental assessments — (1) CEAA, s. 15(1) conferring on responsible authority (Coast Guard) power to determine

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Impôt sur le revenu — Exemptions — Indiens — Le salaire qui a été versé au chef de la bande indienne a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes — Il a été fait appel de la cotisation sur le fondement que le salaire est exempté de taxation en vertu des art. 87 et 90 de la Loi sur les Indiens — Le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant que les montants ont été versés en vertu d’un «accord» au sens de l’art. 90(1)(b) de la Loi sur les Indiens — Le revenu d’emploi de l’intimé est imposable.

Interprétation des lois — En vertu de l’art. 90 de la Loi sur les Indiens, sont toujours réputés situés sur une réserve les biens meubles qui ont été: a) soit achetés par la Couronne avec l’argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l’usage et au profit d’Indiens ou de bandes; b) soit donnés aux Indiens en vertu d’un traité ou accord — L’art. 87 exempte de taxation les biens meubles d’un Indien situés sur une réserve — Assujettissement à l’impôt du salaire du chef indien, qui a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes — 1) Sens du mot «accord» contenu à l’art. 90(1)(b) — L’art. 90(1)(b) doit être interprété dans le contexte du processus de conclusion des traités — Cette notion de droit provient de l’échange qu’implique le processus de conclusion des traités — Les règles de base d’interprétation des lois exigent que les termes «traité» et «accord» soient reliés — L’utilisation du mot «accord» dans la version française de l’art. 90(1)(b) appuie cette interprétation — Le mot «accord» a une connotation claire de l’idée d’un pacte signé à la suite de concessions mutuelles de la part des deux parties — 2) L’expression «biens meubles» contenue à l’art. 90 n’exclut pas l’argent (le juge Marceau, J.C.A., étant dissident) — (i) Comme il n’existe aucune interdiction à l’achat d’argent avec de l’argent, il n’y a aucun fondement à l’affirmation que par définition l’expression «biens meubles» exclut l’argent — (ii) Ce que le législateur a envisagé n’a aucune importance parce que le langage législatif comprend la notion de «biens meubles» sans limite expresse quant à la forme ou aux qualités — (iii) L’argent, comme tout autre bien fungible, peut être séparé, auquel cas il conserve ses qualités et son identité — Comme l’argent ne peut pas être exclu de la portée de l’art. 90(1)(a), il n’y a aucune limite de ce genre à l’art. 90(1)(b).

### **Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (C.A.) . . . . . 263**

Environnement — Appel d’une ordonnance ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire à l’encontre des décisions rendues par la Garde côtière selon lesquelles les ponts qu’il était envisagé de construire au-dessus des eaux navigables n’étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — Une société forestière a obtenu l’autorisation de la province pour construire une route; elle demande l’autorisation de cons-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of statutes — Canadian Environmental Assessment Act, s. 15(3) requiring conduct of environmental assessment in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to physical work in opinion of responsible authority likely to be carried out in relation to physical work — Coast Guard (responsible authority) determining proposed bridges over navigable waters not likely to cause significant adverse environmental effects — Determining scope of bridge project not including new logging road, forestry operations — In concluding Coast Guard obliged under s. 15(3) to include road, forestry operations within scope of environmental assessment because “in relation to” bridges, Motions Judge relying on independent utility principle: where individual project not having independent utility, but inextricably intertwined with other projects, must consider all projects — Not helpful in interpretation of s. 15(3) as originating in U.S.A. where constitutional jurisdiction, applicable statutory scheme very different.

### **Frontier International Shipping Corp. v. Tavros (The) (T.D.) ..... 427**

Maritime law — Practice — Arbitration — Plaintiff may have ship arrested in Canada to obtain security for arbitration award at New York — Where plaintiff has no assets within jurisdiction of Court, defendant may not ask Court to order security for counterclaim at arbitration.

Practice — Costs — Security for costs — Where plaintiff has no assets within jurisdiction of Court, defendant may not ask Court to order security for counterclaim at foreign arbitration of dispute in maritime law matter — Nor can defendant obtain security for arbitration costs as matter part of arbitrators' jurisdiction, as Court's capacity to award security for costs limited to proceedings in Federal Court, and as need for security for costs not demonstrated herein — Lack of proper procedure not bar to defendant obtaining interim relief or protection (security for costs) by way of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

n'est pas établi ou qu'il ne se trouve pas à proximité de la zone géographique faisant l'objet de l'évaluation environnementale, il faut prendre d'autres mesures raisonnables (courrier électronique, télécopie) afin de satisfaire aux exigences de l'art. 55 — Les mesures prises par la Garde côtière en matière d'accès au registre public étaient manifestement déraisonnables.

Interprétation des lois — L'art. 15(3) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale prévoit qu'une évaluation environnementale doit être effectuée relativement à toute opération de «construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre» liée à un ouvrage et qui, de l'avis de l'autorité responsable, est susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage — La Garde côtière (autorité responsable) a déterminé que les ponts qu'il était envisagé de construire au-dessus des eaux navigables n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — La détermination de la portée du projet de construction des ponts ne comprend ni la construction routière envisagée, ni l'exploitation forestière — En déterminant que la Garde côtière était tenue aux termes de l'art. 15(3) d'inclure la construction routière et l'exploitation forestière dans la portée de l'évaluation environnementale, du fait qu'elles sont «liées» aux ponts, le juge des requêtes s'est appuyé sur le principe de l'utilité propre: lorsqu'un projet individuel n'a pas une utilité propre mais qu'il est inextricablement lié à d'autres projets, l'autorité responsable doit se pencher sur l'ensemble des projets — Le principe de l'utilité propre n'est d'aucune utilité pour interpréter l'art. 15(3) puisqu'il vient des États-Unis, où les questions de compétence constitutionnelle et l'ensemble des dispositions législatives pertinentes diffèrent considérablement de celles qui s'appliquent au Canada.

### **Frontier International Shipping Corp. c. Tavros (Le) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 427**

Droit maritime — Pratique — Arbitrage — La demanderesse peut faire saisir un navire au Canada en vue d'obtenir un cautionnement à l'égard d'un arbitrage en cours à New York — Lorsque la demanderesse n'a pas d'actifs dans le ressort de la Cour, le défendeur ne peut pas demander à la Cour d'ordonner la remise d'un cautionnement à l'égard de la demande reconventionnelle présentée dans le cadre d'un arbitrage.

Pratique — Frais et dépens — Cautionnement pour les dépens — Dans une affaire de droit maritime, lorsque la demanderesse n'a pas d'actifs dans le ressort de la Cour, le défendeur ne peut pas demander à la Cour d'ordonner la remise d'un cautionnement à l'égard de la demande reconventionnelle présentée dans le cadre d'un arbitrage à l'étranger — Le défendeur ne peut pas non plus obtenir un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage puisque l'affaire relève de la compétence des arbitres, que la Cour ne peut accorder un cautionnement pour les dépens que dans

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

scope of project in relation to which environmental assessment to be conducted — Coast Guard determined scope of bridge projects not including road, forestry operations — S. 15(3) requiring environmental assessment in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment, or other undertaking likely to be carried out “in relation to” physical work — S. 15(3) subsidiary to s. 15(1) — Not imposing obligation on responsible authority to conduct environmental assessment outside scope of project determined by s. 15(1) — “In relation to” in s. 15(3) referring to construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertakings pertaining to life cycle of physical work itself or that are subsidiary or ancillary to physical work — Independent utility principle, applied by Motions Judge, not applicable to interpretation of s. 15(3) — Once each project scoped under s. 15(1), s. 15(3) not requiring environmental assessment to include construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking outside scope of projects — (2) S. 16(1)(a) requiring assessment to consider environmental effects and any cumulative environmental effects likely to result from projects in combination with other projects, activities that have been, will be carried out — S. 16(3) providing scope of factors to be considered under s. 16(1)(a) to be determined by responsible authority — Within responsible authority’s discretion to decide which other projects, activities to include, exclude for purposes of cumulative environmental effects assessment — In not considering matters outside defined scope of projects, and outside federal jurisdiction, Coast Guard misinterpreted s. 16(1)(a), (3) — Assessment not limited to sources within federal jurisdiction — Finding of insignificant environmental effects sufficient to open possibility of cumulative significant environmental effects when other projects taken into account — Not precluding application of cumulative effects portion of s. 16(1)(a), (3) — Coast Guard erred in declining to exercise jurisdiction in cumulative effects analysis under s. 16(1)(a) — (3) S. 55 requiring establishment of public registry to facilitate public access to records — Registry established at Sarnia, Ontario, 2000 miles from projects — Establishment, operation of public registry subject to discretion of responsible authority, but if not established, operated in close proximity to relevant geographic area of environmental assessment, other reasonable means (e.g. e-mail, fax) must be provided to comply with s. 55 — Coast Guard’s actions with respect to access to public registry patently unreasonable.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

truire des ponts franchissant des eaux navigables, ce qui déclenche le mécanisme fédéral d’évaluation environnementale — 1) L’art. 15(1) de la LCÉE accorde à l’autorité responsable (Garde côtière) le pouvoir de déterminer la portée du projet assujéti à l’évaluation environnementale — La Garde côtière a déterminé que la portée des projets de construction des ponts ne comprenait ni la construction routière, ni l’exploitation forestière — L’art. 15(3) prévoit qu’une évaluation environnementale doit être effectuée relativement à toute construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération susceptible d’être réalisée «en liaison» avec l’ouvrage — L’art. 15(3) est subsidiaire par rapport à l’art. 15(1) — L’art. 15(3) n’oblige pas l’autorité responsable à procéder à une évaluation environnementale des éléments qui ne sont pas inclus dans la portée du projet aux termes de l’art. 15(1) — Les mots «liée à» contenus à l’art. 15(3) s’entendent de la construction, de l’exploitation, de la modification, de la désaffectation, de la fermeture ou de toute autre opération ayant trait à la durée de l’ouvrage en question, ou qui est accessoire à cet ouvrage — Le principe de l’utilité propre, que le juge des requêtes a appliqué, n’est pas pertinent quant à l’interprétation de l’art. 15(3) — Une fois la portée des projets déterminée conformément à l’art. 15(1), l’art. 15(3) n’impose pas que l’évaluation environnementale englobe les constructions, exploitations, modifications, désaffectations, fermetures ou autres opérations se situant hors de la portée des projets définis — 2) L’art. 16(1)a) oblige l’autorité responsable à tenir compte des effets environnementaux, y compris les effets cumulatifs, susceptibles d’être causés par les projets, combinés à l’existence d’autres ouvrages ou à la réalisation d’autres projets ou activités — L’art. 16(3) permet à l’autorité responsable de déterminer les facteurs qui doivent être examinés aux termes de l’art. 16(1)a) — La décision relative aux autres projets ou activités devant être inclus ou exclus aux fins de l’évaluation des effets environnementaux cumulatifs relève du pouvoir discrétionnaire conféré à l’autorité responsable — En n’examinant pas les questions qui étaient hors de la portée des projets définis et hors du périmètre de la compétence fédérale, la Garde côtière a mal interprété l’art. 16(1)a) et (3) — L’évaluation n’est pas limitée aux sources relevant de la compétence fédérale — La conclusion selon laquelle il n’y a que des effets environnementaux insignifiants suffit pour soulever la possibilité que des effets environnementaux cumulatifs importants soient produits par d’autres projets — Cette conclusion n’empêche pas l’application de la partie de l’art. 16(1)a) concernant les effets cumulatifs ou de l’art. 16(3) — La Garde côtière a commis une erreur en s’abstenant d’exercer son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l’analyse des effets cumulatifs qu’elle a menée en vertu de l’art. 16(1)a) — 3) L’art. 55 prévoit la mise sur pied d’un registre public afin de faciliter l’accès du public aux documents — Le registre a été établi à Sarnia (Ontario), soit à plus de 2 000 milles des projets — L’établissement et la tenue d’un registre public relèvent du pouvoir discrétionnaire de l’autorité responsable, mais lorsque le registre public

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

incidental request brought on occasion of plaintiff's motion for stay — Defendant awarded costs of providing security — While defendant may not take any security from this jurisdiction to New York arbitration, equitable solution that defendant be awarded costs of this Federal Court action.

Practice — Stay of proceedings — Court cannot make stay conditional upon posting of security for costs of arbitration as matter part of arbitrators' jurisdiction, as Court's capacity to award security for costs limited to proceedings in Federal Court, and as need for security for costs not demonstrated herein.

### **Frontier International Shipping Corp. v. Tavros (The) (T.D.) ..... 445**

Maritime law — Practice — Arbitration — On motion for stay of Federal Court action for breach of charter party in favour of arbitration at New York, Prothonotary granted stay but awarded defendant shipowner costs of action as "interim protection" — Appeal by way of motion from part of order awarding costs against plaintiff — Interim protection within Commercial Arbitration Code, Art. 9 not permitting costs to be awarded in advance, without determination on merits — Such award payment, not "interim", and not "protective" in nature.

Practice — Costs — On motion for stay of action for breach of charter party in favour of arbitration, Prothonotary granted stay but awarded defendant shipowner costs of action as "interim protection" — Appeal by way of motion from part of order awarding costs against plaintiff — Defendant did not seek costs of action at any stage of hearing — Prothonotary erred in awarding costs when action not finally determined, and in awarding costs not sought or spoken to by defendant.

### **Gernhart v. Canada (C.A.) ..... 292**

Income tax — Seizures — Where taxpayer appeals assessment, ITA, s. 176(1) providing MNR must transfer all

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

une instance engagée devant elle et qu'il n'a pas été démontré en l'espèce qu'il était nécessaire d'avoir un cautionnement pour les dépens — L'absence de procédure appropriée n'empêche pas le défendeur d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire (le cautionnement pour les dépens) au moyen d'une demande accessoire présentée dans le cadre de la requête en suspension présentée par la demanderesse — Le défendeur a droit aux dépens relatifs au cautionnement — Le défendeur ne peut pas bénéficier d'un cautionnement accordé dans ce ressort dans le cadre de l'arbitrage, à New York, mais l'équité exige qu'il obtienne les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale.

Pratique — Suspension d'instance — La Cour ne peut pas assortir la suspension à la remise d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage puisque l'affaire relève de la compétence des arbitres, que la Cour ne peut accorder un cautionnement pour les dépens que dans une instance engagée devant elle et qu'il n'a pas été démontré en l'espèce qu'il était nécessaire d'avoir un cautionnement pour les dépens.

### **Frontier International Shipping Corp. c. Tavros (Le) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 445**

Droit maritime — Pratique — Arbitrage — À la suite de la présentation d'une requête visant à faire suspendre une action intentée devant la Cour fédérale par suite de la violation d'une charte-partie en faveur d'un arbitrage à New York, le protonotaire avait accordé la suspension, mais il avait adjugé au propriétaire du navire défendeur les dépens de l'action à titre de «mesure conservatoire provisoire» — Appel par voie de requête de la partie de l'ordonnance par laquelle les dépens étaient adjugés contre la demanderesse — La mesure conservatoire provisoire prévue à l'art. 9 du Code d'arbitrage commercial ne permet pas que les dépens soient adjugés à l'avance sans qu'il soit statué au fond sur l'affaire — L'adjudication n'a rien de «provisoire» et n'est pas de nature «conservatoire»; il s'agit d'un paiement.

Pratique — Frais et dépens — À la suite de la présentation d'une requête visant à faire suspendre une action en raison de la violation d'une charte-partie en faveur d'un arbitrage, le protonotaire avait accordé la suspension, mais il avait adjugé au propriétaire du navire défendeur les dépens de l'action à titre de «mesure conservatoire provisoire» — Appel par voie de requête de la partie de l'ordonnance par laquelle les dépens étaient adjugés contre la demanderesse — La défenderesse n'avait pas sollicité les dépens de l'action à un stade quelconque de l'audience — Le protonotaire a commis une erreur en adjugeant les dépens alors que l'action n'avait pas été menée à terme et en adjugeant des dépens que la défenderesse ne sollicitait pas ou dont elle ne parlait pas.

### **Gernhart c. Canada (C.A.) ..... 292**

Impôt sur le revenu — Saisies — Lorsqu'un contribuable interjette appel d'une cotisation, l'art. 176(1) de la LIR

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

appellant's tax documents to T.C.C., documents thereupon open to public scrutiny — Even though only small degree of privacy attaching to tax returns, Act, s. 176(1) unconstitutional as authorizing unreasonable seizure, contrary to Charter, s. 8 and unjustified by Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of rights — Unreasonable search or seizure — Income Tax Act, s. 176(1) providing MNR must, where taxpayer appeals assessment, transfer all appellant's tax documents to T.C.C., documents thereupon open to public inspection — Even though only small degree of privacy attaching to tax returns, Act, s. 176(1), admittedly no longer serving useful purpose, unconstitutional as authorizing unreasonable seizure, contrary to Charter, s. 8 and unjustified under Charter, s. 1 — Seizure within Charter, s. 8 not limited to "investigative activities".

Judges and Courts — Tax Court of Canada Rules (General Procedure), s. 124 treating documents transmitted by MNR as "part of the record of the Court" but not evidence unless tendered as such — Inappropriate for judge to examine record as may contain material not adduced in accordance with rules of evidence — In our adversarial system, trial not scientific exploration with judge acting as research director.

### **Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) ..... 341**

Administrative law — Judicial review — Declarations — Jurisdiction in Federal Court to grant declaratory relief in judicial review proceedings brought pursuant to Federal Court Act, s. 18 — Where action seeking declaration paralleling judicial review application seeking same relief, statement of claim should be struck as disclosing no reasonable cause of action.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Jurisdiction in Federal Court to grant declaratory relief in judicial review proceedings brought pursuant to Federal Court Act, s. 18 — Where action seeking declaration paralleling judicial review application seeking same relief, statement of claim should be struck as disclosing no reasonable cause of action — To permit parallel proceedings arising from single decision

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

prévoit que le MRN doit transférer tous les documents fiscaux de la partie appelante à la C.C.I., et il est ainsi possible pour le public d'examiner les documents — Bien que les déclarations de revenu ne bénéficient que d'un moindre degré de confidentialité, l'art. 176(1) de la Loi est inconstitutionnel parce qu'il permet une saisie abusive, en violation de l'art. 8 de la Charte et que cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — L'art. 176(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que le MRN doit, lorsqu'un contribuable interjette appel d'une cotisation, transférer tous les documents fiscaux de la partie appelante à la C.C.I., et il est ainsi possible pour le public d'examiner les documents — Bien que les déclarations de revenu ne bénéficient que d'un moindre degré de confidentialité, l'art. 176(1) de la Loi est sans conteste devenu inutile; il est inconstitutionnel parce qu'il permet une saisie abusive en violation de l'art. 8 de la Charte et que cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la Charte — Une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte n'est pas limitée aux «activités d'enquêtes».

Juges et tribunaux — L'art. 124 des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale) traite les documents transmis par le MRN comme «éléments du dossier de la Cour» mais ils ne constituent pas des éléments de preuve à moins qu'ils n'aient été présentés à ce titre — Il est inapproprié qu'un juge examine le dossier qui peut renfermer des éléments qui n'ont pas été présentés conformément aux règles de la preuve — Dans notre système contradictoire, le procès n'est pas censé être une exploration scientifique où le juge joue le rôle de directeur des recherches.

### **Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) ..... 341**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Compétence de la Cour fédérale de rendre un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Lorsque la réparation demandée dans l'action est un jugement déclaratoire et qu'une demande parallèle de contrôle judiciaire est présentée en vue de l'obtention de la même réparation, la déclaration devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Compétence de la Cour fédérale de rendre un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Lorsque la réparation demandée dans l'action est un jugement déclaratoire et qu'une demande parallèle de contrôle judiciaire est présentée en vue de l'obtention de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

would diminish capacity of Court to dispense justice in expedient, efficient manner.

Citizenship and Immigration — Judicial review — Action for declarations Immigration Act, s. 52 unconstitutional and Charter rights infringed paralleling application for judicial review seeking same relief — Statement of claim should be struck as disclosing no reasonable cause of action — Availability of declaratory relief upon judicial review as much matter of statutory interpretation as of practical necessity in immigration law field — Given number of judicial review applications in immigration matters, initiation of parallel but unnecessary proceedings not in best interests of justice.

### **Scheuneman v. Canada (Attorney General) (T.D.) ..... 365**

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Reasonable apprehension of bias — Standard of review — Procedural fairness — Judicial review of P.S.S.R.B. Adjudicator's denial of applicant's grievance of termination — After Minister's arguments, applicant presenting 349-page submission including amendments claiming additional relief — Adjudicator accepting all exhibits adduced by Minister, including letter written by applicant, CHRC complaint form — Attempting to continue hearings after noon until advised hearings scheduled to last only mornings because of applicant's disability (chronic fatigue syndrome) — Reasons addressing some, but not all of issues raised by applicant during hearing — Describing \$10 million damages claim as "contradiction", "ridiculous abuse of grievance process" — Rejected applicant's proposed amendments — (1) Viewed realistically, practically, informed person would not conclude reasonable apprehension Adjudicator biased based on deference to Minister's counsel, comments concerning applicant's efforts to increase relief sought — As master of own procedure, within Adjudicator's discretion to admit CHRC form, weigh relevancy — Admission *per se* not establishing bias — No additional cogent evidence inferring bias — (2)(a) Balancing factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for determining appropriate standard of review, duty of fairness not requiring every argument, issue raised during PSSRA hearing be acknowledged in written reasons — (i) Rights-oriented nature of adjudicator's decision, powers granted by PSSRA favouring greater procedural safeguards — (ii) Adjudicator's decision final under statutory scheme — (iii) That importance of decision for applicant primarily financial militating

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

même réparation, la déclaration devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action — Si des procédures parallèles découlant d'une seule décision pouvaient être engagées, il serait plus difficile pour la Cour de rendre justice avec célérité et d'une façon efficace.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Action intentée en vue de l'obtention de jugements déclaratoires portant que l'art. 52 de la Loi sur l'immigration est inconstitutionnel et qu'il a été porté atteinte aux droits reconnus par la Charte, une demande de contrôle judiciaire visant à l'obtention de la même réparation ayant également été présentée — La déclaration devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action — Dans le domaine du droit de l'immigration, le droit d'obtenir un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire est autant une question d'interprétation de la loi qu'une question de nécessité pratique — Étant donné le grand nombre de demandes de contrôle judiciaire présentées en matière d'immigration, l'introduction de procédures parallèles mais inutiles va à l'encontre de la justice.

### **Scheuneman c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 365**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Crainte raisonnable de partialité — Norme de contrôle — Équité procédurale — Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre de la C.R.T.F.P. rejetant le grief présenté par le demandeur contre son licenciement — Après la présentation des arguments du ministre, le demandeur a déposé des prétentions écrites de 349 pages, y compris des modifications pour demander un redressement additionnel — L'arbitre a accepté le dépôt de toutes les pièces déposées par le ministre, y compris une lettre écrite par le demandeur et un formulaire de plainte de la CCDP — Tentative de continuer l'audience en après-midi, jusqu'à ce qu'on l'informe que les audiences n'étaient prévues qu'en matinée à cause de l'incapacité du demandeur (syndrome de fatigue chronique) — Les motifs ne traitent que d'une partie des questions soulevées par le demandeur à l'audience — Description de la réclamation de 10 millions de dollars comme une «contradiction», «abus ridicule de la procédure de règlement de griefs» — Rejet des modifications proposées par le demandeur — 1) De façon réaliste et pratique, une personne bien renseignée conclurait-elle à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de l'arbitre du fait qu'il s'en remettait constamment à l'avocat du ministre et qu'il a fait certains commentaires au sujet de la tentative du demandeur de bonifier le redressement demandé — Maître de sa propre procédure, l'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter le formulaire de la CCDP et d'en évaluer la pertinence — Cette acceptation ne peut donc en soi justifier la revendication de partialité — Aucune preuve supplémentaire convaincante n'a été présentée pour indiquer l'existence de partialité — 2)(a) Pondérant les facteurs

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

only moderately in favour of strong procedural safeguards — (iv) P.S.S.R.B. Rules of procedure requiring decision to contain “summary” of evidence, suggesting fewer procedural safeguards called for — (b) PSSRA, s. 25 giving Board power to accept evidence as in its discretion sees fit, whether or not admissible in Court — Suggesting minimum of procedural safeguards vis-à-vis admission of evidence — Balanced with other Baker factors, Adjudicator not required by rules of procedural fairness to refuse to admit document given to applicant just prior to hearing — (c) Absence of record of proceedings breaching rules of natural justice only if frustrating Court’s hearing of appeal or review — As Court able to decide all matters on material before it, lack of transcripts not resulting in breach of natural justice.

Public Service — Termination of employment — Judicial review of P.S.S.R.B. Adjudicator’s denial of grievance of termination after eight years on leave without pay — Adjudicator denying amendments to pleadings to claim additional relief — Applying test in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for identifying appropriate rules of procedural fairness, standard of review patent unreasonableness — Critical factor that Adjudicator’s decision within area of expertise — Nature of question involving interpretation, application of procedural matters — Adjudicator’s expertise lies in deciding procedural matters — No regulations cover procedure governing manner in which grievances referred to adjudication — P.S.S.R.B. Regulations, s. 11 providing where procedural matter not provided for by Regulations arising during proceeding before Board, matter dealt with as Board directing — Supporting conclusion certain amount of deference owed to Adjudicator’s decision — Purpose of PSSRA administrative, but terms under which Board operates exception to administrative nature of PSSRA — Adjudicator’s decisions establishing rights as between employees, public service — That Adjudicator’s role under s. 92 rights-oriented favouring greater procedural requirements — Adjudicator relying on *Burchill v. Attorney General of Canada* — *Burchill* standing for proposition grievor may not amend grievance in respect of nature of acts complained of after beginning presentation

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

énoncés dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* pour déterminer la norme appropriée de contrôle, l’obligation d’équité n’exige pas que les motifs écrits fassent état de toutes les questions soulevées à l’audience de la C.R.T.F.P. — (i) Vu le fait que la nature de la décision de l’arbitre porte sur des droits et vu les pouvoirs que la LRTPF lui accorde, une protection procédurale plus importante est indiquée — (ii) Les arbitres sont les décideurs de dernier recours en vertu du régime législatif — (iii) Le fait que l’importance de la décision pour le demandeur était d’abord de nature financière fait qu’une protection procédurale importante est moins essentielle — (iv) Les Règles de procédure de la C.R.T.F.P. précisent que la décision contient un « sommaire » de la preuve, ce qui va dans le sens d’une protection procédurale moins importante — (b) L’art. 25 de la LRTPF donne le pouvoir à la Commission d’accepter la preuve qu’elle juge appropriée, qu’elle soit ou non admissible en justice — Indique qu’une protection procédurale minimale est nécessaire en matière d’acceptation de preuve — En pondérant avec les autres facteurs de Baker, l’arbitre n’était pas tenu en vertu des règles de l’équité procédurale de refuser le dépôt du document remis au demandeur juste avant l’audience — (c) L’absence d’une transcription des procédures ne viole les règles de justice naturelle que si elle empêche les cours de statuer sur une demande d’appel ou de révision — Comme la Cour peut trancher les questions au vu des documents qui lui sont présentés, l’absence d’une transcription ne constitue pas une violation des règles de la justice naturelle.

Fonction publique — Fin d’emploi — Contrôle judiciaire du rejet par l’arbitre de la C.R.T.F.P. d’un grief contre un licenciement après huit ans de congé sans solde — L’arbitre rejette les modifications aux actes de procédure visant à réclamer un redressement additionnel — En appliquant le critère de *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* pour déterminer les règles applicables d’équité procédurale, la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable — Le facteur décisif: la décision de l’arbitre se situe dans le domaine d’expertise de l’arbitre — La question supposait l’interprétation et l’application de règles de procédure — L’expertise de l’arbitre consiste à décider de questions de procédure — Aucun règlement ne traite de la procédure applicable en cas de renvoi d’un grief à l’arbitrage — L’art. 11 du Règlement de la C.R.T.F.P. prévoit que toute question d’ordre procédural qui survient au cours d’une procédure devant la Commission et qui n’est pas prévue au Règlement est traitée de la manière ordonnée par la Commission — Appuie la conclusion qu’une certaine retenue judiciaire est requise face à la décision de l’arbitre — L’objectif de la LRTPF est de nature administrative, mais les dispositions régissant les arbitres font exception à la nature administrative de la Loi — Les décisions des arbitres établissent les droits des employés et de l’administration publique — Comme le rôle de l’arbitre en vertu de l’art. 92 porte sur l’adjudication de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of grievance at hearing — Not wrongly relied upon even though applicant sought to amend relief sought not acts complained of — Adjudicator not exercising discretion in patently unreasonable manner — As to error of fact, Adjudicator in better position than Court on judicial review — None of findings impugned by applicant outside Adjudicator's expertise — Though not necessarily agreeing with every finding of fact, not Court's role to substitute its opinion for that of Adjudicator.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Judicial review of Public Service Staff Relations Board's denial of grievance of termination — Applicant afflicted with chronic fatigue syndrome in 1985 — On leave without pay for eight years prior to termination — Question whether suffered discrimination on ground of disability not having much precedential value, considered as question of mixed fact, law requiring review according to standard of correctness — Treasury Board policy under which granted leave without pay flexible enough to accommodate even those whose illness preventing them from returning to work for many years — Treatment of applicant not *prima facie* discriminatory under Charter, s. 15(1) — No evidence applicant suffered discrimination as result of not being able to peruse transcript of hearing.

### **Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) (T.D.) ..... 400**

Practice — Affidavits — *In camera* application for leave pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 312 to file additional affidavit, containing as exhibits confidential documents prepared for purpose of Chinese regulatory process — Arising in course of application for judicial review of Canadian Government's decision to provide financial assistance with respect to sale of nuclear reactors by AECL to People's Republic of China — AECL submitting documents required to defend against possibility Sierra Club will seek environmental assessment pursuant to Canadian Environmental Assessment Act, ss. 8, 54 — Main concerns in application of r. 312 whether additional material would serve interests of justice, assist Court, not seriously prejudice other side — If documents permit Court to have before it

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

droits, il faut pouvoir compter sur des protections procédurales plus importantes — L'arbitre s'est appuyé sur *Burchill c. Procureur général du Canada* — L'arrêt *Burchill* précise qu'un employé s'estimant lésé ne peut modifier son grief en ce qui concerne la nature des gestes reprochés, dès lors que l'audition de son grief est commencée — On ne s'est pas appuyé à tort sur cet arrêt, même si le demandeur voulait modifier le redressement demandé et non la nature des gestes reprochés — L'arbitre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable — Au sujet des erreurs de fait, l'arbitre est beaucoup mieux placé que la Cour ne l'est dans le cadre du contrôle judiciaire — Les conclusions contestées par le demandeur tombent toutes dans le cadre de l'expertise de l'arbitre — Bien que la Cour ne soit pas nécessairement toujours d'accord avec les conclusions de fait, ce n'est pas son rôle de substituer son avis à celui de l'arbitre.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant le grief présenté contre un licenciement — En 1985, le demandeur a été diagnostiqué comme souffrant du syndrome de fatigue chronique — En congé sans solde pendant huit ans avant son licenciement — La question de savoir si le demandeur a été victime de discrimination au motif de son incapacité ne peut faire jurisprudence et elle est abordée comme une question mixte de fait et de droit, ce qui fait que la norme applicable est celle de la décision correcte — La politique du Conseil du Trésor en vertu de laquelle le congé sans solde a été accordé est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée — Le traitement accordé au demandeur n'est pas discriminatoire à première vue au sens de l'art. 15(1) de la Charte — Aucune preuve que le demandeur a fait l'objet d'une discrimination parce qu'il n'a pu obtenir une transcription de l'audience.

### **Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 400**

Pratique — Affidavits — Requête à huis clos visant à obtenir, en vertu de la règle 312 des Règles de la Cour fédérale (1998), l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire auquel seront annexés des documents confidentiels préparés dans le cadre du processus réglementaire chinois — Requête s'inscrivant dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EAEL à la République populaire de Chine — EAEL a déposé les documents exigés pour empêcher le Sierra Club de demander une évaluation environnementale en vertu des art. 8 et 54 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Pour déterminer si la règle 312 des Règles s'applique, il s'agit au premier

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

evidence material to issues, interests of justice served, unless prejudice to another party shown — Confidential documents relevant to issue of appropriate remedy — Any prejudice caused to Sierra Club arising from delay caused by introduction of documents — Delay explained; not due to AECL's indolence — Delay balanced by desirability of having entire record before Court — Leave granted.

Practice — Confidentiality orders — Application for confidentiality order in respect of application for leave to file additional affidavit containing confidential documents; affidavit, confidential documents themselves — Arising in course of application for judicial review of Canadian Government's decision to provide financial assistance with respect to sale of nuclear reactors by AECL to People's Republic of China — Under Federal Court Rules, 1998, r. 151 Court may order material filed treated as confidential provided satisfied need for confidentiality greater than public interest in open, accessible Court proceedings — Confidential documents property of Chinese authorities — Authorizing disclosure only if confidentiality order issuing — Issues in public domain, not simply matter of individual rights — Documents containing information disclosure of which could be harmful to AECL — Subjective element of test for granting confidentiality order met: AECL believing disclosure of documents harmful to competitive position — Objective part of test met as information consistently treated as confidential by AECL, Chinese authorities; on balance of probabilities disclosure could harm AECL's commercial interests — In public law cases, third component whether public interest in disclosure exceeding risk of harm to party — Where disclosure voluntary, as here, document may be put into evidence in different form or other documents may be available to prove same facts — No evidence as to how relevant evidence could be put before Court in other ways not requiring confidentiality order, but possibility of expunging sensitive information — Need for confidentiality order not exceeding public interest in open justice — Burden of justifying confidentiality order onerous where issue of significant public interest — Nothing suggesting information contained in documents of interest to Court — AECL not prevented from mounting full defence by absence of confidentiality order, except to extent chooses not to put evidence in some form before Court — Public will benefit from open access — Judge not examining documents as voluminous, dealing with technical aspects of nuclear installation and could not be assessed in context.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

chef de savoir si les documents complémentaires sont dans l'intérêt de la justice, s'ils serviront à éclairer le juge et s'ils ne causeront pas un grave préjudice à la partie adverse — Si les documents permettent au tribunal de disposer d'éléments qui ont rapport à un des points litigieux qu'il doit trancher, leur recevabilité est dans l'intérêt de la justice, sauf si l'on peut démontrer qu'ils causeront un préjudice à la partie adverse — Les documents confidentiels se rapportent à la question de la réparation qu'il convient d'accorder — Le préjudice que le Sierra Club pourrait subir serait causé par le retard qu'accuse la présentation des documents — Explication du retard, qui n'est pas attribuable à une inertie de la part d'AECL — Retard compensé par les avantages que comporte le fait pour la Cour de disposer de l'ensemble du dossier — Autorisation accordée.

Pratique — Ordonnances de confidentialité — Demande d'ordonnance de confidentialité se rapportant à une demande d'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire accompagné de documents confidentiels, ainsi que l'affidavit et les documents confidentiels eux-mêmes — Requête s'inscrivant dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine — Aux termes de l'art. 151 des Règles de la Cour fédérale (1998), la Cour peut ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels, à condition d'être convaincue que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires — Documents confidentiels propriété des autorités chinoises — Divulgence autorisée uniquement si la Cour rend une ordonnance de confidentialité — Les questions en litige sont du domaine public et ne portent pas uniquement sur des droits individuels — Les documents renferment des renseignements dont la divulgation pourrait nuire à EACL — Respect de l'élément subjectif du critère permettant de savoir s'il y a lieu de prononcer une ordonnance de confidentialité: EACL estime que la divulgation des documents nuirait à sa position concurrentielle — Respect du volet subjectif du critère: les autorités chinoises et EACL ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels — En outre, la divulgation des renseignements risquerait, selon la prépondérance des probabilités, de compromettre les droits commerciaux d'EACL — En droit public, troisième volet au critère objectif: l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte-t-il sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne? — Lorsque la production est facultative, comme en l'espèce, le document peut être mis en preuve sous une autre forme ou d'autres documents peuvent être déposés pour prouver les mêmes faits — Absence de preuve sur d'autres modes de présentation possibles à la Cour d'éléments de preuve pertinents qui n'exigeraient pas le prononcé d'une ordonnance de confidentialité, mais possibilité de retrancher les passages délicats — La nécessité

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Judges and Courts — Open justice — Confidentiality order sought regarding affidavits containing confidential documents upon application for judicial review of Government's decision to provide financial assistance for sale of nuclear reactors to People's Republic of China by AECL — Confidential documents property of Chinese authorities — Whether public interest in disclosure exceeding risk of harm to party from disclosure consideration in public law cases — Matter of considerable interest to Canadians — Continuing public debate over Canada's role as nuclear technology vendor — Court not satisfied need for confidentiality exceeding public interest in open justice — Conclusion reached without examining voluminous documents on technical aspects of nuclear installation as Judge would be no wiser from perusal.

### **Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) (T.D.) ..... 423**

Judges and Courts — Open Justice — Prothonotary ordering *in camera* hearing of application to file supplementary affidavit including confidential materials and for confidentiality order; materials filed to be treated as confidential — Prothonotary's order silent as to Court's reasons — Pelletier J. inviting parties to make submissions regarding placing of reasons on public file — Reasons published on Federal Court Reports Web site — Also may have been available on QUICKLAW — Notice of appeal filed — Reasons not containing information which, if disclosed, would harm interests of parties — That appeal taken not precluding release of reasons — If reasons not containing confidential information, no reason in principle why should not be released — Conclusion would have been same had reasons not been publicized, but in fact have — If reasons accessible

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de protéger le caractère confidentiel des documents ne l'emporte pas sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires — La charge de justifier le prononcé de l'ordonnance de confidentialité est onéreuse lorsque la question est une question d'intérêt public importante — Rien ne permet de penser que les renseignements contenus dans les documents intéresseraient la Cour — L'absence d'ordonnance de confidentialité n'empêchera pas EACL de préparer une défense pleine et entière, sauf si elle choisit de ne pas porter sous une forme ou une autre les éléments de preuve à la connaissance de la Cour — Le public bénéficiera de la publicité des débats judiciaires — Refus du juge d'examiner les documents, parce qu'ils sont trop volumineux, qu'ils portent sur les aspects techniques d'une installation nucléaire et qu'il ne pourrait les évaluer dans leur contexte.

Juges et tribunaux — Publicité des débats judiciaires — Demande d'ordonnance de confidentialité se rapportant à un affidavit accompagné de documents confidentiels dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine — Documents confidentiels propriété des autorités chinoises — En droit public, il y a lieu de se demander si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne — Question intéressant les Canadiens au plus haut point — Débat public sur le rôle du Canada à titre de vendeur de technologies nucléaires — La Cour n'est pas convaincue que la nécessité de protéger le caractère confidentiel des documents l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires — Conclusion tirée sans examiner la série d'ouvrages volumineux portant sur les aspects techniques d'une installation nucléaire dont se composent les documents confidentiels, étant donné que le juge ne serait pas davantage éclairé s'il examinait ces documents.

### **Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 423**

Juges et tribunaux — Transparence judiciaire — Ordonnance du protonotaire d'entendre à huis clos la demande présentée pour obtenir l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire renfermant des données confidentielles et une ordonnance de confidentialité, et de tenir confidentielles les données produites à l'appui de la demande — L'ordonnance du protonotaire ne précise pas si elle s'applique aux motifs de la décision de la Cour — Le juge Pelletier invite les parties à lui présenter des observations concernant l'opportunité de rendre les motifs publics — Les motifs ont été publiés dans le site Web des Recueils des arrêts de la Cour fédérale — Ils auraient été également accessibles grâce à QUICKLAW — Avis d'appel déposé — Les motifs ne renferment aucun renseignement qui, s'il était dévoilé, nuirait aux intérêts des parties — L'appel interjeté n'empê-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

to part of public, ought to be accessible to all — Reasons dated October 26, 1999 ordered placed on public file.

Practice — Confidentiality orders — Judge inviting submissions regarding placing of reasons on public file — Reasons published on Web sites — Reasons not containing information harmful to parties' interests — That appeal taken not precluding release of reasons — Reasons ordered placed on public file.

### **Tsartlip Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (C.A.) 314**

Native peoples — Lands — Minister leasing land on Indian reserve under Indian Act, s. 58(3) — Respondents given rights of exclusive possession, occupation of two lots on reserve — Intending to develop manufactured home park on one lot for use of non-Indians — Band Council members opposing project — Lease issued to respondent corporation despite Band's opposition — No fiduciary obligation owed by Crown to Band — Standard of review of Minister's decision reasonableness — Decision unreasonable as Band's concerns discarded without proper consideration.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Appellants seeking to set aside Minister's decision to lease land on Indian reserve under Indian Act, s. 58(3) — Crown under no fiduciary obligation to Indian band when acting under s. 58(3) — Purpose of Act band-oriented when use of reserve land at issue — Factors determining standard of review of Minister's decision those outlined by S.C.C. in *Pushpanathan* — Reasonableness appropriate standard herein — Minister bound to give weight to band's concerns where lease detrimental to band — Minister granting lease to substantial detriment of Band without proper consideration of major concerns — Decision unreasonable.

## SOMMAIRE (Fin)

che pas la publication des motifs — Lorsque les motifs ne renferment aucun renseignement confidentiel, il n'y a en principe aucune raison d'interdire leur publication — La conclusion aurait été la même si les motifs n'avaient pas été publiés, mais dans les faits ils l'ont été — Si les motifs ont été mis à la disposition de certaines personnes, ils doivent être rendus accessibles à tous — Ordonnance de rendre publics les motifs datés du 26 octobre 1999.

Pratique — Ordonnances de confidentialité — Le juge a invité les parties à lui présenter des observations concernant l'opportunité de rendre les motifs publics — Motifs publiés dans l'Internet — Les motifs ne renferment aucun renseignement susceptible de nuire aux intérêts des parties — L'appel interjeté ne fait pas obstacle à la publication des motifs — Ordonnance de rendre les motifs publics.

### **Bande indienne Tsartlip c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (C.A.) ... 314**

Peuples autochtones — Terres — Le ministre a octroyé un bail sur une terre située dans une réserve indienne en vertu de l'art. 58(3) de la Loi sur les Indiens — Les intimés ont reçu le droit exclusif de possession et d'occupation de deux lots sur la réserve — Ils visaient à établir un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur un lot — Les membres du conseil de bande s'opposaient au projet — Le bail a été octroyé à la société intimée malgré l'opposition de la bande — La Couronne n'a aucune obligation fiduciaire envers la bande — La norme de contrôle de la décision du ministre est le caractère raisonnable — La décision était déraisonnable, les inquiétudes de la bande ayant été écartées sans examen réel.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Les appelants demandaient l'annulation de la décision du ministre d'octroyer un bail sur une terre située dans une réserve indienne en vertu de l'art. 58(3) de la Loi sur les Indiens — La Couronne n'a aucune obligation fiduciaire envers une bande indienne lorsqu'elle exerce le pouvoir qui lui est conféré par l'art. 58(3) — La Loi vise vraiment à protéger la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve — Les facteurs déterminant la norme de contrôle de la décision du ministre sont ceux qui ont été exposés par la C.S.C. dans *Pushpanathan* — La norme de contrôle appropriée en l'espèce était celle de la décision raisonnable — Le ministre est tenu de donner du poids aux inquiétudes de la bande lorsque le bail cause un préjudice à la bande — En octroyant le bail, le ministre a causé un préjudice substantiel à la bande sans vraiment examiner ses principales inquiétudes — Décision déraisonnable.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Termar Navigation Co.*, [1998] 2 F.C. 328 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-934-97), reasons for judgment handed down 15/3/00.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Canada v. Glengarry Bingo Assn.*, [1999] 2 F.C. D-66 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/4/00.

*Coca-Cola Ltd. v. Pardhan*, [1999] 3 F.C. D-15 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 3/5/00.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canadian Pacific Forest Products Ltd. c. Termar Navigation Co.*, [1998] 2 C.F. 328 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-934-97), les motifs du jugement ayant été prononcés le 15-3-00.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Canada c. Glengarry Bingo Assn.*, [1999] 2 C.F. F-84 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-4-00.

*Coca-Cola Ltée c. Pardhan*, [1999] 3 C.F. F-17 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-5-00.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2000, Vol. 2, Part 2**

**2000, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-932-97

A-932-97

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Everett Kakfwi** (*Respondent*)**Everett Kakfwi** (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA v. KAKFWI (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. KAKFWI (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Noël and Sexton J.J.A.—Vancouver, June 9; Ottawa, September 8, 1999.

Cour d'appel, juges Marceau, Noël et Sexton, J.C.A.—Vancouver, 9 juin; Ottawa, 8 septembre 1999.

*Native peoples — Taxation — Appeal from T.C.C. decision salary received by respondent as Chief of Indian Band exempt from taxation — Indian Act, s. 87 exempting from taxation personal property of Indian situated on reserve — S. 90(1)(b) deeming personal property given to Indians under treaty, agreement “always” situated on reserve — Salary paid out of funds provided by Crown under Band Support Funding (BSF) program — Tax Court holding BSF agreement within s. 90(1)(b) — Appeal allowed — (1) BSF program not agreement within s. 90(1)(b) — S. 90(1)(b) must be interpreted within context of treaty-making process — Tax benefits, protection from attachment in Indian Act, means of ensuring ongoing existence of interests granted in exchange for acknowledgment of Crown sovereignty — Notion of entitlement stemming from exchange involved in treaty-making process reason for deeming property given according to s. 90(1)(b) situated on reserve, regardless of actual situs — “Treaty”, “agreement” in s. 90(1)(b) linked to limit extent of agreement to agreement in nature of treaty — (2) Per Noël J.A. (Sexton J.A. concurring; Marceau J.A. dissenting): money not excluded from personal property in s. 90 — (i) As no bar to purchase of money with money, no basis for suggestion by definition “personal property” excluding money — (ii) Parliament’s actual contemplation not significant as statutory language embracing notion of “personal property” without express limitation as to form, character — (iii) Money, as any other fungible property, can be segregated in which case maintains character, identity — As money cannot be excluded from s. 90(1)(a), no such limitation in s. 90(1)(b).*

*Peuples autochtones — Taxation — Appel de la décision de la C.C.I., selon laquelle le salaire qu’a reçu l’intimé en tant que chef de la bande indienne est exempté de taxation — L’art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de taxation les biens meubles d’un Indien situés sur une réserve — En vertu de l’art. 90(1)(b), les biens meubles qui ont été donnés aux Indiens en vertu d’un traité ou accord sont «toujours» réputés situés sur une réserve — Le salaire a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes (programme FSB) — La Cour de l’impôt a conclu que le programme FSB constituait un accord au sens de l’art. 90(1)(b) — Appel accueilli — 1) Le programme FSB n’est pas un accord au sens de l’art. 90(1)(b) — L’art. 90(1)(b) doit être interprété dans le contexte du processus de conclusion des traités — Les avantages fiscaux et la protection contre les saisies prévus dans la Loi sur les Indiens constituent un moyen d’assurer le maintien des intérêts accordés en contrepartie de la reconnaissance de la souveraineté de la Couronne — Cette notion de droit qui provient de l’échange qu’implique le processus de conclusion des traités est la raison pour laquelle le bien donné en vertu de l’art. 90(1)(b) est réputé situé sur une réserve indépendamment de son situs réel — Les termes «traité» et «accord» qui figurent à l’art. 90(1)(b) sont reliés afin de limiter le sens du mot «accord» à celui d’un accord de la nature d’un traité — 2) Juge Noël, J.C.A. (juge Sexton, J.C.A., y souscrivant; juge Marceau, J.C.A., étant dissident): l’expression «biens meubles» contenue à l’art. 90 n’exclut pas l’argent — (i) Comme il n’existe aucune interdiction à l’achat d’argent avec de l’argent, il n’y a aucun fondement à l’affirmation que par définition l’expression «biens meubles» exclut l’argent — (ii) Ce que le législateur a effectivement envisagé n’a aucune importance parce que le langage législatif comprend la notion de «biens meubles» sans limite expresse quant à la forme ou aux qualités — (iii) L’argent, comme tout autre bien fungible, peut être séparé, auquel cas il conserve ses qualités et son identité — Comme l’argent ne peut pas être exclu de la portée de l’art. 90(1)(a), il n’y a aucune limite de ce genre à l’art. 90(1)(b).*

*Income tax — Exemptions — Indians — Salary paid Indian Band Chief from monies furnished by Crown under Band Support Funding program — Assessment appealed on basis salary tax exempt under Indian Act, ss. 87, 90 — T.C.J. erred in holding amounts paid under “agreement” within Indian Act, s. 90(1)(b) — Respondent’s employment income taxable.*

*Construction of statutes — Indian Act, s. 90 deeming always situated on reserve personal property purchased by Crown with (a) Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for use, benefit of Indians, bands or (b) personal property given to Indians under treaty, agreement — S. 87 exempting from taxation personal property of Indians situated on a reserve — Taxability of Indian Chief’s salary paid out of funds provided by Crown under Band Support Funding program — (1) Meaning of “agreement” in s. 90(1)(b) — S. 90(1)(b) must be interpreted in context of treaty-making process — Notion of entitlement stemming from exchange involved in treaty-making process — Basic rules of legislative interpretation requiring link between “treaty”, “agreement” — Interpretation supported by use of “accord” in French version of s. 90(1)(b) — “Accord” having clear connotation of idea of pact arrived at by giving, taking by both parties — (2) Money not excluded from “personal property” in s. 90 (Marceau J.A. dissenting) — (i) As no bar to purchase of money with money, no basis for suggestion by definition “personal property” excluding money — (ii) Parliament’s contemplation not significant as statutory language embracing notion of “personal property” without express limitation as to form, character — (iii) Money, as any other fungible property, can be segregated in which case maintains character, identity — As money cannot be excluded from s. 90(1)(a), no such limitation in s. 90(1)(b).*

This was an appeal from the Tax Court of Canada decision holding that salary received by the respondent as Chief of the Fort Good Hope Dene Indian Band in 1992 was exempt from taxation. The respondent’s salary was paid out of funds provided by the Crown under the Band Support Funding (BSF) program, under which the federal government provides funds to support core funding of band councils and their activities throughout the country. *Indian Act*, subsection 87(1) exempts from taxation the personal property of an Indian situated on a reserve. Paragraph 90(1)(a) deems always to be situated on a reserve personal property that was purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands. Paragraph 90(1)(b) provides that personal property that was given to Indians under a

*Impôt sur le revenu — Exemptions — Indiens — Le salaire qui a été versé au chef de la bande indienne a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes — Il a été fait appel de la cotisation sur le fondement que le salaire est exempté de taxation en vertu des art. 87 et 90 de la Loi sur les Indiens — Le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant que les montants ont été versés en vertu d’un «accord» au sens de l’art. 90(1)(b) de la Loi sur les Indiens — Le revenu d’emploi de l’intimé est imposable.*

*Interprétation des lois — En vertu de l’art. 90 de la Loi sur les Indiens, sont toujours réputés situés sur une réserve les biens meubles qui ont été: a) soit achetés par la Couronne avec l’argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l’usage et au profit d’Indiens ou de bandes; b) soit donnés aux Indiens en vertu d’un traité ou accord — L’art. 87 exempte de taxation les biens meubles d’un Indien situés sur une réserve — Assujettissement à l’impôt du salaire du chef indien, qui a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes — 1) Sens du mot «accord» contenu à l’art. 90(1)(b) — L’art. 90(1)(b) doit être interprété dans le contexte du processus de conclusion des traités — Cette notion de droit provient de l’échange qu’implique le processus de conclusion des traités — Les règles de base d’interprétation des lois exigent que les termes «traité» et «accord» soient reliés — L’utilisation du mot «accord» dans la version française de l’art. 90(1)(b) appuie cette interprétation — Le mot «accord» a une connotation claire de l’idée d’un pacte signé à la suite de concessions mutuelles de la part des deux parties — 2) L’expression «biens meubles» contenue à l’art. 90 n’exclut pas l’argent (le juge Marceau, J.C.A., étant dissident) — (i) Comme il n’existe aucune interdiction à l’achat d’argent avec de l’argent, il n’y a aucun fondement à l’affirmation que par définition l’expression «biens meubles» exclut l’argent — (ii) Ce que le législateur a envisagé n’a aucune importance parce que le langage législatif comprend la notion de «biens meubles» sans limite expresse quant à la forme ou aux qualités — (iii) L’argent, comme tout autre bien fungible, peut être séparé, auquel cas il conserve ses qualités et son identité — Comme l’argent ne peut pas être exclu de la portée de l’art. 90(1)(a), il n’y a aucune limite de ce genre à l’art. 90(1)(b).*

Il s’agit d’un appel de la décision de la Cour canadienne de l’impôt, selon laquelle le salaire qu’a reçu l’intimé en tant que chef de la bande indienne dénée de Fort Good Hope en 1992 est exempté de taxation. Le salaire de l’intimé a été prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes (programme FSB)—un programme par lequel le gouvernement fédéral attribue des fonds pour supporter le financement de base des conseils de bande et de leurs activités dans tout le pays. Le paragraphe 87(1) de la *Loi sur les Indiens* exempte de taxation les biens meubles d’un Indien situés sur une réserve. En vertu de l’alinéa 90(1)a), les biens meubles qui ont été achetés par Sa Majesté avec l’argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l’usage et au profit d’Indiens ou de bandes sont toujours

treaty or agreement between a band and Her Majesty shall be deemed always to be situated on a reserve. The Tax Court Judge held that the BSF funding was an agreement within paragraph 90(1)(b). Thus section 87 exempted the salary from taxation.

The issues were: (1) whether the BSF funds were paid to a Band pursuant to the type of agreement to which paragraph 90(1)(b) applies; and (2) if so, whether the respondent's salary fell within paragraph 90(1)(b).

*Held*, the appeal should be allowed.

*Per* Marceau J.A.: (1) The BSF program, if it can be said to be an agreement on the sole basis that the bands "consent" to take the funds and use them for certain basic programs for the benefit of their members, is not an agreement within the meaning of paragraph 90(1)(b). According to La Forest J. in *Mitchell v. Peguis Indian Band* paragraph 90(1)(b) must be interpreted within the context of the treaty-making process. Tax benefits and protection from attachment provided in the *Indian Act* are part of the treaty-making process, and a means of ensuring the ongoing existence of whatever interests may have been granted in exchange for acknowledgement of Crown sovereignty. This notion of entitlement stemming from the exchange involved in the treaty-making process is why property given according to paragraph 90(1)(b) is deemed to be situated on a reserve regardless of actual *situs*. An application of the basic rules of legislative interpretation, which require that the terms "treaty" and "agreement" in paragraph 90(1)(b) be linked together so as to limit the extent of the word "agreement" to that of "ancillary agreement" i.e. an agreement in the nature of a treaty or attached to a treaty, is wholly supported by the history of the protective tax regime adopted by Parliament in furtherance of the duties of the Crown toward Indians.

Furthermore, use by Parliament of "accord" in the French version of paragraph 90(1)(b) has a clear connotation of the idea of a pact arrived at by the giving and taking by both parties, and is therefore a word closely related to treaty.

(2) Neither money as such nor the receipt of money as wages were meant to be included in "personal property" in subsection 90(1). The terms "personal property" and "*biens meubles*" were not used by Parliament in subsection 90(1) in their all-inclusive sense. On enacting paragraph 90(1)(a), Parliament could not have had in mind a notion of personal property that included money *per se*. While theoretically moneys may be acquired with moneys, nothing within the *Indian Act* would appear to contemplate such transactions. And if money *per se* was not included in the notion of

réputés situés sur une réserve. Aux termes de l'alinéa 90(1)b), les biens meubles qui ont été donnés aux Indiens en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté sont toujours réputés situés sur une réserve. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le programme FSB constituait un accord au sens de l'alinéa 90(1)b). En conséquence, en vertu de l'article 87, le salaire était exempté de taxation.

Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) les fonds du programme FSB sont-ils versés à une bande en vertu du type d'accord auquel s'applique l'alinéa 90(1)b)?; et 2) dans l'affirmative, le salaire de l'intimé rentre-t-il dans les limites de l'alinéa 90(1)b)?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Le juge Marceau, J.C.A.: 1) Le programme FSB, si l'on peut en dire qu'il s'agit d'un accord sur la seule base que la bande «consent» à prendre les fonds et à les utiliser pour certains programmes de base au bénéfice de ses membres, n'est pas un accord au sens de l'alinéa 90(1)b). Selon le juge La Forest, dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, l'alinéa 90(1)b) doit être interprété dans le contexte du processus de conclusion des traités. Les avantages fiscaux et la protection contre les saisies prévus dans la *Loi sur les Indiens* font partie du processus de conclusion des traités et constituent un moyen d'assurer le maintien de tout intérêt qui a pu être accordé en contrepartie de la reconnaissance de la souveraineté de la Couronne. Cette notion de droit qui provient de l'échange qu'implique le processus de conclusion des traités est la raison pour laquelle le bien donné en vertu de l'alinéa 90(1)b) est réputé situé sur une réserve indépendamment de son *situs* réel. Une application des règles de base d'interprétation des lois, qui exigent que les termes «traité» et «accord» qui figurent à l'alinéa 90(1)b) soient reliés afin de limiter le sens du mot «accord» à celui d'«accord accessoire» (i.e. un accord de la nature d'un traité ou qui est annexé à un traité), est totalement étayée par l'historique des régimes fiscaux protecteurs adoptés par le Parlement pour servir les obligations de la Couronne à l'égard des Indiens.

En outre, le mot «accord» qu'a utilisé le législateur dans la version française de l'alinéa 90(1)b) a une connotation claire de l'idée d'un pacte signé à la suite des concessions mutuelles de la part des deux parties, et il est en conséquence un mot très proche du mot traité.

2) On n'a pas voulu que les fonds en tant que tels, ni la réception de ces fonds à titre de salaire ne soient compris dans l'expression «biens meubles» contenue au paragraphe 90(1). Les expressions «biens meubles» et «*personal property*» n'ont pas été utilisées par le législateur dans leur acception la plus large au paragraphe 90(1). En édictant l'alinéa 90(1)a), le législateur ne pouvait pas avoir à l'esprit un concept de bien meuble qui comprenait l'argent en tant que tel. Bien que théoriquement, l'argent puisse être acquis avec des fonds, rien dans la *Loi sur les Indiens* ne paraît

personal property envisaged by Parliament in adopting paragraph 90(1)(a), Parliament would not have switched to a more inclusive notion in enacting paragraph 90(1)(b). There is a basic rule of proper legislative writing which requires that a term be taken in the same sense when used twice in the same provision. The argument drawn from the presence of “moneys” in paragraph 90(1)(a) does not allow any inference that would go beyond “money” to include all intangible property.

The conclusion that money *per se* does not fall within the rubric of “personal property” was also based on the fact that section 90 implies a form of personal property that subsists and keeps its identity, autonomy and character at least for a time, as demonstrated by the use of the word “always” in paragraph 90(1)(b), and the provision of subsection 90(2) (voiding transactions purporting to pass title to any property deemed situated on a reserve by section 90 unless certain conditions are satisfied) which money *per se* cannot satisfy.

Having concluded that, for the purposes of subsection 90(1), money is not personal property, neither income nor the receipt of income constitute personal property for the purposes of subsection 90(1). This interpretation results in a distinction, in terms of taxable status, of an Indian chief’s income stemming from his office depending upon whether or not the duties of the chief are associated with an actual reserve. If such disparity is judged to be unwarranted or unfair, the remedy lies with Parliament.

The BSF funds from which the respondent’s salary was taken were not paid to his Band pursuant to a treaty or some ancillary agreement and, in any event, moneys *per se* or the receipt of money as wages do not constitute the “personal property” to which the deeming provision of section 90, and the resulting protection from tax under section 87, can apply.

*Per* Noël J.A. (*concurring in the result*; Sexton J.A. concurring): (1) The Tax Court Judge erred in holding that the amounts in issue were paid to the respondent under an “agreement” within the meaning of paragraph 90(1)(b).

(2) (i) There is no bar in law or in principle to the purchase of money with money and hence no basis for the suggestion that by definition the term “personal property” in paragraph 90(1)(a) excludes money. (ii) Whether or not Parliament actually contemplated personal property that is money when the *Indian Act* was introduced was not significant. The statutory language used by Parliament embraces the notion of “personal property” without any express limitation as to its form or character. (iii) There is no basis

envisager de telles opérations. Si l’argent en tant que tel n’était pas inclus dans le concept de biens meubles envisagé par le législateur quand il a adopté l’alinéa 90(1)a), le législateur ne se serait pas tourné vers un concept plus universel en adoptant l’alinéa 90(1)b). Il existe une règle de base de bonne rédaction législative qui exige qu’une expression soit utilisée dans le même sens lorsqu’elle est utilisée deux fois dans la même disposition. L’argument tiré de la présence du mot «fond» à l’alinéa 90(1)a) ne permet aucune inférence qui irait au-delà de l’«argent», de manière à inclure tous les biens immatériels.

La conclusion que l’argent en tant que tel n’entre pas dans la catégorie des «biens meubles» est également fondée sur le fait que l’article 90 implique une forme de bien meuble qui subsiste et conserve son identité, son autonomie et son caractère au moins pour un temps, tel que le démontre l’utilisation du mot «toujours» à l’alinéa 90(1)b) et la disposition du paragraphe 90(2) (selon laquelle toute opération visant à transférer la propriété d’un bien réputé, en vertu de l’article 90, situé sur une réserve est nulle à moins que certaines conditions ne soient remplies) à laquelle l’argent en tant que tel ne peut satisfaire.

Étant arrivé à la conclusion que, aux fins du paragraphe 90(1), l’argent n’est pas un bien meuble, la Cour conclut que ni le revenu ni la réception de ce revenu ne constitue un bien meuble aux fins de ce paragraphe. Cette interprétation entraîne, sur le plan de l’assujettissement à l’impôt du revenu qu’un chef indien tire de sa charge, une distinction qui repose sur la question de savoir si les fonctions du chef sont associées à une véritable réserve. Si une telle différence est jugée injustifiée ou inéquitable, le remède est entre les mains du législateur.

Les fonds du programme FSB d’où provient le salaire de l’intimé n’ont pas été versés à sa bande en application d’un traité ou d’un accord accessoire et, en tout cas, les fonds en tant que tels ou la réception de fonds à titre de salaire ne constituent pas les «biens meubles» auxquels la présomption créée par l’article 90 et la protection contre la taxation qui résulte de l’article 87 peuvent s’appliquer.

Le juge Noël, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*; le juge Sexton, J.C.A., y souscrivant): 1) Le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant que les montants en question ont été versés à l’intimé en vertu d’un «accord» au sens de l’alinéa 90(1)b).

2) (i) Il n’existe aucune interdiction en droit ou en principe à l’achat d’argent avec de l’argent et, de là, aucun fondement à l’affirmation que par définition l’expression «biens meubles» à l’alinéa 90(1)a) exclut l’argent. (ii) La question de savoir si le législateur a effectivement envisagé des biens meubles qui sont de l’argent lors du dépôt de la *Loi sur les Indiens* n’a pas d’importance. Le langage législatif utilisé par le législateur comprend la notion de «biens meubles» sans aucune limite expresse quant à sa



for the suggestion that the wording of section 90 implies a form of personal property other than money. Money, as any other fungible property, can be segregated in which case it maintains its character and identity.

Therefore money *per se* cannot, as a matter of statutory interpretation, be excluded from the ambit of paragraph 90(1)(a) and it follows that no such limitation can be read into paragraph 90(1)(b). Indian money can be invested, used to purchase property or exchanged for services. When Indian money is used to purchase personal property, whether tangible or intangible, paragraph 90(1)(a) provides that the property so purchased (and its replacement so long as it remains personal property), shall irrespective of its location, be deemed to be situated on the reserve. It follows that where Indian money is invested off reserve, whether by the purchase of a money obligation or by merely depositing it in a bank account, the ensuing entitlement to the repayment, which in law constitutes personal property, is deemed to be situated on the reserve. There is no basis in fact or in law for excluding such personal property from the ambit of paragraph 90(1)(a) or section 90 as a whole.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 87(1),(2), 90(1),(2),(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

##### CONSIDERED:

*Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*, [1983] 5 W.W.R. 117; (1983), 22 Man. R. (2d) 286; [1983] 4 C.N.L.R. 50 (Q.B.); *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Bachrach v. Nelson*, 182 N.E. 909 (1932).

##### REFERRED TO:

*Kuhn v. Starr*, October 28, 1976 (Man. Q.B.), unreported; *Mintuck v. Valley River Band No. 63A et al.* (1977), 83 D.L.R. (3d) 324; [1978] 2 W.W.R. 159; 9

forme ou à ses qualités. (iii) Il n'existe aucun fondement permettant d'affirmer que la formulation de l'article 90 implique une forme de biens meubles autre que de l'argent. L'argent, comme tout autre bien fungible, peut être séparé, auquel cas il conserve ses qualités et son identité.

En conséquence, l'argent en tant que tel, sur le plan de l'interprétation des lois, ne peut pas être exclu de la portée de l'alinéa 90(1)a) et il s'ensuit qu'aucune limite de ce genre ne peut être trouvée dans l'alinéa 90(1)b). L'argent indien peut être investi, utilisé pour acheter des biens ou échangé contre des services. Lorsque l'argent indien est utilisé pour acheter des biens meubles, qu'ils soient matériels ou immatériels, l'alinéa 90(1)a) prévoit que le bien ainsi acheté (et le bien qui le remplace tant qu'il reste un bien meuble) est considéré situé sur la réserve, indépendamment de l'endroit où il se trouve. Il s'ensuit que, lorsque de l'argent indien est investi en dehors de la réserve, que ce soit par l'achat d'une obligation monétaire ou par un simple dépôt dans un compte bancaire, le droit au remboursement qui s'ensuit, qui est un bien meuble en droit, est réputé situé sur la réserve. Il n'y a aucun fondement, en droit ou en fait, qui permet d'exclure ces biens meubles de la portée de l'alinéa 90(1)a) ou de l'article 90 dans son ensemble.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87(1), (2), 90(1),(2),(3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*, [1983] 5 W.W.R. 117; (1983), 22 Man. R. (2d) 286; [1983] 4 C.N.L.R. 50 (B.R.); *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Bachrach v. Nelson*, 182 N.E. 909 (1932).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Kuhn v. Starr*, 28 octobre 1976 (B.R. Man.), décision inédite; *Mintuck v. Valley River Band No. 63A et al.* (1977), 83 D.L.R. (3d) 324; [1978] 2 W.W.R. 159; 9

C.N.L.C. 229 (Man. Q.B.); *Fricke v. Mitchell*, [1986] 1 W.W.R. 544; (1985), 67 B.C.L.R. 227; [1986] 1 C.N.L.R. 11 (S.C.); *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; 9 C.N.L.C. 268; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (T.D.).

C.N.L.C. 229 (B.R. Man.); *Fricke v. Mitchell*, [1986] 1 W.W.R. 544; (1985), 67 B.C.L.R. 227; [1986] 1 C.N.L.R. 11 (C.S.); *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; 9 C.N.L.C. 268; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

*Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le)*, Paris: Dictionnaire Le Robert, 1993. «accord».

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from the Tax Court of Canada decision holding that salary received by the respondent as an Indian Band Chief out of funds provided by the Crown under the Band Support Funding program was exempt from taxation pursuant to *Indian Act*, sections 87 and 90 (*Kakfwi v. Canada*, [1998] 2 C.N.L.R. 26; [1998] 1 C.T.C. 2695; (1998), 98 DTC 1283). Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*E. Michael Wheeler* for appellant.  
*Michael P. Carroll, Q.C.* and *Sarah P. Pike* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Davis & Company*, Vancouver, for respondent.

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

[1] MARCEAU J.A.: The facts of this appeal brought against a decision of the Tax Court of Canada [[1998] 2 C.N.L.R. 26] are straightforward.

[2] The respondent is an Indian as defined by the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] and is a member of the Fort Good Hope Dene Indian Band located within the Northwest Territories. In 1992, as Chief of the Band, he was paid a salary of \$56,420. Such moneys were paid out of funds provided by the Crown under

## DOCTRINE

*Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le)*, Paris: Dictionnaire Le Robert, 1993. «accord».

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL de la décision de la Cour canadienne de l'impôt, selon laquelle le salaire reçu par l'intimé en tant que chef de la bande indienne et prélevé sur les fonds fournis par la Couronne en vertu du programme de financement du soutien des bandes est exempté de taxation conformément aux articles 87 et 90 de la *Loi sur les Indiens (Kakfwi c. Canada, [1998] 2 C.N.L.R. 26; [1998] 1 C.T.C. 2695; (1998), 98 DTC 1283)*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*E. Michael Wheeler* pour l'appelant.  
*Michael P. Carroll, c.r.* et *Sarah P. Pike* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Davis & Company*, Vancouver, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Les faits du présent appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt [[1998] 2 C.N.L.R. 26] sont simples.

[2] L'intimé est un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] et est membre de la bande indienne dénée de Fort Good Hope située dans les Territoires du Nord-Ouest. En 1992, en tant que chef de la bande, il a reçu un salaire de 56 420 \$. Ces sommes ont été prises à même les fonds fournis par la

a program known as Band Support Funding (BSF)—a program by which funds have been provided by the federal government to support core funding of band councils and their activities throughout the country. The appellant was assessed by the Minister with respect to taxes owing from this salary in the 1992 taxation year. This assessment was appealed on the basis that the salary was exempt from taxation due to the operation of subsections 87(1) and (2) and subsection 90(1) of the *Indian Act*. These provisions, along with related subsections 90(2) and (3), read as follows:

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property;

. . .

**90.** (1) For the purposes of section 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve is guilty of an offence.

Couronne en vertu d'un programme connu sous le nom de financement du soutien des bandes (programme FSB)—un programme par lequel des fonds ont été attribués par le gouvernement fédéral pour supporter le financement de base des conseils de bande et de leurs activités dans tout le pays. L'appellant a fait l'objet d'une cotisation établie par le ministre relativement à des impôts dus sur ce salaire pour l'année d'imposition 1992. Il a été fait appel de cette cotisation sur le fondement que ce salaire était exempté de taxation en vertu des paragraphes 87(1) et (2) et 90(1) de la *Loi sur les Indiens*. Ces dispositions ainsi que les paragraphes connexes 90(2) et (3) se lisent comme suit:

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

[ . . . ]

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été:

a) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;

b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

(2) Toute opération visant à transférer la propriété d'un bien réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve, ou un droit sur un tel bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) commet une infraction; commet aussi une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du ministre, un bien meuble réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve.

[3] The Tax Court Judge allowed the appeal ordering a reassessment on the basis that salary received by the respondent not be included in computing the respondent's income for the 1992 taxation year. In so deciding, the Judge first determined that BSF funding was sufficient so as to be viewed as an agreement between a band and Her Majesty. The Judge then purported to rely upon the judgment of La Forest J. in *Mitchell v. Peguis Indian Band*<sup>1</sup> in holding that this is the type of agreement to which paragraph 90(1)(b) is to apply. The Judge noted that La Forest J. differentiated [at page 32] between property which the Indians held and acquired in "their capacity as Indians, which paragraph 90(1)(b) is there to protect through the concept of notional situs, and that which is held by Indians in the course of and as the result of their activities in what he calls 'the commercial mainstream'". Although the evidence was to the effect that the payments were not made in accordance with the obligations of Treaty No. 11, the property was nonetheless held by "Indians *qua* Indians". As such, the agreement was within the contemplation of paragraph 90(1)(b). The Judge then rejected the Crown's argument that, even if the protection from taxation resulting from paragraph 90(1)(b) was found to extend to the BSF funds in the hands of the Band, such protection was not available when those funds were subsequently turned over as salary by the Band to the respondent. In so doing, he determined [at page 34] that the word "always" within the phrase "shall be deemed always to be situated on a reserve" is to be interpreted as meaning that "the funds shall be deemed to be situated on a reserve for so long as they are traceable, and are to be found in the hands of either an Indian or a Band". Given such conclusion, the Tax Court Judge held that the provisions of section 87 were to be given effect, resulting in tax exemption with respect to the salary.

[4] The appeal is launched on two grounds: that the BSF funds are not paid to a band pursuant to the type of agreement to which paragraph 90(1)(b) of the Act applies; and that even if they were, the respondent's employment income does not fall within the confines

[3] Le juge de la Cour de l'impôt a accueilli l'appel et a ordonné qu'on établisse une nouvelle cotisation qui tient compte du fait que ce salaire reçu par l'intimé ne doit pas être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1992. En rendant cette décision, le juge a tout d'abord établi que le programme FSB était suffisant pour être considéré comme un accord entre une bande et Sa Majesté. Le juge a ensuite expliqué qu'il s'appuyait sur la décision du juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*<sup>1</sup> en concluant qu'il s'agissait en l'espèce d'un type d'accord auquel l'alinéa 90(1)(b) s'applique. Le juge a indiqué [à la page 32] que le juge La Forest avait fait la différence entre les biens que les Indiens détenaient et avaient acquis «en leur qualité d'Indiens, que l'alinéa 90(1)(b) vise à protéger grâce au concept du *situs* fictif, et ceux qui sont détenus par des Indiens dans le cadre et par suite de leurs activités sur ce qu'il appelle le "marché commercial"». Même si la preuve établissait que les paiements n'avaient pas été faits en conformité avec les obligations du traité n° 11, le bien était néanmoins détenu par des «Indiens en tant qu'Indiens». Par conséquent, l'accord était soumis à l'alinéa 90(1)(b). Le juge a alors rejeté l'allégation de la Couronne que, même s'il était conclu que l'exemption d'imposition découlant de l'alinéa 90(1)(b) pouvait s'appliquer aux fonds du programme FSB qui se trouvent entre les mains de la bande, une telle protection ne s'appliquait plus une fois que ces fonds avaient subséquentement été versés par la bande à l'intimé à titre de salaire. Ce faisant, il a déterminé [à la page 34] que le mot «toujours» dans la phrase «sont toujours réputés situés sur une réserve» doit être interprété de façon à signifier que «les fonds sont réputés être situés sur une réserve tant qu'on peut savoir où ils se trouvent et qu'ils sont entre les mains soit d'un Indien, soit d'une bande». Vu cette conclusion, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les dispositions de l'article 87 devaient s'appliquer, ce qui accordait une exemption d'impôts relativement au salaire.

[4] L'appel est interjeté pour deux motifs: que les fonds du programme FSB ne sont pas versés à une bande en vertu du type d'accord auquel s'applique l'alinéa 90(1)(b) de la Loi; et que même si c'était le cas, le revenu d'emploi de l'intimé ne rentre pas dans

of paragraph 90(1)(b) of the Act. I have come to the conclusion that both grounds are substantially valid although I would express them somewhat differently. I would say, first, that the BSF program—if it can be said to be an agreement on the sole basis that the bands “consent” to take the funds and use them for certain basic programs for the benefit of their members, a view which strikes me as stretching the notion of a convention between parties—is certainly not an agreement within the meaning of paragraph 90(1)(b) of the Act. I would then add that, in any event, wages paid to and received by an employee of the band as compensation for his or her services, whatever be the source of funding of the band, cannot be said to be the type of “personal property” contemplated by subsection 90(1) of the Act.

## I

[5] For my first legal proposition—that the BSF program, assuming that it can be viewed as a sort of agreement, is not of the type to which paragraph 90(1)(b) applies—I need not rely on any other authority than the landmark decision of the Supreme Court in *Mitchell* and the analysis developed therein by La Forest J. in interpreting the provisions of paragraph 90(1)(b) which were approved by six of the seven members of the Court.

[6] Proceeding first to a strict interpretation of the words of the provision, La Forest J. stated as follows (at page 124):

... as I see it, the terms “treaty” and “agreement” in s. 90(1)(b) take colour from one another. It must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown; see for an example of such an agreement *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385 (T.D.).

Finally, the use of the term “given” in s. 90(1)(b) can be taken as a distinct and pointed reference to the process of cession of Indian lands.

[7] As demonstrated by La Forest J., this textual interpretation which frames the context of paragraph

les limites de l’alinéa 90(1)(b) de la Loi. Je suis arrivé à la conclusion que les deux motifs sont substantiellement valides mais je les exprimerais de manière quelque peu différente. Je voudrais dire tout d’abord, que le programme de FSB—si l’on peut en dire qu’il s’agit d’un accord sur la seule base que la bande «consent» à prendre les fonds et à les utiliser pour certains programmes de base au bénéfice de ses membres, une façon de voir qui me paraît forcer la notion d’accord entre les parties—n’est certainement pas un accord au sens de l’alinéa 90(1)(b) de la Loi. Je voudrais ensuite ajouter que, dans tous les cas, les salaires qui sont versés à un employé de la bande à titre de compensation pour ses services, quelle que soit la source du financement de la bande, ne peuvent pas faire partie de la catégorie des «biens meubles» envisagée par le paragraphe 90(1) de la Loi.

## I

[5] Pour ma première proposition juridique—que le programme de FSB, présumant qu’il peut être considéré comme un type d’accord, n’est pas du type auquel s’applique l’alinéa 90(1)(b)—je n’ai besoin de m’appuyer sur aucune autre autorité que la décision de principe de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mitchell* et sur l’analyse de l’interprétation des dispositions du paragraphe 90(1)(b) qui y est faite par le juge La Forest et qui a été approuvée par six des sept membres de la Cour.

[6] Procédant tout d’abord à une interprétation stricte de la lettre de la disposition, le juge La Forest a dit (à la page 124):

[...] j’estime que les termes «traité» et «accord» à l’al. 90(1)(b) déteignent l’un sur l’autre. Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne; voir l’exemple d’un tel accord dans la décision *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385 (1<sup>re</sup> inst.).

Enfin, l’emploi du terme «donnés» à l’al. 90(1)(b) peut être considéré comme une mention distincte et significative du processus de cession des terres indiennes.

[7] Comme le juge La Forest l’a démontré, cette interprétation textuelle qui place le contexte de l’alinéa

90(1)(b) within the treaty-making process, is in strict conformity with the historical development of, and the rationale behind, those sections of the *Indian Act* aimed at conferring tax benefits and protection from attachment to the Indians, principally sections 87 and 89 and complementarily section 90. These benefits and protection, in La Forest J.'s understanding, are thus not to be perceived as a form of social assistance, but as part and parcel of the treaty-making process and as a means of ensuring the ongoing existence of whatever interests may have been granted in exchange for acknowledgement of Crown sovereignty. La Forest J. stated at pages 130-131:

I take it to be obvious that the protections afforded against taxation and attachment by ss. 87 and 89 of the *Indian Act* go hand-in-hand with these restraints on the alienability of land. I noted above that the Crown, as part of the consideration for the cession of Indian lands, often committed itself to giving goods and services to the natives concerned. Taking but one example, by terms of the "numbered treaties" concluded between the Indians of the prairie regions and part of the Northwest Territories, the Crown undertook to provide Indians with assistance in such matters as education, medicine and agriculture, and to furnish supplies which Indians could use in the pursuit of their traditional vocations of hunting, fishing, and trapping. The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfillment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like; see Brennan J.'s discussion of the purpose served by Indian tax immunities in the American context in *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), at p. 391.

[8] This notion of entitlement stemming from the exchange involved in the treaty-making process is, in La Forest J.'s view, the reason why property given

90(1)(b) dans le processus de conclusion des traités, est en stricte conformité avec l'évolution historique et les raisons sous-jacentes à ces articles de la *Loi sur les Indiens*—principalement les articles 87 et 89 et l'article 90 de manière complémentaire—qui visent à donner aux Indiens un avantage fiscal et une protection contre les saisies. Selon le juge La Forest, ces avantages et cette protection ne doivent cependant pas être perçus comme une forme d'assistance sociale, mais comme une partie intégrante du processus de conclusion des traités et comme un moyen d'assurer le maintien de tout intérêt qui a pu être accordé en contrepartie de la reconnaissance de la souveraineté de la Couronne. Le juge La Forest a dit aux pages 130 et 131:

À mon sens, il est évident que la protection accordée par les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens* contre la taxation et la saisie va de pair avec ces restrictions apportées à l'aliénabilité des terres. J'ai souligné précédemment que la Couronne, en contrepartie de la cession des terres des Indiens, s'est souvent engagée à offrir des biens et services aux autochtones intéressés. Pour ne citer qu'un exemple, en vertu des «traités numérotés» conclus entre les Indiens de la région des Prairies et d'une partie des territoires du Nord-Ouest, la Couronne s'est engagée à aider les Indiens en matière d'éducation, de médecine et d'agriculture et à leur fournir les approvisionnements qu'ils pourraient utiliser dans la poursuite de leurs vocations traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage. Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l'exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu'ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l'exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l'imposition d'obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l'aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d'autres moyens semblables; voir l'examen par le juge Brennan du but des exemptions de taxe accordées aux Indiens en contexte américain dans l'arrêt *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), à la p. 391.

[8] Cette notion de droit qui provient de l'échange qu'implique le processus de conclusion des traités est, de l'avis du juge La Forest, la raison pour laquelle le

according to paragraph 90(1)(b) is deemed to be situated on a reserve irrespective of its actual *situs*. At pages 134-135, La Forest J. noted:

The reason why Parliament would have chosen to provide that personal property of this sort should be protected regardless of where that property is situated is obvious. Simply put, if treaty promises are to be interpreted in the sense in which one may assume them to have been naturally understood by the Indians, one is led to conclude that the Indian signatories to the treaties will have taken it for granted that property given to them by treaty would be protected regardless of *situs*. In the case of chattels, I am aware of no historical evidence that would suggest that Indians ever expected that their ability to derive the full benefit of this property could be placed in jeopardy because of the ability of non-natives to impose liens or taxes on it every time it was necessary to remove this property from the reserve. Similarly, when the Crown acquits treaty and ancillary obligations through the payment of moneys relating to assistance in spheres such as education, housing, and health and welfare, it cannot be accepted that Indians ever supposed that their treaty right to these entitlements could be compromised on the strength of subtle legal arguments that the property concerned, though undoubtedly property to which the Indians were entitled pursuant to an agreement engaging the honour of the Crown, was notionally situated off the reserve and therefore subject to the imposition of taxes or to attachment. It would be highly incongruous if the Crown, given the tenor of its treaty commitments, were permitted, through the imposition of taxes, to diminish in significant measure the ostensible value of the benefits conferred.

And concluding at page 136:

In summary, I conclude that an interpretation of s. 90(1)(b), which sees its purpose as limited to preventing non-natives from hampering Indians from benefiting in full from the personal property promised Indians in treaties and ancillary agreements, is perfectly consistent with the tenor of the obligations that the Crown has always assumed *vis-à-vis* the protection of native property.

[9] Thus, La Forest J.'s analysis makes clear that an application of the basic rules of legislative interpretation which require that the terms "treaty" and "agreement" in paragraph 90(1)(b) be linked together so as to limit the extent of the word "agreement" to that of "ancillary agreement"—that is to say an agreement in the nature of a treaty or attached to a treaty—is wholly supported by the history of the protective tax regime adopted by Parliament in furtherance of the

bien donné en vertu de l'alinéa 90(1)(b) est réputé situé sur une réserve indépendamment de son *situs* réel. Le juge La Forest, aux pages 134 et 135 a dit:

La raison pour laquelle le Parlement aurait voulu protéger ces biens personnels sans égard à l'endroit où ils sont situés est évidente. Tout simplement, s'il faut donner aux promesses contenues dans les traités ce qui, peut-on présumer, a été le sens naturel compris par les Indiens, on est porté à conclure que les Indiens qui ont signé les traités auront tenu pour acquis que les biens qui leur étaient donnés par traité seraient protégés sans égard au *situs*. Dans le cas des chatels, je ne dispose d'aucun élément de preuve historique qui laisserait entendre que les Indiens ont déjà envisagé que leur capacité de profiter pleinement de ces biens pourrait être compromise en raison du pouvoir des non-Indiens d'imposer des privilèges ou des taxes chaque fois qu'il était nécessaire de sortir ce bien de la réserve. De même, lorsque la Couronne s'acquitte de ses obligations prévues par traités et accords accessoires en versant des sommes à titre d'aide en matière d'éducation, de logement, de santé et de bien-être notamment, on ne peut accepter que les Indiens aient déjà cru que ces droits conférés par traité pourraient être compromis en raison d'arguments juridiques subtils portant que les biens en question, bien qu'il ne fasse pas de doute qu'il s'agit de biens auxquels les Indiens avaient droit conformément à un accord que la Couronne était tenue par honneur de respecter, étaient fictivement situés à l'extérieur de la réserve et donc susceptibles d'être taxés ou saisis. Il serait très étrange que la Couronne, compte tenu de la teneur de ses engagements par traités, ait pu, en imposant des taxes, diminuer sensiblement la valeur apparente des avantages accordés.

Et a conclu à la page 136:

En résumé, je conclus qu'une interprétation de l'al. 90(1)(b), qui considère que son seul objet est d'empêcher les non-Indiens de gêner les Indiens dans leur pleine jouissance des biens personnels promis par traités et par accords accessoires, est tout à fait conforme à la teneur des obligations que la Couronne s'est toujours engagée à respecter à l'égard de la protection des biens des autochtones.

[9] En conséquence, l'analyse du juge La Forest clarifie le fait qu'une application des règles de base d'interprétation des lois, qui exigent que les termes «traité» et «accord» qui figurent à l'alinéa 90(1)(b) soient reliés afin de limiter le sens du mot «accord» à celui d'«accord accessoire»—au sens d'un accord de la nature d'un traité ou qui est annexé à un traité—est totalement supportée par l'historique des régimes fiscaux protecteurs adoptés par le Parlement pour

duties of the Crown toward Indians.

[10] May I add that, in my view, La Forest J. could have used a further argument in support of his understanding of the meaning of the term “agreement” in the context in which it appears by pointing to the French corresponding term used by Parliament: “*accord*”. While the word “*accord*” is in the family of those French words that may be grouped under the English concept expressed by the word “agreement”, such as “*contrat*”, “*arrangement*”, “*convention*”, “*entente*”, it has a clear connotation of the idea of a reconciliation, of a pact arrived at by the giving and taking by both parties, of a mutual understanding worked out through concessions and compromise,<sup>2</sup> and is therefore a word closely related to treaty.

[11] As a last remark, I note that counsel for the respondent urged the Court to view much of La Forest J.’s discussion on the nature of paragraph 90(1)(b) as mere *obiter* given that the Supreme Court was, in that instance, addressing the issue of whether the term “Her Majesty” within the subsection extended to the Crown in right of a province. While acknowledging the centrality of that issue to the decision in *Mitchell*, the larger discussion entered into by La Forest J. concerning the nature of the exemptions from taxation under the *Indian Act* and the conclusions reached were integral to the final decision and I think they must be heeded by this Court, in this instance, irrespective of the absence of an issue involving the provincial Crown.

[12] In my respectful opinion, therefore, the Tax Court Judge simply misapplied La Forest J.’s analysis and misconstrued paragraph 90(1)(b) when he held that the BSF funding, which, according to his own finding, was in no way related to any treaty rights of the Band and was rather of the nature of a subsidy, constituted an “agreement” as per paragraph 90(1)(b) of the Act.

servir les obligations de la Couronne à l’égard des Indiens.

[10] Puis-je ajouter, qu’à mon avis, le juge La Forest aurait pu utiliser un argument supplémentaire à l’appui de sa compréhension du sens du terme «*agreement*» de la version anglaise dans le contexte dans lequel il se trouve, en soulignant que le mot français correspondant utilisé par le législateur est le mot «accord». Bien que le mot «accord» fasse partie de la famille des mots français—comme «contrat», «arrangement», «convention», «entente»—qui peuvent être regroupés sous le concept anglais exprimé par le mot «*agreement*», il a une connotation claire de l’idée d’un rapprochement, d’un pacte signé suite à des concessions mutuelles de la part des deux parties, d’une compréhension mutuelle réalisée par le jeu d’arrangement et de compromis<sup>2</sup>, et il est en conséquence un mot très proche du mot traité.

[11] Comme dernière remarque, je signale que l’avocat de l’intimé a demandé avec instance à la Cour de considérer la plus grande partie de l’analyse du juge La Forest relativement à la nature de l’alinéa 90(1)(b) comme une simple remarque incidente puisque la Cour suprême, dans cette affaire, examinait la question de savoir si l’expression «Sa Majesté» dans ce paragraphe s’étendait à la Couronne du chef d’une province. Il est exact que cette question était au cœur de l’arrêt *Mitchell*, mais l’analyse plus large dans laquelle s’est lancé le juge La Forest relativement à la nature des exemptions de taxation en vertu de la *Loi sur les Indiens* et les conclusions auxquelles il est arrivé faisaient partie intégrante de la décision finale et je pense que la Cour doit en tenir compte dans la présente affaire, indépendamment de l’absence d’une question impliquant la Couronne provinciale.

[12] En conséquence, à mon humble avis, le juge de la Cour de l’impôt a simplement mal appliqué l’analyse du juge La Forest et a mal interprété l’alinéa 90(1)(b) lorsqu’il a statué que le programme FSB qui, selon ses propres conclusions, n’était aucunement relié à des droits de la bande issus d’un traité et tenait plutôt de la nature d’une subvention, constituait un «accord» au sens de l’alinéa 90(1)(b) de la Loi.



## II

[13] As explained above, it is in the course of considering the second ground of attack on which the appeal is launched that I came to my second legal proposition. I say that wages paid to and received by an employee of a band as compensation for his or her services cannot fall under the scope of application of subsection 90(1) simply because, in my opinion, neither money as such nor the receipt of money as wages were meant to be included in the term “personal property” (“*biens meubles*”, in the French version) as used by Parliament in formulating this deeming provision.

[14] Strictly speaking, I do not need to dwell on this second proposition to support my disposition of the appeal, the first proposition I developed being, in my view, sufficient and compelling. It is my feeling, however, that since this second proposition is in line with the alternative submission of the appellant, I cannot simply ignore it.

[15] The terms “personal property” in common law and its correspondent “*biens meubles*” in French Quebec law, even if they can both be understood as extending to all things other than real estate or “*biens immeubles*” subject to personal ownership, may be less inclusive according to the context in which they are used. On a mere reading of subsection 90(1) in both its versions, it appears clear to me that the two terms were not used by Parliament in their all-inclusive sense. On enacting paragraph 90(1)(a), Parliament could obviously not have in mind a notion of personal property that included money *per se*. Theoretically, we may speak of moneys being acquired with moneys, if we think of foreign moneys. However, nothing within the *Indian Act* would appear to contemplate such speculative monetary transactions leading me to conclude that transactions of such a type could have been in any one’s mind when the text was adopted. And if money *per se* was not included in the notion of personal property envisaged by Parliament in adopting paragraph 90(1)(a), it would be difficult to accept that on enacting paragraph 90(1)(b), Parliament switched

## II

[13] Comme il a été expliqué précédemment, c’est lors de l’étude du second motif pour lequel l’appel a été interjeté que je suis arrivé à ma deuxième proposition juridique. Je dis que les salaires payés à un employé de la bande à titre d’indemnité pour ses services ne peuvent pas tomber dans le domaine d’application du paragraphe 90(1) simplement parce que, à mon avis, on n’a pas voulu que les fonds en tant que tels, ni la réception de ces fonds à titre de salaire ne soient compris dans l’expression «biens meubles» («*personal property*» dans la version anglaise) utilisée par le législateur dans la formulation de cette présomption.

[14] À proprement parler, je n’ai pas besoin de m’arrêter sur cette deuxième proposition pour étayer ma décision quant à l’appel, la première proposition que j’ai formulée étant, à mon avis, suffisante et convaincante. J’ai le sentiment, cependant, que puisque cette deuxième proposition est conforme à l’observation subsidiaire de l’appelante, je ne peux pas simplement ne pas en tenir compte.

[15] L’expression «biens personnels» en common law et son pendant «biens meubles» en droit français québécois, même si elles ont pour même vocation d’inclure toutes les choses autres que des biens réels ou «biens immeubles» qui font l’objet d’une propriété personnelle, peuvent être plus ou moins exhaustives selon le contexte dans lequel elles sont utilisées. Il m’apparaît clair, à la simple lecture des deux versions du paragraphe 90(1), que les deux expressions n’ont pas été utilisées par le législateur dans leur acception la plus large. En édictant l’alinéa 90(1)a, le législateur ne pouvait évidemment pas avoir à l’esprit un concept de bien meuble qui comprenait l’argent en tant que tel. Théoriquement, on peut parler d’argent acquis avec des fonds si l’on pense à des devises étrangères. Cependant, rien dans la *Loi sur les Indiens* ne paraît envisager de telles opérations monétaires spéculatives, ce qui me pousse à conclure que les transactions de ce type auraient pu être à l’esprit de n’importe qui lorsque le texte a été adopté. Si l’argent en tant que tel n’était pas inclus dans le concept de biens meubles envisagé par le législateur quand il a

to a more inclusive notion. There is a basic rule of proper legislative writing which requires that a term be taken in the same sense when used twice in the same provision, a rule that gave rise to the so-called “presumption of consistent expression” which would logically govern.<sup>3</sup>

[16] I am well aware, of course, that a similar reasoning—I mean one based on the reference to “moneys” in paragraph 90(1)(a)—was used in two decisions of the Manitoba Court of Queen’s Bench<sup>4</sup> in support of the view that “the words ‘personal property’ [in subsection 90(1)] are meant in the restrictive sense as possessing qualities of a physical sense”, a view that was later rejected by Morse J. in *Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*<sup>5</sup> on the basis of the following reasoning (which was to be subsequently adopted by Errico L.J.S.C. in *Fricke v. Mitchell*):<sup>6</sup>

I am, with respect, unable to reach the same conclusion as did Ferg L.J.Q.B. with respect to the meaning of the words “personal property” so far as s. 90(1) is concerned. In my judgment, there is no compelling reason why the words “personal property” must be given the same meaning in para. (b) as in para. (a). The section is meant to extend the meaning of the words “personal property situated on a reserve”. Section 90(1)(a) uses the words “personal property . . . purchased”, while s. 90(1)(b) uses the words “personal property . . . given”, and the two subsections are separated by the disjunctive preposition “or”. It is true, as was pointed out by Ferg L.J.Q.B., that s. 90(3) has reference to tangible personal property, but I do not see why making the destruction of property an offence necessarily restricts the meaning of “personal property” in s. 90(1). So far as s. 90(2) is concerned, that subsection is, I think, broad enough to cover not only tangible but intangible personal property such as a debt or a right to payment.

[17] I refuse to accept that the consistency argument can be dealt with so unquestionably. The dissociation between the two paragraphs of subsection 90(1) with respect to their relationship with the opening words of the provision may be possible when analyzing the English version of the text, but I do not believe that, in the French version, the two paragraphs can be so easily dissociated grammatically. The two paragraphs

adopté l’alinéa 90(1)a), il serait difficile d’accepter qu’en adoptant l’alinéa 90(1)b), le législateur se soit tourné vers un concept plus universel. Il existe une règle de base de bonne rédaction législative qui exige qu’une expression soit utilisée dans le même sens lorsqu’elle est utilisée deux fois dans la même disposition, une règle qui a donné naissance à la règle de la «présomption d’uniformité d’expression» qui devrait normalement prévaloir<sup>3</sup>.

[16] Je sais très bien, évidemment, qu’un raisonnement semblable—je veux dire, fondé sur la référence faite aux «fonds» à l’alinéa 90(1)a)—a été utilisé dans deux décisions de la Cour du banc de la Reine du Manitoba<sup>4</sup> étayant l’avis que [TRADUCTION] «les mots “biens meubles” [au paragraphe 90(1)] sont pris dans le sens restrictif de possédant les qualités au sens physique», un avis qui plus tard a été rejeté par le juge Morse dans l’arrêt *Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*<sup>5</sup> sur la base du raisonnement suivant (qui a été subséquemment repris par le juge Errico dans l’arrêt *Fricke v. Mitchell*<sup>6</sup>):

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis arriver à la même conclusion que le juge Ferg, J.L.B.R., quant au sens de l’expression «biens personnels» au par. 90(1). À mon avis, il n’y a aucune raison sérieuse de donner à l’expression «biens personnels» le même sens aux al. b) et a). L’article a pour but d’élargir le sens des termes «biens personnels situés sur une réserve». L’alinéa 90(1)a) utilise les termes «biens personnels [. . .] achetés», alors que l’al. 90(1)b) utilise les termes «biens personnels [. . .] donnés», et les deux alinéas sont séparés par la conjonction disjonctive «ou». Il est vrai, comme le souligne le juge local Ferg, que le par. 90(3) se rapporte à des biens personnels matériels, mais je ne vois pas pourquoi l’infraction que constitue la destruction de biens restreint nécessairement le sens de l’expression «biens personnels» au par. 90(1). Quant au par. 90(2), j’estime qu’il est suffisamment général pour viser non seulement les biens personnels matériels mais aussi les biens personnels immatériels comme une dette ou le droit à un paiement.

[17] Je refuse d’accepter que l’argument de l’uniformité puisse être traité de la sorte sans une remise en question. La dissociation des deux alinéas du paragraphe 90(1) relativement à leur relation avec les premiers mots de la disposition peut être possible lorsqu’on analyse la version anglaise, mais je ne pense pas que dans la version française les deux alinéas puissent être aussi facilement grammaticalement

being placed on exactly the same footing with respect to the “*biens meubles*” to which they directly relate (“*les biens meubles qui ont été soit achetés [ . . . ] soit donnés [ . . . ]*”), it is impossible, I submit, not to read them together.

[18] What is undeniable, however, is that the consistency argument drawn from the presence of the word “moneys” in paragraph 90(1)(a) does not allow any inference that would go beyond “money” so as to include all intangible property. I would therefore respectfully agree with Morse J. in his criticism of the two Manitoba decisions in so far as they extended the non-application of subsection 90(1) to all forms of intangible property. The exclusion of money on the basis that money cannot be purchased with moneys cannot be extended to a debt which, of course, may well be purchased with moneys. Indeed, to my mind, there is something striking in the views expressed in those decisions in that no attempt is ever made to distinguish between moneys *per se* and a debt or a right to receive money. This confusion is, in my opinion, unacceptable as moneys and the right to money are legal entities that differ in ways that are directly relevant to the operation of subsection 90(1). A debt or other form of obligation has an identifiable, autonomous and ongoing existence which money does not have, in that moneys received, be it as wages or otherwise, lose the character that could be derived from their sources upon entering the pool of monies within the pocket of the employee.

[19] Furthermore, my conclusion that money *per se* does not fall within the rubric of “personal property” referred to in subsection 90(1) is based not only on the interrelationship between paragraphs 90(1)(a) and (b), but also and even more basically on the fact that section 90 implies a form of personal property that subsists and keeps its identity, autonomy and character at least for a time, as demonstrated by the use of the word “always” in paragraph 90(1)(b) and the provision of subsection 90(2) which money *per se* cannot satisfy. I reject the notion that “always” refers to merely location and would have been used simply to indicate that money is always within the reserve so

dissociés. Les deux alinéas étant mis sur un pied d'égalité relativement aux «biens meubles» auxquels ils sont directement reliés («les biens meubles qui ont été soit achetés [ . . . ] soit donnés [ . . . ]»), j'affirme qu'il est impossible de ne pas les lire ensemble.

[18] Ce qui est indéniable cependant, c'est que l'argument de l'uniformité tiré de la présence du mot «fonds» à l'alinéa 90(1)a) ne permet aucune inférence qui irait au-delà de «l'argent», de manière à inclure tous les biens immatériels. Je serais, en conséquence, respectueusement d'accord avec la critique du juge Morse des deux décisions du Manitoba dans la mesure où elle étend la non-application du paragraphe 90(1) à toutes les formes de biens immatériels. L'exclusion de l'argent, au motif que l'argent ne peut pas être acheté avec des fonds, ne peut pas être étendue à une dette qui, bien sûr, peut très bien être achetée avec des fonds. En fait, dans mon esprit, il existe quelque chose de frappant dans les avis exprimés dans ces décisions dans le sens qu'aucune tentative de distinction n'est faite entre des fonds en tant que tel et une dette ou une créance. Cette confusion est, à mon avis, inacceptable puisque des fonds et une créance sont deux entités juridiques distinctes qui diffèrent sur des points qui sont directement pertinents à l'application du paragraphe 90(1). Une dette ou une autre forme d'obligation a une vie, identifiable, autonome et continue que n'a pas l'argent, en ce sens que les fonds reçus, que ce soit à titre de salaire ou autrement, perdent le caractère qui pourrait découler de leurs sources dès que les sommes sont regroupées dans la poche de l'employé.

[19] De plus, ma conclusion que l'argent en tant que tel n'entre pas dans la catégorie des «biens meubles» mentionnés au paragraphe 90(1), n'est pas seulement fondée sur l'interrelation entre les alinéas 90(1)a) et b), mais aussi et encore plus simplement sur le fait que l'article 90 implique une forme de bien meuble qui subsiste et conserve son identité, son autonomie et son caractère au moins pour un temps, tel que le démontre l'utilisation du mot «toujours» à l'alinéa 90(1)b) et la disposition du paragraphe 90(2) à laquelle l'argent en tant que tel ne peut satisfaire. Je rejette la notion que «toujours» renvoie simplement à l'endroit et aurait été utilisé simplement pour indiquer

long as it is traceable, and in any event such “traceability” is clearly insufficient when examined in light of the requirement within subsection 90(2) that the passing of the personal property subject to subsection 90(1) is void if the approval of the Minister is not sought. I may be prepared to accept the logic of Morse J. that the reference to tangible personal property in subsection 90(3) does not necessarily restrict the application of section 90 to such tangible property if indeed money is viewed as intangible, but I do not see how the implications of subsection 90(2) can be severed from an understanding of the term “personal property” within the section as a whole, especially when there are other indications within the section which support the view that neither money nor income is personal property within the meaning of this particular section of the Act.

[20] It is my opinion, therefore, that money *per se* is not covered by the term “personal property” within section 90 of the Act. But, even in light of such a finding, could the receipt of money as income be so covered? In *Williams v. Canada*,<sup>7</sup> Gonthier J. noted, at page 888:

This Court’s decision in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, stands for the proposition that the receipt of salary income is personal property for the purpose of the exemption from taxation provided by the *Indian Act*. I can see no difference between salary income and income from unemployment insurance benefits in this regard, therefore I hold that the receipt of income from unemployment insurance benefits is also personal property for the purposes of the *Indian Act*.

An examination of the decision in *Nowegijick v. The Queen*<sup>8</sup> indicates that income is personal property because its constituent parts are personal property. Dickson J. (as he then was) simply adopted there, at page 38, the language of the Supreme Court of Illinois in the case of *Bachrach v. Nelson*<sup>9</sup> in reaching the conclusion that income was indeed personal property:

The overwhelming weight of judicial authority holds that it is. The cases of *Eliasberg Bros. Mercantile Co. v. Grimes*, 204 Ala. 492, 86 So. 56, 11 A.L.R. 300, Tax

que l’argent se trouve toujours sur la réserve tant qu’il est possible de le retrouver, et qu’en tout cas, une telle possibilité de le retrouver est clairement insuffisante lorsqu’elle est examinée en fonction de l’exigence du paragraphe 90(2) suivant laquelle le transfert de propriété d’un bien meuble en vertu du paragraphe 90(1) est nul si l’approbation du ministre n’est pas recherchée. Je serais disposé à accepter la logique du juge Morse que le renvoi à des biens matériels au paragraphe 90(3) ne limite pas nécessairement l’application de l’article 90 à ce bien matériel si en fait l’argent est vu comme étant un bien immatériel, mais je ne vois pas comment les incidences du paragraphe 90(2) peuvent être séparées d’une compréhension de l’expression «biens meubles» dans l’article dans son ensemble, particulièrement lorsqu’il y a d’autres indications dans l’article qui étayent l’avis que ni l’argent ni un revenu ne sont des biens meubles au sens de cet article particulier de la Loi.

[20] En conséquence, à mon avis l’argent en tant que tel n’est pas visé par l’expression «biens meubles» dans l’article 90 de la Loi. Mais, même fort de cette conclusion, l’argent reçu à titre de revenu pourrait-il être visé par cette expression? Dans l’arrêt *Williams c. Canada*<sup>7</sup>, le juge Gonthier a dit, à la page 888:

L’arrêt de notre Cour *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, établit que la réception d’un revenu provenant d’un salaire constitue un bien personnel aux fins de l’exemption fiscale prévue par la *Loi sur les Indiens*. Je ne puis voir aucune différence à cet égard entre le revenu provenant d’un salaire et celui provenant de prestations d’assurance-chômage; j’estime donc que la réception d’un revenu provenant de prestations d’assurance-chômage constitue également un bien personnel aux fins de la *Loi sur les Indiens*.

Un examen de la décision dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*<sup>8</sup> indique qu’un salaire constitue un bien personnel parce que ses éléments constitutifs sont également des biens personnels. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) a simplement adopté, à la page 38 de cet arrêt, le point de vue de la Cour suprême de l’Illinois dans l’arrêt *Bachrach v. Nelson*<sup>9</sup> en concluant qu’un revenu était en effet un bien personnel:

[TRADUCTION] D’après une jurisprudence largement prépondérante, il s’agit effectivement d’un bien. Les affaires *Eliasberg Bros. Mercantile Co. v. Grimes*, 204

Commissioner v. Putnam, 227 Mass. 522, 116 N.E. 904, L.R.A. 1917F, 806 Stratton's Independence v. Howbert, 231 U.S. 399, 34 S. Ct. 136, 58 L. Ed. 285, Doyle v. Mitchell Bros. Co., 247 U.S. 179, 38 S. Ct. 467, 62 L. Ed. 1054, Board of Revenue v. Montgomery Gaslight Co., 64 Ala. 269, Greene v. Knox, 175 N.Y. 432, 67 N.E. 910, Hibbard v. State, 65 Ohio St. 574, 64 N.E. 109, 58 L.R.A. 654, Ludlow-Saylor Wire Co. v. Wollbrinck, 275 Mo. 339, 205 S.W. 196, and State v. Pinder, 7 Boyce (30 Del.) 416, 108 A. 43, define what is personal property and in substance hold that money or any other thing of value acquired as gain or profit from capital or labor is property, and that, in the aggregate, these acquisitions constitute income, and, in accordance with the axiom that the whole includes all of its parts, income includes property and nothing but property, and therefore is itself property.

The logic in accepting income as personal property, as a general proposition, is that money or goods are property and the constituent parts of income and therefore income must also be a form of personal property. The acceptance of such logic is understandable within the context of section 87, where the focus is on *situs* and there is nothing to suggest that personal property refers to anything less than its most expansive meaning, a meaning which includes both money and, by extension, income. There is nothing within *Nowegijick* or *Williams* which would suggest that the classification of the receipt of income as personal property is somehow independent of the classification of money as a constituent component of that income. Having reached the conclusion that, for the purposes of subsection 90(1), money is not personal property, I must therefore conclude that income nor the receipt of income constitute personal property for the purposes of that subsection. In any event, if the receipt of money as wages is to be considered in itself and as distinct from what was before, that is the right of the employee to be paid wages and what followed, money in the pocket of the employee, then it is clear that such a receipt does not meet the "durability" requirement that the particular notion of "personal property" used in subsection 90(1) implies as discussed above.

Ala. 492, 86 So. 56, 11 A.L.R. 300, Tax Commissioner v. Putnam, 227 Mass. 522, 116 N.E. 904, L.R.A. 1917F, 806, Stratton's Independence v. Howbert, 231 U.S. 399, 34 S. Ct. 136, 58 L. Ed. 285, Doyle v. Mitchell Bros. Co., 247 U.S. 179, 38 S. Ct. 467, 62 L. Ed. 1054, Board of Revenue v. Montgomery Gaslight Co., 64 Ala. 269, Greene v. Knox, 175 N.Y. 432, 67 N.E. 910, Hibbard v. State, 65 Ohio St. 574, 64 N.E. 109, 58 L.R.A. 654, Ludlow-Saylor Wire Co. v. Wollbrinck, 275 Mo. 339, 205 S.W. 196, et State v. Pinder, 7 Boyce (30 Del.) 416, 108 A. 43, définissent ce qui constitue un bien personnel et établissent en substance que l'argent ou toute autre chose de valeur qu'on acquiert à titre de gain ou de profit tiré d'un capital ou d'un emploi est un bien, que l'ensemble de ces acquisitions constitue un revenu et que, suivant l'axiome selon lequel le plus comprend le moins, un revenu est composé exclusivement de biens, et, par conséquent, est lui-même un bien.

La logique d'accepter un revenu comme bien personnel, en tant que proposition générale, est que l'argent ou les marchandises sont des biens, sont les éléments constitutifs du revenu et en conséquence un revenu doit également être une forme de bien personnel. L'acceptation d'une telle logique est compréhensible dans le contexte de l'article 87 où l'emphase est mise sur le *situs* et il n'y a rien qui donne à entendre que l'expression biens meubles renvoie à rien de moins que son sens le plus large qui comprend à la fois l'argent et, par extension, un revenu. Rien dans l'arrêt *Nowegijick* ou dans l'arrêt *Williams* qui ne donne à entendre que la classification de la réception d'un revenu à titre de bien meuble soit d'une façon ou d'une autre indépendante de la classification de l'argent comme un élément constitutif de ce revenu. Étant arrivé à la conclusion que, aux fins du paragraphe 90(1), l'argent n'est pas un bien meuble, je dois en conséquence conclure que ni le revenu ni la réception de ce revenu ne constitue un bien meuble aux fins de ce paragraphe. Dans tous les cas, si la réception d'argent à titre de salaire doit être considérée de manière indépendante et de manière distincte de ce qui existait auparavant, soit le droit d'un employé de recevoir un salaire et de ce qui a suivi, l'argent dans la poche de l'employé, il est alors clair qu'une telle réception ne satisfait pas à l'exigence de «durée» qu'implique la notion particulière de «biens meubles» utilisée au paragraphe 90(1), comme indiqué précédemment.

[21] I acknowledge that my interpretation of the Act results in a distinction, in terms of taxable status, of an Indian chief's income stemming from his office depending upon whether or not the duties of the chief are associated with an actual reserve. If such disparity is judged to be unwarranted or unfair, the remedy lies with Parliament. In the current state of the law, the link between sections 87 and 90 is totally effective in so far as exemption from direct taxation of land or personal property by a government authority is concerned but, in my interpretation of section 90, it cannot be extended further.

[22] It is my opinion, therefore, that the Tax Court Judge erred in concluding that the respondent could invoke paragraph 90(1)(b) to shield himself from paying tax on his employment income. The BSF funds from which his salary was taken were not paid to his Band pursuant to a treaty or some ancillary agreement and, in any event, moneys *per se* or the receipt of moneys as wages do not constitute the "personal property" to which the deeming provision of section 90, and the resulting protection from tax per section 87, can apply.

[23] Thus, the appeal should be allowed but, in disposing of it, the Court should bear in mind that the Tax Court Judge, at the beginning of his reasons, had noted as follows [at page 29]:

At the opening of the trial I was advised by counsel that to try the issue whether or not the Fort Good Hope Band is situate on a reserve would require perhaps as much as two weeks of evidence, including the evidence of expert witnesses. The cost of this would be considerable, and would be unnecessary if the issue were ultimately to be resolved in favour of the Appellant on the basis of s. 90. For this reason, I agreed to the joint request of counsel that the trial proceed only on the s. 90 issue, and be resumed to deal with the question whether or not the Band is situate on a reserve only if the Appellant does not succeed under that section. As will appear, I have reached the conclusion that the Appellant is entitled to succeed on the basis of the deeming provision in s. 90, and so it will therefore not be necessary to resume the trial.

[24] I would therefore suggest that, on allowing the appeal, the Court send the matter back to the Tax

[21] Je reconnais que mon interprétation de la Loi entraîne, sur le plan de l'assujettissement à l'impôt du revenu qu'un chef indien tire de sa charge une distinction qui repose sur la question de savoir si les fonctions du chef sont associées à une véritable réserve. Si une telle différence est jugée injustifiée ou inéquitable, le remède est entre les mains du législateur. Dans l'état actuel du droit, le lien entre les articles 87 et 90 est totalement efficace pour autant qu'il soit question de l'exemption de la taxation directe d'un bien-fonds ou d'un bien meuble par une instance gouvernementale mais, selon mon interprétation de l'article 90, il ne peut pas être plus étendu.

[22] En conséquence, à mon avis, la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que l'intimé pourrait invoquer l'alinéa 90(1)b) afin de se protéger contre le paiement d'impôt sur son revenu d'emploi. Les fonds du programme FSB d'où provient son salaire n'ont pas été versés à sa bande en application d'un traité ou d'un accord accessoire et, qu'en tout cas, les fonds en tant que tels ou la réception de fonds à titre de salaire ne constituent pas les «biens meubles» auxquels la présomption créée par l'article 90 et la protection contre la taxation qui résulte de l'article 87 peuvent s'appliquer.

[23] En conséquence, l'appel est accueilli mais, dans son dispositif de jugement, la Cour devrait garder à l'esprit que le juge de la Cour de l'impôt, au début de ses motifs, avait dit [à la page 29]:

À l'ouverture du procès, les avocats m'ont indiqué que, pour que puisse être tranchée la question de savoir si la bande de Fort Good Hope est située sur une réserve, il faudrait peut-être jusqu'à deux semaines pour présenter la preuve, notamment les témoignages des témoins experts. Cela serait coûteux et se révélerait inutile si la question en litige était à la fin tranchée en faveur de l'appellant sur le fondement de l'art. 90. Pour cette raison, j'ai accepté, à la demande conjointe des avocats, de ne me pencher que sur la question fondée sur l'art. 90, quitte à poursuivre le procès pour examiner si la Bande est située sur une réserve seulement si l'appellant n'obtenait pas gain de cause sur la première question. Ainsi qu'il ressortira plus loin, j'ai conclu que l'appellant doit obtenir gain de cause par suite de la disposition déterminative de l'art. 90, de sorte qu'il ne sera pas nécessaire.

[24] Je propose donc que, dans son jugement accueillant l'appel, la Cour renvoie l'affaire à la Cour de

Court for it to reopen the trial and consider the other aspect of the litigation.

\* \* \*

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

[25] NOËL J.A. (*concurring in the result*): I have had the benefit of reading the reasons of Marceau J.A. and respectfully agree with his conclusion that the Tax Court Judge erred in holding that the amounts in issue were paid to the Band or the respondent under an “agreement” within the meaning of paragraph 90(1)(b) of the *Indian Act*. I would therefore allow the appeal on this ground and dispose of the appeal as he suggests.

[26] I do not however agree with the alternative ground advanced by Marceau J.A. for allowing the appeal, namely that the expression “personal property” in section 90 excludes money.

[27] I would first point out that the parties proceeded before the Tax Court on the agreed basis that the amounts in issue did constitute personal property within the meaning of section 90.<sup>10</sup> While the appellant did make submissions on the issue despite this prior agreement at the instigation of the Court, the respondent did not. In the circumstances, I believe, with respect, that it would have been preferable not to address the matter, particularly as it was not necessary for the disposition of the appeal.

[28] However, since the issue has been addressed and as I do not agree with the opinion expressed by Marceau J.A. that money is not personal property under the *Indian Act*, I feel it necessary to briefly state the reasons for my disagreement on this narrow but important point.

[29] Section 90 provides:

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

l’impôt afin que celle-ci rouvre les débats et examine les autres aspects du litige.

\* \* \*

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

[25] LE JUGE NOËL (*motifs concordants quant au résultat*): J’ai eu l’avantage de lire les motifs du juge Marceau et je suis respectueusement d’accord avec sa conclusion que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant que les montants en question ont été versés à la bande ou à l’intimé en vertu d’un «accord» au sens de l’alinéa 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir l’appel pour ce motif et de le trancher de la manière qu’il propose.

[26] Je ne suis cependant pas d’accord avec le motif subsidiaire avancé par le juge Marceau pour accueillir l’appel, soit que l’expression «biens meubles» à l’article 90 exclut l’argent.

[27] Je voudrais tout d’abord faire remarquer que les parties se sont entendues pour procéder sur la base que les montants en question constituaient des biens meubles au sens de l’article 90<sup>10</sup>. Alors que l’appelante a présenté des observations sur la question malgré cet accord préalable, à l’instigation de la Cour, l’intimé n’en a pas présenté. Compte tenu des circonstances, je crois, respectueusement, qu’il aurait été préférable de ne pas examiner la question, particulièrement puisqu’elle n’était pas nécessaire à la décision de l’appel.

[28] Comme la question a cependant été examinée et que je ne suis pas d’accord avec l’avis exprimé par le juge Marceau que l’argent n’est pas un bien meuble au sens de la *Loi sur les Indiens*, j’estime nécessaire d’énoncer brièvement les motifs de mon désaccord sur ce point restreint mais important.

[29] L’article 90 prévoit:

**90.** (1) Pour l’application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été:

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve. [My emphasis.]

a) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;

b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve. [Non souligné dans l'original.]

[30] The essence of my colleague's reasoning is that for purposes of paragraph 90(1)(a) the term "personal property" must be read as excluding money because the legislator could not have contemplated "moneys being acquired with moneys" when the *Indian Act* was introduced. It follows in his view that "personal property" under that paragraph excludes money *per se*. While paragraph 90(1)(b) when read on its own does not give rise to such a limitation, Marceau J.A. points to the presumption of consistent expression and concludes that the term "personal property" for purposes of this paragraph must also be read as excluding money. He adds [at paragraph 19, *supra*] that the word "always" in section 90 implies a form of personal property which "subsists and keeps its identify autonomy and character at least for a time" and that money does not have this character.

[31] I cannot agree with Marceau J.A.'s reasoning for the following reasons:

(a) First, there is no bar in law or in principle to the purchase of money with money and hence no basis for the suggestion that by definition the term "personal property" in paragraph 90(1)(a) excludes money. In this regard, one need only think of the purchase of foreign currency with domestic dollars.

(b) Second, whether or not Parliament actually contemplated personal property that is money when the *Indian Act* was introduced is of no significance. What is important is the statutory language used by Parliament which in this case embraces the notion of "personal property" without any express limitation as to its form or character.

[30] La base du raisonnement de mon collègue est que, aux fins de l'alinéa 90(1)a), l'expression «biens meubles» doit s'entendre comme excluant l'argent parce que le législateur n'a pas pu prévoir «des argents acquis avec de l'argent» lors du dépôt de la *Loi sur les Indiens*. Il s'ensuit, à son avis, que les «biens meubles» en vertu de cet alinéa excluent l'argent en tant que tel. Alors que l'alinéa 90(1)b), lorsqu'il est lu de manière isolée, ne donne pas naissance à une telle restriction, le juge Marceau fait ressortir la présomption d'uniformité d'expression et conclut que l'expression «biens meubles» doit également être interprétée, aux fins de cet alinéa, comme excluant l'argent. Il ajoute [au paragraphe 19 *supra*] que le mot «toujours» à l'article 90 implique une forme de bien meuble qui «subsiste et conserve [. . .] son autonomie [. . .] au moins pour un temps» et que l'argent n'a pas cette qualité.

[31] Je ne suis pas d'accord avec le raisonnement du juge Marceau pour les motifs suivants:

a) Premièrement, il n'existe aucune interdiction en droit ou en principe à l'achat d'argent avec de l'argent et, de là, aucun fondement à l'affirmation que par définition l'expression «biens meubles» à l'alinéa 90(1)a) exclut l'argent. Sur ce point, nous n'avons qu'à penser à l'achat de devises étrangères avec des dollars nationaux.

b) Deuxièmement, la question de savoir si le législateur a effectivement envisagé des biens meubles qui sont de l'argent lors du dépôt de la *Loi sur les Indiens* n'a aucune importance. Ce qui importe, c'est le langage législatif utilisé par le législateur, lequel en l'espèce comprend la notion de «biens meubles» sans aucune limite expresse quant à sa forme ou ses qualités.



(c) Third, there is no basis for the suggestion that the wording of section 90 implies a form of personal property other than money. In this regard, I note that money, as any other fungible property, can be segregated in which case it maintains its character and identity in the sense alluded to by Marceau J.A. in his reasons.

I therefore do not believe that money *per se* can, as a matter of statutory interpretation, be excluded from the ambit of paragraph 90(1)(a) and it follows that no such limitation can be read into paragraph 90(1)(b).

[32] Indian money can, amongst other things, be put to use by investing it, purchasing property or by exchanging it for services. When Indian money is used to purchase personal property, whether tangible or intangible, paragraph 90(1)(a) provides, when read with the deeming provision embodied in the concluding phrase, that the property so purchased (and its replacement so long as it remains personal property) shall irrespective of its location, be deemed to be situated on the reserve.

[33] It follows in my view that where for instance, Indian money is invested off reserve,<sup>11</sup> whether by the purchase of a money obligation or by merely depositing it in a bank account, the ensuing entitlement to the repayment, which in law constitutes personal property,<sup>12</sup> is deemed to be situated on the reserve. I see no basis in fact or in law for excluding such personal property from the ambit of paragraph 90(1)(a) or section 90 as a whole.

SEXTON J.A.: I agree.

<sup>1</sup> [1990] 2 S.C.R. 85.

<sup>2</sup> See *Le nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Dictionnaire le Robert, 1993, the word "accord", at heading I, no. 4.

<sup>3</sup> See Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994, at p. 163.

<sup>4</sup> *Kuhn v. Starr*, October 28, 1976, unreported; and *Mintuck v. Valley River Band No. 63A et al.* (1977), 83 D.L.R. (3d) 324 (Man. Q.B.).

<sup>5</sup> [1983] 5 W.W.R. 117 (Man. Q.B.), at p. 125.

<sup>6</sup> [1986] 1 W.W.R. 544 (B.C.S.C.).

c) Troisièmement, il n'existe aucun fondement permettant d'affirmer que la formulation de l'article 90 implique une forme de biens meubles autre que de l'argent. À ce sujet, je remarque que l'argent, comme tout autre bien fongible, peut être séparé auquel cas il conserve ses qualités et son identité dans le sens mentionné par le juge Marceau dans ses motifs.

En conséquence, je ne crois pas que l'argent en tant que tel, au niveau de l'interprétation des lois, puisse être exclu de la portée de l'alinéa 90(1)a) et il s'ensuit qu'aucune limite de ce genre ne peut être trouvée dans l'alinéa 90(1)b).

[32] L'argent indien peut, entre autres choses, être utilisé pour investir, pour acheter des biens ou pour être échangé contre des services. Lorsque l'argent indien est utilisé pour acheter des biens meubles, qu'ils soient matériels ou immatériels, l'alinéa 90(1)a) prévoit, lorsque la présomption est insérée dans le dernier membre de la phrase, que le bien ainsi acheté (et le bien qui le remplace tant qu'il reste un bien meuble) est considéré situé sur la réserve, indépendamment de l'endroit où il se trouve.

[33] À mon avis, il s'ensuit que, lorsque de l'argent indien est investi en dehors de la réserve<sup>11</sup>, que ce soit par l'achat d'une obligation monétaire ou par un simple dépôt dans un compte bancaire, le droit au remboursement qui s'en suit, qui est un bien meuble en droit<sup>12</sup>, est réputé situé sur la réserve. Je ne vois aucun fondement, en droit ou en fait, qui permet d'exclure ces biens meubles de la portée de l'alinéa 90(1)a) ou de l'article 90 dans son ensemble.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris.

<sup>1</sup> [1990] 2 R.S.C. 85.

<sup>2</sup> Voir *Le nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Dictionnaire le Robert, 1993, le mot «accord», titre I, n° 4.

<sup>3</sup> Voir Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto: Butterworths, 1994, à la p. 163.

<sup>4</sup> *Kuhn v. Starr*, October 28, 1976, inédit; et *Mintuck v. Valley River Band No: 63A et al.* (1977), 83 D.L.R. (3d) 324 (B.R. Man.).

<sup>5</sup> [1983] 5 W.W.R. 117 (B.R. Man.), à la p. 125.

<sup>6</sup> [1986] 1 W.W.R. 544 (C.S.C.-B.).

<sup>7</sup> [1992] 1 S.C.R. 877.

<sup>8</sup> [1983] 1 S.C.R. 29.

<sup>9</sup> 182 N.E. 909 (1932), at p. 914.

<sup>10</sup> Transcript of proceedings, opening statement, at p. 10.

<sup>11</sup> i.e. where the *situs* of the right to demand payment is off reserve. See in this respect the analysis of Thurlow A.C.J. (as he then was) in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.), at pp. 108-111.

<sup>12</sup> Known at common law as a "chose in action".

<sup>7</sup> [1992] 1 R.C.S. 877.

<sup>8</sup> [1983] 1 R.C.S. 29.

<sup>9</sup> 182 N.E. 909 (1932), à la p. 914.

<sup>10</sup> Transcription de l'instance, déclaration préliminaire, à la p. 10.

<sup>11</sup> C.-à-d. lorsque le *situs* du droit de demander le paiement est situé en dehors de la réserve. Relativement à ce point, voir l'analyse du juge en chef adjoint Thurlow (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 108 à 111.

<sup>12</sup> Connue en common law sous le nom de «chose non possessorie».

A-550-98

**Minister of Fisheries and Oceans, Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard (Appellants)**  
(Respondents)

v.

**The Friends of the West Country Association**  
(Respondent) (Applicant)

*INDEXED AS: FRIENDS OF THE WEST COUNTRY ASSN. v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (C.A.)*

Court of Appeal, Linden, Rothstein and McDonald JJ.A.—Toronto, September 8; Ottawa, October 12, 1999.

*Environment — Appeal from order allowing application for judicial review of Coast Guard's decisions proposed bridges over navigable waters not likely to cause significant adverse environmental effects — Logging company obtaining provincial approval to build road; applied for approval to construct bridges over navigable waters, triggering federal environmental assessments — (1) CEEA, s. 15(1) conferring on responsible authority (Coast Guard) power to determine scope of project in relation to which environmental assessment to be conducted — Coast Guard determined scope of bridge projects not including road, forestry operations — S. 15(3) requiring environmental assessment in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment, or other undertaking likely to be carried out "in relation to" physical work — S. 15(3) subsidiary to s. 15(1) — Not imposing obligation on responsible authority to conduct environmental assessment outside scope of project determined by s. 15(1) — "In relation to" in s. 15(3) referring to construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertakings pertaining to life cycle of physical work itself or that are subsidiary or ancillary to physical work — Independent utility principle, applied by Motions Judge, not applicable to interpretation of s. 15(3) — Once each project scoped under s. 15(1), s. 15(3) not requiring environmental assessment to include construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking outside scope of projects — (2) S. 16(1)(a) requiring assessment to consider environmental effects and any cumulative environmental effects likely to result from projects in combination with other projects, activities that have been, will be carried out — S. 16(3) providing scope of factors to be considered under s. 16(1)(a) to be determined by responsible authority — Within responsible authority's discretion to decide which other projects, activities to include, exclude for purposes of cumulative environmental effects assessment — In not considering matters outside defined scope of projects, and outside federal jurisdiction, Coast Guard misinterpreted s.*

A-550-98

**Le ministre des Pêches et Océans, le Directeur, Programmes maritimes, Garde côtière canadienne**  
(appelants) (défendeurs)

c.

**The Friends of the West Country Association**  
(intimée) (demanderesse)

*RÉPERTORIÉ: FRIENDS OF THE WEST COUNTRY ASSN. c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Linden, Rothstein et McDonald, J.C.A.—Toronto, 8 septembre; Ottawa, 12 octobre 1999.

*Environnement — Appel d'une ordonnance ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire à l'encontre des décisions rendues par la Garde côtière selon lesquelles les ponts qu'il était envisagé de construire au-dessus des eaux navigables n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — Une société forestière a obtenu l'autorisation de la province pour construire une route; elle demande l'autorisation de construire des ponts franchissant des eaux navigables, ce qui déclenche le mécanisme fédéral d'évaluation environnementale — 1) L'art. 15(1) de la LCÉE accorde à l'autorité responsable (Garde côtière) le pouvoir de déterminer la portée du projet assujéti à l'évaluation environnementale — La Garde côtière a déterminé que la portée des projets de construction des ponts ne comprenait ni la construction routière, ni l'exploitation forestière — L'art. 15(3) prévoit qu'une évaluation environnementale doit être effectuée relativement à toute construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération susceptible d'être réalisée «en liaison» avec l'ouvrage — L'art. 15(3) est subsidiaire par rapport à l'art. 15(1) — L'art. 15(3) n'oblige pas l'autorité responsable à procéder à une évaluation environnementale des éléments qui ne sont pas inclus dans la portée du projet aux termes de l'art. 15(1) — Les mots «liée à» contenus à l'art. 15(3) s'entendent de la construction, de l'exploitation, de la modification, de la désaffectation, de la fermeture ou de toute autre opération ayant trait à la durée de l'ouvrage en question, ou qui est accessoire à cet ouvrage — Le principe de l'utilité propre, que le juge des requêtes a appliqué, n'est pas pertinent quant à l'interprétation de l'art. 15(3) — Une fois la portée des projets déterminée conformément à l'art. 15(1), l'art. 15(3) n'impose pas que l'évaluation environnementale englobe les constructions, exploitations, modifications, désaffectations, fermetures ou autres opérations se situant hors de la portée des projets définis — 2) L'art. 16(1)a) oblige l'autorité responsable à tenir compte des effets environnementaux, y compris les effets cumulatifs, suscepti-*

16(1)(a), (3) — Assessment not limited to sources within federal jurisdiction — Finding of insignificant environmental effects sufficient to open possibility of cumulative significant environmental effects when other projects taken into account — Not precluding application of cumulative effects portion of s. 16(1)(a), (3) — Coast Guard erred in declining to exercise jurisdiction in cumulative effects analysis under s. 16(1)(a) — (3) S. 55 requiring establishment of public registry to facilitate public access to records — Registry established at Sarnia, Ontario, 2000 miles from projects — Establishment, operation of public registry subject to discretion of responsible authority, but if not established, operated in close proximity to relevant geographic area of environmental assessment, other reasonable means (e.g. e-mail, fax) must be provided to comply with s. 55 — Coast Guard's actions with respect to access to public registry patently unreasonable.

Construction of statutes — Canadian Environmental Assessment Act, s. 15(3) requiring conduct of environmental assessment in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to physical work in opinion of responsible authority likely to be carried out in relation to physical work — Coast Guard (responsible authority) determining proposed bridges over navigable waters not likely to cause significant adverse environmental effects — Determining scope of bridge project not including new logging road, forestry operations — In concluding Coast Guard obliged under s. 15(3) to include road, forestry operations within scope of environmental assessment because "in relation to" bridges, Motions Judge relying on independent utility principle: where individual project not having independent utility, but inextricably intertwined with other projects, must consider all projects — Not helpful in interpretation of s. 15(3) as originating in U.S.A. where constitutional jurisdiction, applicable statutory scheme very different.

bles d'être causés par les projets, combinés à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités — L'art. 16(3) permet à l'autorité responsable de déterminer les facteurs qui doivent être examinés aux termes de l'art. 16(1)a) — La décision relative aux autres projets ou activités devant être inclus ou exclus aux fins de l'évaluation des effets environnementaux cumulatifs relève du pouvoir discrétionnaire conféré à l'autorité responsable — En n'examinant pas les questions qui étaient hors de la portée des projets définis et hors du périmètre de la compétence fédérale, la Garde côtière a mal interprété l'art. 16(1)a) et (3) — L'évaluation n'est pas limitée aux sources relevant de la compétence fédérale — La conclusion selon laquelle il n'y a que des effets environnementaux insignifiants suffit pour soulever la possibilité que des effets environnementaux cumulatifs importants soient produits par d'autres projets — Cette conclusion n'empêche pas l'application de la partie de l'art. 16(1)a) concernant les effets cumulatifs ou de l'art. 16(3) — La Garde côtière a commis une erreur en s'abstenant d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'analyse des effets cumulatifs qu'elle a menée en vertu de l'art. 16(1)a) — 3) L'art. 55 prévoit la mise sur pied d'un registre public afin de faciliter l'accès du public aux documents — Le registre a été établi à Sarnia (Ontario), soit à plus de 2 000 milles des projets — L'établissement et la tenue d'un registre public relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'autorité responsable, mais lorsque le registre public n'est pas établi ou qu'il ne se trouve pas à proximité de la zone géographique faisant l'objet de l'évaluation environnementale, il faut prendre d'autres mesures raisonnables (courrier électronique, télécopie) afin de satisfaire aux exigences de l'art. 55 — Les mesures prises par la Garde côtière en matière d'accès au registre public étaient manifestement déraisonnables.

Interprétation des lois — L'art. 15(3) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale prévoit qu'une évaluation environnementale doit être effectuée relativement à toute opération de «construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre» liée à un ouvrage et qui, de l'avis de l'autorité responsable, est susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage — La Garde côtière (autorité responsable) a déterminé que les ponts qu'il était envisagé de construire au-dessus des eaux navigables n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — La détermination de la portée du projet de construction des ponts ne comprend ni la construction routière envisagée, ni l'exploitation forestière — En déterminant que la Garde côtière était tenue aux termes de l'art. 15(3) d'inclure la construction routière et l'exploitation forestière dans la portée de l'évaluation environnementale, du fait qu'elles sont «liées» aux ponts, le juge des requêtes s'est appuyé sur le principe de l'utilité propre: lorsqu'un projet individuel n'a pas une utilité propre mais qu'il est inextricablement lié à d'autres projets, l'autorité responsable doit se pencher sur l'ensemble des projets — Le principe de l'utilité propre n'est

This was an appeal from an order allowing an application for judicial review of the Coast Guard's decisions that proposed bridges over navigable waters were not likely to cause significant adverse environmental effects, and to set aside approvals to authorize construction of the bridges. In August 1995, the Province of Alberta Environmental Protection approved a submission for a new road (the Mainline Road) to transport logs to the Sunpine Forest Products Limited mill at Strachan, Alberta, subject to several environmental conditions. In December 1995 Sunpine submitted an application for approval under *Navigable Waters Protection Act*, section 5 to construct bridges along the Mainline Road corridor. As a result of the requirement to obtain federal approval to construct the bridges over navigable waters, federal environmental assessments were triggered. The Canadian Coast Guard acted on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans as the responsible authority to carry out the environmental assessments. It defined the projects subject to environmental assessment as the bridges, and determined that the proposed bridges were not likely to cause significant adverse environmental effects, and approvals were issued.

*Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA), subsection 15(1) provides that the scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by the responsible authority. The Coast Guard determined that the scope of the proposed bridge projects did not include the road and proposed forestry operations. The Motions Judge found no reviewable error in the exercise of the Coast Guard's discretion in defining the projects subject to environmental assessment review. No cross-appeal was taken from this finding. Subsection 15(3) requires an environmental assessment to be conducted in respect of every "construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking" in relation to a physical work that is, in the opinion of the responsible authority, likely to be carried out in relation to that physical work. The Motions Judge concluded that the responsible authority was obliged under subsection 15(3) to include the road and perhaps the forestry operations within the scope of the environmental assessment (as opposed to the projects) because they were "in relation to" the bridges. He held that his interpretation of subsection 15(3) was consistent with the independent utility principle i.e. where an individual project has no independent utility, but is inextricably intertwined with other projects, the

*d'aucune utilité pour interpréter l'art. 15(3) puisqu'il vient des États-Unis, où les questions de compétence constitutionnelle et l'ensemble des dispositions législatives pertinentes diffèrent considérablement de celles qui s'appliquent au Canada.*

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire à l'encontre des décisions rendues par la Garde côtière selon lesquelles les ponts qu'il était envisagé de construire au-dessus des eaux navigables n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants, et ayant annulé les autorisations relatives à la construction des ponts. En août 1995, les Services de la protection environnementale de l'Alberta ont approuvé le projet d'une nouvelle construction routière (la Mainline Road) pour assurer le transport des billes de bois d'œuvre jusqu'à la scierie de Sunpine Forest Products Limited située à Strachan (Alberta), sous réserve de certaines conditions en matière environnementale. En décembre 1995, en se fondant sur l'article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, Sunpine a présenté une demande d'autorisation pour construire des ponts sur le parcours de la Mainline Road. La construction de ponts franchissant des eaux navigables étant subordonnée à l'autorisation des autorités fédérales, la demande déclencha le mécanisme fédéral d'évaluation environnementale. La Garde côtière canadienne a été chargée d'effectuer les évaluations environnementales au nom du ministre des Pêches et Océans. Elle a défini les ponts comme étant les projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale et a déterminé que les ponts qu'on se proposait de construire n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants; l'autorisation de construire les ponts a donc été délivrée.

Le paragraphe 15(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCÉE) confère à l'autorité responsable le pouvoir de déterminer la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée. La Garde côtière a déterminé que la portée des projets envisagés quant à la construction des ponts ne comprenait ni la construction routière, ni l'exploitation forestière à laquelle on entendait se livrer. Le juge des requêtes n'a relevé aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire dans la manière dont la Garde côtière a exercé son pouvoir discrétionnaire en définissant les projets assujettis à une évaluation environnementale. Cette conclusion n'a pas fait l'objet d'un appel incident. Le paragraphe 15(3) prévoit qu'une évaluation environnementale doit être effectuée relativement à toute opération de «construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre» liée à un ouvrage et qui, de l'avis de l'autorité responsable, est susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage. Le juge des requêtes a conclu qu'aux termes du paragraphe 15(3), l'autorité responsable était tenue d'englober dans la portée de l'évaluation environnementale la route et peut-être aussi l'exploitation forestière (par opposition aux projets), étant donné qu'elles étaient «liées» aux ponts. Le juge des requêtes a estimé que son interprétation du paragraphe 15(3) était

responsible authority must consider all projects. He held that the bridges had no independent utility apart from the road and perhaps the forestry operation.

Paragraph 16(1)(a) states that every assessment shall consider the environmental effects of the projects and “any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out”. Subsection 16(3) provides that the scope of the factors to be taken into consideration pursuant to paragraph 16(1)(a) is to be determined by the responsible authority. The Motions Judge held that subsection 16(1) reflects an obligation on the part of the responsible authority to apply the independent utility principle in the definition of the scope of the assessment. He found that the Coast Guard erred in law in failing to include consideration of the cumulative environmental effects likely to result from the combination of the road and the bridges.

Subsection 55(1) requires the establishment of a public registry for the purpose of facilitating public access to records. In this case, the registry was established at Sarnia, Ontario, over two thousand miles away from the projects subject to environmental assessment. In view of the remoteness of the registry, applicant requested that it be provided with copies of all materials on the registry. The Coast Guard provided some of this material but, as to the remainder invited the respondent to apply under the *Access to Information Act*.

The issues were: whether the Motions Judge erred in interpreting and applying the *Canadian Environmental Assessment Act*, sections 15, 16 and 55.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) The responsible authority first determines the scope of a project under subsection 15(1). Subsection 15(3) is subsidiary to subsection 15(1). Subsection 15(3) requires the responsible authority to conduct its environmental assessment in respect of various aspects of the project, as is made clear by the definition of “project” in subsection 2(1) as, in relation to a physical work, any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work. “Project” is thus not equivalent to the physical work. In this case, the physical works were the bridges. However, the projects requiring environmental assessment included any construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to the bridges. The focuses of the projects are the physical works, but the construction, operation, modification, decommissioning,

conforme au principe de l'utilité propre; selon ce principe, lorsqu'un projet individuel n'a pas une utilité propre mais qu'il est inextricablement lié à d'autres projets, l'autorité responsable doit se pencher sur l'ensemble des projets. Selon le juge des requêtes, les ponts n'ont aucune utilité propre indépendante de la route et, peut-être, de l'exploitation forestière.

L'alinéa 16(1)a prévoit que l'évaluation doit porter sur les effets environnementaux des projets et les «effets cumulatifs que [leur] réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement». Le paragraphe 16(3) prévoit qu'il incombe à l'autorité responsable de déterminer la portée des éléments visés à l'alinéa 16(1)a. Le juge des requêtes a estimé que le paragraphe 16(1) faisait ressortir l'obligation de l'autorité responsable d'appliquer le principe de l'utilité propre dans l'analyse de la portée de l'évaluation. Il a conclu que la Garde côtière avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des effets environnementaux cumulatifs qui découleraient vraisemblablement de la construction combinée de la route et des ponts.

Le paragraphe 55(1) prévoit la mise sur pied d'un registre public afin de faciliter l'accès du public aux documents relatifs aux évaluations. En l'espèce, le registre public a été établi à Sarnia (Ontario), soit à plus de 2 000 milles des projets visés par l'évaluation environnementale. Étant donné son éloignement du registre, la demanderesse a requis des copies de l'ensemble des documents se trouvant au registre. La Garde côtière a fourni à la demanderesse certains documents, mais lui a suggéré de présenter une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pour obtenir le reste des documents.

La question en litige consiste à savoir si le juge des requêtes a commis une erreur quant à l'interprétation et à l'application des articles 15, 16 et 55 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

1) L'autorité responsable doit d'abord déterminer la portée du projet, conformément au paragraphe 15(1). Le paragraphe 15(3) est subsidiaire par rapport au paragraphe 15(1). Le paragraphe 15(3) impose à l'autorité responsable l'obligation d'inclure dans son évaluation environnementale toute opération liée à un projet qui, conformément à la définition de «projet» contenue au paragraphe 2(1), participe de la réalisation d'un ouvrage, y compris de toute proposition de construction, d'exploitation, de modification, de désaffectation, de fermeture ou autre opération liée à cet ouvrage. Le mot «projet» n'équivaut donc pas au mot «ouvrage». En l'espèce, les ouvrages étaient les ponts. Cependant, les projets soumis à l'évaluation environnementale comprenaient toute construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération liée aux ponts. Les ouvrages constituent les éléments principaux des projets, mais la

abandonment or other undertaking in relation to them are also within the scope of the projects by virtue of the definition of “projects”. The same words are found in subsection 15(3) as appear in the definition of “project” dealing with the conduct of the environmental assessment. The environmental assessment that must be carried out will be in respect of the project as scoped. Subsection 15(3) does not impose an obligation on the responsible authority to conduct an environmental assessment outside the scope of the project as determined by subsection 15(1).

“In relation to” in subsection 15(3) cannot contemplate any construction having any connection to the physical work that is the focus of the project, given the context of sections 15 and 16. Requiring the responsible authority to scope the project under subsection 15(1), would be unnecessary if every construction remotely connected to the project had to be the subject of the environmental assessment, as would the provision in paragraph 16(1)(a) for a cumulative effects analysis, taking account of the project as scoped under subsection 15(1) in combination with other projects or activities that have been or will be carried out. The words “in relation to” are used in the definition of “project” and in subsection 15(3) instead of the word “of”. They refer to construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertakings that pertain to the life cycle of the physical work itself or that are subsidiary or ancillary to the physical work that is the focus of the project as scoped.

The independent utility principle originated in the United States, where questions of constitutional jurisdiction and the applicable statutory scheme of the relevant environmental protection legislation undoubtedly differ from those in Canada. It was not helpful for the purpose of interpreting subsection 15(3).

Once the responsible authority scoped each project under subsection 15(1), subsection 15(3) did not require that the environmental assessment include construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking outside the scope of the projects.

(2) The first aspect of the the process under section 16 involves consideration of all the factors in paragraphs 16(1)(a) to (f). Paragraph 16(1)(a), which refers to the cumulative environmental effects, requires the responsible authority to consider environmental effects that are likely to result from the projects scoped under subsection 15(1), in combination with other projects or activities that have been or will be carried out. The second aspect of the process involves the exercise of the discretion vested in the responsible authority by subsection 16(3) to determine the scope of

construction, l’exploitation, la modification, la désaffectation, la fermeture ou toute autre opération liée aux ponts sont également incluses dans la portée des projets en raison de la définition de «projet». Le paragraphe 15(3) reprend la définition de «projet» en ce qui concerne les évaluations environnementales. L’évaluation environnementale qui doit être effectuée portera sur le projet dont la portée a été déterminée. Le paragraphe 15(3) n’oblige pas l’autorité responsable à procéder à une évaluation environnementale des éléments qui ne sont pas inclus dans la portée du projet aux termes du paragraphe 15(1).

En raison du contexte des articles 15 et 16, le mot «lié» figurant au paragraphe 15(3) ne pourrait être interprété comme s’appliquant à toute construction qui est le moins lié à l’ouvrage constituant l’élément central du projet. Le fait d’obliger, aux termes du paragraphe 15(1), l’autorité responsable à déterminer la portée du projet constituerait un exercice superfétatoire si l’évaluation environnementale devait porter sur toute construction le moins liée au projet; la même remarque s’applique relativement à l’application de l’alinéa 16(1)a, qui prévoit une analyse des effets cumulatifs que pourrait entraîner la réalisation du projet défini conformément au paragraphe 15(1), combinée à l’existence ou à la réalisation d’autres projets ou activités. Ce sont les mots «liée à» qui sont utilisés dans la définition de «projet» ainsi qu’au paragraphe 15(3), et non le mot «de». Ces mots s’entendent de la construction, de l’exploitation, de la modification, de la désaffectation, de la fermeture ou de toute autre opération ayant trait à la durée de l’ouvrage en question, ou qui est accessoire à cet ouvrage qui est au cœur même du projet défini.

Le principe de l’utilité propre vient des États-Unis, où les questions de compétence constitutionnelle et l’ensemble des dispositions législatives portant sur la protection de l’environnement diffèrent sans nul doute de celles qui s’appliquent au Canada. Il n’est donc d’aucune utilité pour interpréter le paragraphe 15(3).

Une fois la portée des projets déterminée par l’autorité responsable conformément au paragraphe 15(1), le paragraphe 15(3) n’impose pas que l’évaluation environnementale englobe les constructions, exploitations, modifications, désaffectations, fermetures ou autres opérations se situant hors de la portée des projets définis.

2) Le premier volet du processus visé à l’article 16 porte sur l’évaluation de tous les facteurs prévus aux alinéas 16(1)a) à f). L’alinéa 16(1)a), qui porte sur les effets environnementaux cumulatifs, oblige l’autorité responsable à tenir compte des effets susceptibles d’être causés à l’environnement par les projets définis conformément au paragraphe 15(1), combinés à l’existence d’autres ouvrages ou à la réalisation d’autres projets ou activités. Le second volet du processus concerne l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui, en vertu du paragraphe 16(3), permet à

the cumulative environmental effects that will be considered i.e. which other projects or activities are to be taken into account. It is therefore, within the discretion of the responsible authority to decide which other projects or activities to include and which to exclude for purposes of a cumulative environmental effects assessment under paragraph 16(1)(a).

The Coast Guard did not mention the road or forestry operations in its screening reports. Apparently it declined to consider matters that were outside the defined scope of the projects and that were outside federal jurisdiction. The nature of a cumulative effects assessment under paragraph 16(1)(a) would appear to expressly broaden the considerations beyond the project as scoped and sources outside that scope are to be considered. Nothing in paragraph 16(1)(a) or subsection 16(3) limits the assessment to sources within federal jurisdiction. In order to trigger a federal environmental assessment, some aspect of federal jurisdiction must be engaged. Once engaged, the federal responsible authority is to exercise its cumulative effects discretion unrestrained by its perception of constitutional jurisdiction. It must consider environmental effects touching upon all areas of federal jurisdiction, but focus its environmental assessment on effects within federal jurisdiction. It appears that this was the focus of the assessments in this case.

Just because a federal project does not create adverse effects itself does not mean that it could not exacerbate adverse effects of other projects. A finding of insignificant effect, as was made here, still implies some effects from the bridge projects themselves. The accumulation of a series of insignificant effects might at some point result in significant effects. For this reason, the insignificant effects finding does not preclude the application of the cumulative effects portion of paragraph 16(1)(a) or subsection 16(3). The Coast Guard erred in declining to exercise the discretion conferred on it in its cumulative effects analysis under paragraph 16(1)(a) by excluding consideration of effects from other projects or activities because they were outside the scoped projects or were outside federal jurisdiction.

(3) The establishment and manner of operation of the public registry under subsection 55(1) is subject to the exercise of discretion by the responsible authority. While cost is a factor to be considered, and there is no proximity

l'autorité responsable de déterminer la portée des effets environnementaux cumulatifs qui doivent être examinés, c'est-à-dire déterminer les autres projets ou activités qui doivent entrer en ligne de compte. La décision relative aux autres projets ou activités devant être inclus ou exclus aux fins de l'évaluation des effets environnementaux cumulatifs prévue à l'alinéa 16(1)a relève donc du pouvoir discrétionnaire conféré à l'autorité responsable.

Dans ses rapports préliminaires, la Garde côtière n'avait pas évoqué la route ou les exploitations forestières. Elle n'a vraisemblablement pas voulu se pencher sur des questions qui étaient à la fois hors de la portée des projets définis et hors du périmètre de la compétence fédérale. La nature même d'une évaluation des effets cumulatifs en vertu de l'alinéa 16(1)a semble expressément élargir le champ d'examen au-delà du projet défini et les sources situées en dehors des limites du projet défini doivent alors être examinées. L'alinéa 16(1)a et le paragraphe 16(3) ne limitent aucunement l'évaluation aux sources relevant de la compétence fédérale. Il faut, pour enclencher la procédure fédérale d'évaluation environnementale, que soit en cause un aspect relevant de la compétence fédérale. À partir du moment où cette procédure est enclenchée, l'autorité fédérale responsable doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière d'effets cumulatifs, sans que son action ne soit limitée par la manière dont elle interprète la compétence constitutionnelle dont elle est investie. L'autorité responsable doit se pencher sur les effets environnementaux touchant tout domaine de compétence fédéral, mais elle doit faire porter son évaluation environnementale sur les effets relevant d'un domaine de compétence fédéral. Il apparaît que cela ait été le point de mire des évaluations en l'espèce.

Le simple fait qu'un projet fédéral n'entraîne pas, à proprement parler, d'effet négatif ne signifie pas qu'il ne puisse aggraver les effets négatifs produits par d'autres projets. Le fait qu'on ait conclu en l'espèce que le projet n'entraînerait que des effets insignifiants implique que la construction des ponts aurait tout de même certains effets. L'accumulation de toute une série d'effets insignifiants pourrait finir par constituer des effets appréciables. Pour ce motif, la conclusion selon laquelle les projets n'entraîneraient que des effets insignifiants n'empêche pas l'application de la partie de l'alinéa 16(1)a concernant les effets cumulatifs, ou du paragraphe 16(3). La Garde côtière a commis une erreur en s'abstenant d'exercer son pouvoir discrétionnaire, dans le cadre de l'analyse des effets cumulatifs qu'elle a menée en vertu de l'alinéa 16(1)a, en n'englobant pas les effets susceptibles de découler d'autres projets ou activités, au motif que ceux-ci n'étaient pas visés par les projets définis ou se situaient hors du champ de compétence fédéral.

3) L'établissement et la tenue d'un registre public aux termes du paragraphe 55(1) relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité responsable. Bien que les coûts soient effectivement un facteur à considérer, et bien qu'il n'y ait aucune



requirement for a public registry, subsection 55(1) does require that convenient public access to the registry must be ensured. If a public registry is not established and operated in close proximity to the relevant geographic area of the environmental assessment, other reasonable means, e.g. e-mail, faxes, placing a set of timely material filed in the registry with an agent in close proximity to the projects for access by the public, must be provided to comply with subsection 55(1). Even under the most deferential standard of review, the actions of the Coast Guard with respect to access to the public registry were patently unreasonable.

condition de proximité pour l'établissement du registre public, le paragraphe 55(1) exige néanmoins que l'accès facile du public y soit garanti. Si un registre public n'est pas établi et tenu à proximité de la zone géographique faisant l'objet de l'évaluation environnementale, il faut, afin de satisfaire aux exigences du paragraphe 55(1), prendre d'autres mesures raisonnables, telles que le recours au courrier électronique ou à la télécopie, ou encore faciliter l'accès du public à la documentation déposée au registre en en confiant en temps utile copie à un agent se trouvant à proximité des projets. Même selon la norme de contrôle la plus respectueuse, les mesures prises par la Garde côtière en matière d'accès au registre public étaient manifestement déraisonnables.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, preamble, ss. 2(1) "federal authority", "project", 5, 11(2), 12(4), 15(1), (3), 16(1),(2),(3), 55(1).  
*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. 91(10),(12),(24).  
*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.  
*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Manitoba's Future Forest Alliance v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 30 C.E.L.R. (N.S.) 1 (F.C.T.D.); *Citizens' Mining Council of Newfoundland & Labrador Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 29 C.E.L.R. (N.S.) 117; 163 F.T.R. 36 (F.C.T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

##### CONSIDERED:

*Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985).

#### AUTHORS CITED

Canadian Environmental Assessment Agency. *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, préambule, art. 2(1) «autorité fédérale», «projets», (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18), 5, 11(2), 12(4) (mod., *idem*, art. 20), 15(1),(3) (mod., *idem*, art. 21), 16(1) (mod., *idem*, art. 22), (2),(3), 55(1).  
*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. 91(10),(12),(24).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Manitoba's Future Forest Alliance c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1999), 30 C.E.L.R. (N.S.) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Citizens' Mining Council of Newfoundland & Labrador Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1999), 29 C.E.L.R. (N.S.) 117; 163 F.T.R. 36 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985).

#### DOCTRINE

Agence canadienne d'évaluation environnementale. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale: Guide*

*Authority's Guide*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1994.

APPEAL from an order allowing an application for judicial review of the Coast Guard's decisions pursuant to *Canadian Environmental Assessment Act*, sections 15 and 16 that proposed bridges over navigable waters were not likely to cause significant adverse environmental effects, and to set aside approvals to authorize construction of the bridges (*Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1998] 4 F.C. 340; (1998), 150 F.T.R. 161 (T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Kirk N. Lambrecht* for appellants (respondents).

*Stewart A. G. Elgie, Jerry V. DeMarco* for respondent (applicant).

*Brian K. O'Ferrall, E. Bruce Mellett* for intervenor (Sunpine Forest Products Limited).

*Allan H. Lefever, Q.C.* for intervenor (Alberta).

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants (respondents).

*Sierra Legal Defence Fund* for respondent (applicant).

*Bennett Jones* for intervenor (Sunpine Forest Products Limited).

*Reynolds, Mirth, Richards & Farmer*, Edmonton, for intervenor (Alberta).

*Brownlee Fryett*, Edmonton, for intervenors (AAMD&C and Municipal District of Clearwater).

*Birchall Northey*, Toronto, for intervenors (Canadian Environment Law Association and the Canadian Defence Fund).

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an appeal from a decision of Gibson J. [[1998] 4 F.C. 340 (T.D.)]

*des autorités responsables*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1994.

APPEL d'une ordonnance ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire à l'encontre des décisions rendues par la Garde côtière, aux termes des articles 15 et 16 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, selon lesquelles les ponts qu'il était envisagé de construire au-dessus des eaux navigables n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants, et ayant annulé les autorisations relatives à la construction des ponts (*Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1998] 4 C.F. 340; (1998), 150 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*Kirk N. Lambrecht* pour les appelants (défendeurs).

*Stewart A. G. Elgie et Jerry V. DeMarco* pour l'intimée (demanderesse).

*Brian K. O'Ferrall et E. Bruce Mellett* pour l'intervenante (Sunpine Forest Products Limited).

*Allan H. Lefever, c.r.*, pour l'intervenante (Alberta).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

*Sierra Legal Defence Fund* pour l'intimée (demanderesse).

*Bennett Jones* pour l'intervenante (Sunpine Forest Products Limited).

*Reynolds, Mirth, Richards & Farmer*, Edmonton, pour l'intervenante (Alberta).

*Brownlee Fryett*, Edmonton, pour les intervenants (AAMD&C et le district municipal de Clearwater).

*Birchall Northey*, Toronto, pour les intervenants (Association canadienne du droit de l'environnement et le Canadian Defence Fund).

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision du juge Gibson [[1998] 4 C.F. 340

pertaining to the *Canadian Environmental Assessment Act*<sup>1</sup> (CEAA). The issues involve the interpretation and application of sections 15, 16 and 55 of the Act.

## FACTS

[2] Sunpine Forest Products Limited harvests timber in an area of over one thousand square miles in west central Alberta. It processes the timber at mills in Alberta, including a mill at Strachan, Alberta. In 1994, Sunpine identified a need for a permanent road to transport logs to its Strachan mill. After consultation involving Sunpine, the Province of Alberta and the Municipal District of Clearwater, a Strachan Area Transportation Network study was prepared. Public input on the study was sought. A Forest Advisory Committee was established with representation from Sunpine, the Province of Alberta Environmental Protection and the Municipality. The respondent was also represented on the Committee. In May 1995, the Committee, with the respondent dissenting, approved a new "Mainline Road" rather than upgrading the existing "North Fork Road". In August 1995, the Province of Alberta Environmental Protection approved a revised Mainline Road submission from Sunpine subject to several environmental conditions.

[3] In December 1995, Sunpine submitted an application for approval under section 5 of the *Navigable Waters Protection Act*<sup>2</sup> (NWP) to construct bridges across the Ram River and Prairie Creek along the Mainline Road corridor. As a result of the requirement to obtain federal approval to construct the bridges over navigable waters, federal environmental assessments were triggered pursuant to paragraph 5(1)(d) of the CEAA. No approvals for the bridges could be issued under the NWP until environmental assessments requirements of the CEAA had been met.<sup>3</sup> The Canadian Coast Guard acted on behalf of the Minister of

(1<sup>re</sup> inst.)] dans une affaire concernant la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*<sup>1</sup> (LCÉE). Les questions soulevées en l'espèce ont trait à l'interprétation et à l'application des articles 15, 16 et 55 de la Loi.

## LES FAITS

[2] La compagnie Sunpine Forest Products Limited exploite plus de 1 000 milles carrés de terres à bois dans la partie ouest du centre de l'Alberta. Le bois est façonné dans des scieries, et notamment dans une scierie située à Strachan (Alberta). En 1994, Sunpine a éprouvé le besoin de faire construire une route permanente pour assurer le transport des billes de bois d'œuvre jusqu'à sa scierie de Strachan. À l'issue de consultations entre Sunpine, la province de l'Alberta et le district municipal de Clearwater, il fut procédé à une étude intitulée «Strachan Area Transportation Network Study». Le public était invité à faire connaître son point de vue. Peu de temps après était constitué un comité forestier consultatif réunissant Sunpine, les Services de la protection environnementale de l'Alberta et la municipalité. L'intimée y était elle aussi représentée. En mai 1995, malgré l'opposition exprimée par l'association intimée, le comité approuvait la construction d'une nouvelle «Mainline Road», de préférence à la remise en état de la «North Fork Road» qui avait servi jusque-là. En août 1995, les Services de la protection environnementale de l'Alberta approuvaient le projet de construction routière modifié présenté par Sunpine, sous réserve d'un certain nombre de conditions posées en matière d'environnement.

[3] En décembre 1995, Sunpine a présenté, sur le fondement de l'article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*<sup>2</sup> (LPEN), une demande d'approbation, sollicitant l'autorisation de construire des ponts franchissant la rivière Ram et le Prairie Creek sur le parcours de la Mainline Road. La construction de ponts franchissant des eaux navigables étant subordonnée à l'autorisation des autorités fédérales, la demande déclencha le mécanisme fédéral d'évaluation environnementale prévu à l'alinéa 5(1)d) de la LCÉE. La construction des ponts ne pouvait pas être autorisée en vertu de la LPEN avant que ne soient respectées les

Fisheries and Oceans as the responsible authority to carry out the environmental assessments.

[4] The Coast Guard defined the projects subject to environmental assessment as the Ram River Bridge and the Prairie Creek Bridge. On July 18, 1996, the Coast Guard issued Screening Environmental Assessment Reports for each project. The decisions contained in each Report determined that the proposed bridges were “not likely to cause significant adverse environmental effects”.

[5] Following issuance of the Screening Reports, public comments were solicited. Following receipt of public comments, the Coast Guard issued an addendum to its Screening Environmental Assessment Reports. The conclusion was that taking into account the implementation of certain mitigative measures, the proposed bridges were “not likely to cause significant adverse environmental effects.” Approvals to construct the bridges were issued on August 17, 1996.

[6] Subsequently, Sunpine revised its Ram River Bridge plans to provide for a clear span bridge rather than one with a pier to be constructed within the active channel of the Ram River. On December 3, 1996, the Coast Guard issued a further Screening Environmental Assessment Report for the Ram River Bridge project, concluding that taking into account the implementation of certain mitigative measures, the revised bridge design was “not likely to cause significant adverse environmental effects.” On December 12, 1996, the Minister of Fisheries and Oceans issued an approval for the revised Ram River Bridge.

[7] The respondent sought judicial review in the Federal Court Trial Division from the July 18, 1996 decisions of the Coast Guard. At the hearing before Gibson J., the respondent “refine(d) the reliefs sought” to include judicial review of the August 16 [*sic*] and

conditions prévues par la LCÉE en matière d'évaluation environnementale<sup>3</sup>. La Garde côtière canadienne était chargée d'effectuer les évaluations environnementales au nom du ministre des Pêches et des Océans.

[4] La Garde côtière a défini deux projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale, à savoir le pont de la rivière Ram et le pont de Prairie Creek. Le 18 juillet 1996, la Garde côtière a remis, à l'égard de chacun des deux projets, un rapport d'évaluation environnementale préliminaire. Selon les décisions contenues dans ces rapports, les ponts qu'il était envisagé de construire «n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants».

[5] On sollicita, après la remise des rapports préliminaires, les observations du public. Au vu de ces observations, la Garde côtière ajouta un supplément à ses rapports d'évaluation environnementale. Selon la Garde côtière, compte tenu des mesures préventives qui étaient prévues, les ponts qu'on se proposait de construire «n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants». L'autorisation de construire les deux ponts fut délivrée le 17 août 1996.

[6] Par la suite, Sunpine révisa ses plans pour la construction du pont de la rivière Ram afin de faire de celui-ci un pont franchissant la rivière d'un seul pas, au lieu de reposer, au centre, sur un pilier qui aurait été édifié sur le fond de la rivière, là où les eaux étaient les plus rapides. Le 3 décembre 1996, la Garde côtière remit un autre rapport préliminaire d'évaluation environnementale concernant le projet de construction d'un pont sur la rivière Ram, concluant qu'en raison des mesures préventives, le pont, par sa nouvelle conception, «n'était pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants». Le 12 décembre 1996, le ministre des Pêches et des Océans autorisa la construction d'un pont sur la rivière Ram, selon les plans modifiés.

[7] L'intimée sollicita de la Section de première instance de la Cour fédérale le contrôle judiciaire des décisions de la Garde côtière du 18 juillet 1996. À l'audience présidée par le juge Gibson, l'intimée «a précisé ainsi les réparations demandées dans l'avis de

December 3, 1996 decisions of the Coast Guard and to ask that approvals issued under the NWPAA to authorize the construction of the Prairie Creek and Ram River Bridges be quashed.

[8] On July 7, 1998, Gibson J. allowed the judicial review. He set aside the approvals granted by the Coast Guard and referred the matter back to the Minister of Fisheries and Oceans or other appropriate minister for consideration and redetermination in a manner consistent with the CEAA, the NWPAA and his reasons.

STANDARD OF REVIEW ON THE QUESTIONS OF INTERPRETATION OF THE CEAA

[9] The issues in this appeal are whether the learned Motions Judge erred in interpreting and applying sections 15, 16 and 55 of the CEAA. Gibson J. held that on questions of law, whether as to jurisdiction or as to the interpretation of statutory authority, the standard of review was correctness. As to the exercise of discretion by the Canadian Coast Guard, he held that the standard of review was reasonableness.

[10] As to the interpretation of provisions of the CEAA, there is no applicable privative clause. The CEAA is a statute of general application. It is administered by a broad range of federal authorities with the power to approve or licence projects that could have adverse environmental effects.<sup>4</sup> The Coast Guard has no particular expertise in interpreting the statutory requirements of the CEAA. The interpretation of the CEAA is a question of law. I agree with Gibson J. that the standard of review on these questions is correctness.

INTERPRETATION OF SUBSECTIONS 15(1), 15(3), 16(1) AND 16(3) OF THE CEAA

[11] The relevant environmental assessment provisions of the CEAA in this case are subsections 15(1),

requête introductive d'instance», y ajoutant le contrôle judiciaire des décisions de la Garde côtière des 16 [sic] août et 3 décembre 1996 et sollicitant l'annulation des autorisations accordées en vertu de la LPEN pour la construction des ponts de Prairie Creek et de la rivière Ram.

[8] Le 7 juillet 1998, le juge Gibson fit droit à la demande de contrôle judiciaire. Il annula les autorisations accordées par la Garde côtière et renvoya l'affaire devant le ministre des Pêches et des Océans ou tout autre ministre concerné pour nouvel examen et nouvelle décision en conformité avec les dispositions de la LCÉE, de la LPEN et les motifs de la Cour.

LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE AUX QUESTIONS D'INTERPRÉTATION DE LA LCÉE

[9] Le présent appel soulève la question de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur dans l'interprétation et l'application des articles 15, 16 et 55 de la LCÉE. Le juge Gibson a estimé que, relativement aux questions de droit portant sur la compétence ou sur l'interprétation de dispositions législatives habilitantes, la norme de contrôle était celle de la décision correcte. Quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Garde côtière canadienne, le juge a estimé que la norme de contrôle était celle du caractère raisonnable de la décision.

[10] En ce qui concerne l'interprétation des dispositions de la LCÉE, précisons que cette Loi ne comporte aucune clause privative. La LCÉE est une loi d'application générale. Elle est administrée par tout un ensemble d'organismes fédéraux dotés de l'autorité d'approuver ou d'autoriser des projets susceptibles d'avoir sur l'environnement des conséquences néfastes<sup>4</sup>. Pour ce qui est de l'interprétation des exigences prévues par la LCÉE, la Garde côtière ne possède aucune expertise particulière. L'interprétation de la LCÉE est une question de droit. Je conviens avec le juge Gibson qu'en ce domaine, la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

INTERPRÉTATION DES PARAGRAPHES 15(1), 15(3), 16(1) ET 16(3) DE LA LCÉE

[11] En l'espèce, les dispositions pertinentes de la LCÉE, en matière d'évaluation environnementale sont

15(3), 16(1) and 16(3).

**15.** (1) The scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by

(a) the responsible authority; or

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority.

...

(3) Where a project is in relation to a physical work, an environmental assessment shall be conducted in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of

(a) the responsible authority, or

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority, likely to be carried out in relation to that physical work.

**16.** (1) Every screening or comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

(a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

(c) comments from the public that are received in accordance with this Act and the regulations;

(d) measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project; and

(e) any other matter relevant to the screening, comprehensive study, mediation or assessment by a review panel, such as the need for the project and alternatives to the project, that the responsible authority or, except in the case of a screening, the Minister after consulting with the responsible authority, may require to be considered.

...

(3) The scope of the factors to be taken into consideration pursuant to paragraphs (1)(a), (b) and (d) and (2)(b), (c) and (d) shall be determined

les paragraphes 15(1), 15(3) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 21], 16(1) [mod., *idem*, art. 22] et 16(3).

**15.** (1) L'autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, détermine la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée.

[ . . . ]

(3) Est effectuée, dans l'un ou l'autre des cas suivants, l'évaluation environnementale de toute opération—construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre—constituant un projet lié à un ouvrage:

a) l'opération est proposée par le promoteur;

b) l'autorité responsable ou, dans le cadre d'une médiation ou de l'examen par une commission et après consultation de cette autorité, le ministre estime l'opération susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage.

**16.** (1) L'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation ou l'examen par une commission d'un projet portent notamment sur les éléments suivants:

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement;

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

c) les observations du public à cet égard, reçues conformément à la présente loi et aux règlements;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet;

e) tout autre élément utile à l'examen préalable, à l'étude approfondie, à la médiation ou à l'examen par une commission, notamment la nécessité du projet et ses solutions de rechange,—dont l'autorité responsable ou, sauf dans le cas d'un examen préalable, le ministre, après consultation de celle-ci, peut exiger la prise en compte.

[ . . . ]

(3) L'évaluation de la portée des éléments visés aux alinéas (1)a), b) et d) et (2)b), c) et d) incombe:

(a) by the responsible authority; or

(b) where a project is referred to a mediator or a review panel, by the Minister, after consulting the responsible authority, when fixing the terms of reference of the mediation or review panel.

(i) Subsections 15(1) and 15(3)

[12] Subsection 15(1) is straightforward. It confers on the responsible authority (the Canadian Coast Guard in this case) the power to determine the scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted. In the case at bar, the Coast Guard determined the scope of the projects as follows:

The scope of the Ram River Bridge Project includes: the construction and maintenance of a two-lane dual span bridge over the Ram River, including associated approaches and related works, storage areas or other undertakings directly associated with the construction of this bridge. The project involves preparation of the construction site, construction of a centre pier, abutments and the bridge structure.

The scope of the Prairie Creek Bridge Project includes: the construction and maintenance of a two-lane single span bridge over Prairie Creek, including associated approaches and related works, storage areas or other undertakings directly associated with the construction of these bridges. The project involves preparation of the construction site, abutments and the bridge structure.

The scope of the projects did not include the Mainline Road and proposed Sunpine forestry operations. Gibson J. found no reviewable error in the manner in which the Coast Guard exercised its discretion in defining the projects subject to environmental assessment review. In particular, he found no error in the Coast Guard not including the Mainline Road and the proposed Sunpine forestry operations within the scope of the bridge projects.

[13] However, he then went on to consider subsection 15(3) of the CEAA. In his view, the words of subsection 15(3) required the responsible authority to conduct an environmental assessment not only of the projects, in this case the bridges, which were physical works, but also “in respect of every construction,

a) à l'autorité responsable;

b) au ministre, après consultation de l'autorité responsable, lors de la détermination du mandat du médiateur ou de la commission d'examen.

(i) Les paragraphes 15(1) et 15(3)

[12] Le paragraphe 15(1) est clair et précis. Il confère à l'autorité responsable (en l'occurrence la Garde côtière canadienne) le pouvoir de déterminer la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée. En l'espèce, la Garde côtière a déterminé la portée des projets de la façon suivante:

[TRADUCTION] La portée du projet concernant le pont sur la rivière Ram comprend: la construction et l'entretien, sur la rivière Ram, d'un pont à deux voies à double travée, y compris les voies d'accès et ouvrages y afférents, les zones de stockage et autres ouvrages directement liés à la construction du pont. Le projet comprend la mise en état du site de construction, l'édification d'un pilier central, de butées et de l'armature du pont.

La portée du projet de construction d'un pont sur Prairie Creek comprend: la construction et l'entretien, sur la rivière Ram, d'un pont à deux voies à simple travée, y compris les voies d'accès et ouvrages y afférents, les zones de stockage et autres installations directement liées à la construction du pont. Le projet comprend la mise en état du site de construction, l'édification des butées et de l'armature du pont.

La portée de ces projets ne comprenait ni la construction de Mainline Road ni l'exploitation forestière à laquelle Sunpine entendait se livrer. Le juge Gibson n'a relevé aucune erreur justifiant le contrôle dans la manière dont la Garde côtière a exercé son pouvoir discrétionnaire de définir les projets soumis à évaluation environnementale. Il n'a notamment relevé aucune erreur dans le fait que la Garde côtière n'ait pas inclus, dans la portée des projets de construction de ces deux ponts, la construction de Mainline Road et l'exploitation forestière prévue par Sunpine.

[13] Malgré tout, il a ensuite examiné le paragraphe 15(3) de la LCÉE. D'après lui, l'autorité responsable était, aux termes du paragraphe 15(3), tenue d'effectuer une évaluation environnementale non seulement des projets, en l'occurrence les ponts, qui constituent des ouvrages, mais également «de toute opération —

operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to” the bridges. He found that the bridges were “accessory” to the Mainline Road and might be “accessory” to the Sunpine forestry operation. He therefore concluded that the responsible authority was obliged under subsection 15(3) to include within the scope of the environmental assessment (as opposed to the projects) the road and perhaps the forestry operations because they were “in relation to” the bridges.

[14] I agree with Gibson J. that the words of subsection 15(3) are mandatory as to the environmental assessment that must be conducted in respect of what is proposed by the proponent. However, I must respectfully disagree with the learned Judge that subsection 15(3) imposes a mandatory duty on the responsible authority to conduct an environmental assessment of other physical works outside the scope of the projects under environmental assessment, simply because the other physical works are “in relation to” the projects as scoped by the responsible authority. Put another way, the words in subsection 15(3) do not have the effect of rescoping a project to something wider than what was determined under subsection 15(1).

[15] In *Manitoba’s Future Forest Alliance v. Canada (Minister of the Environment)*,<sup>5</sup> Nadon J. was faced with facts very similar to those in the case at bar. In paragraphs 43 to 57 [pages 18-22], he provides an explanation of the relationship between subsections 15(1) and 15(3). The meaning of subsection 15(3) was also recently considered by MacKay J. in *Citizens’ Mining Council of Newfoundland & Labrador Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*.<sup>6</sup> Each judgment comes to a similar conclusion with respect to the proper interpretation of subsection 15(3) and I have found them both to be of assistance.

[16] As I see the scheme of subsections 15(1) and 15(3) in relation to this case, the responsible authority first determines the scope of a project under subsection 15(1). Subsection 15(3) is subsidiary to subsection 15(1). Subsection 15(3) requires the responsible authority to conduct its environmental assessment in

construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre» liée aux ponts. D’après lui, les ponts étaient «accessoires» à la Mainline Road et peut-être aussi à l’exploitation forestière de Sunpine. Il a donc conclu qu’aux termes du paragraphe 15(3), l’autorité responsable était tenue d’englober dans la portée de l’évaluation environnementale (par contraste avec les projets) la route et peut-être aussi l’exploitation forestière, étant donné qu’elles étaient «liées» aux ponts.

[14] Je conviens avec le juge Gibson que le texte du paragraphe 15(3) est obligatoire relativement à l’évaluation environnementale dont doit faire l’objet l’opération proposée par le promoteur. Avec égards, je ne partage cependant pas son avis que le paragraphe 15(3) impose à l’autorité responsable l’obligation de se livrer à une évaluation environnementale des autres ouvrages qui ne sont pas compris dans la portée des projets devant faire l’objet de l’évaluation environnementale, du simple fait que ces autres ouvrages sont «liés» aux projets tels, qu’ils ont été définis par l’autorité responsable. Autrement dit, le paragraphe 15(3) n’a pas pour effet d’élargir la portée d’un projet au delà de la définition faite conformément au paragraphe 15(1).

[15] Dans l’affaire *Manitoba’s Future Forest Alliance c. Canada (Ministre de l’Environnement)*<sup>5</sup>, le juge Nadon était saisi de faits très semblables aux faits de la présente affaire. Aux paragraphes 43 à 57 [pages 18 à 22], il fournit une explication du rapport entre le paragraphe 15(1) et le paragraphe 15(3). Le sens du paragraphe 15(3) a aussi été récemment examiné par le juge MacKay dans l’affaire *Citizens’ Mining Council of Newfoundland and Labrador Inc. c. Canada (Ministre de l’Environnement)*<sup>6</sup>. Les deux jugements sont parvenus à une conclusion analogue sur l’interprétation qu’il convient de donner au paragraphe 15(3), et je m’en suis inspiré.

[16] En ce qui concerne la manière dont les paragraphes 15(1) et 15(3) s’appliquent en l’espèce, l’autorité responsable doit d’abord déterminer la portée du projet, conformément au paragraphe 15(1). Le paragraphe 15(3) est subsidiaire par rapport au paragraphe 15(1). Le paragraphe 15(3) impose à l’autorité respon-



respect of various aspects of the project.

[17] The definition of “project” in subsection 2(1) of the Act makes this clear:

2. (1) . . .

“project” means

(a) in relation to a physical work, any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work, or

(b) any proposed physical activity not relating to a physical work that is prescribed or is within a class of physical activities that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(b);

“Project” is not equivalent to the physical work. In this case, the physical works were the bridges. However, the projects requiring environmental assessment included any construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to the bridges. The focuses of the projects are the physical works but the construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to them are also within the scope of the projects by virtue of the definition in subsection 2(1).

[18] Having said this, it is apparent that the same words are found in subsection 15(3) as appear in the subsection 2(1) definition of “project” dealing with the conduct of the environmental assessment. It follows that the environmental assessment that must be carried out will be in respect of the project as scoped. In other words, subsection 15(3) does not impose an obligation on the responsible authority to conduct an environmental assessment outside the scope of the project as determined under subsection 15(1).

[19] The words “in relation to” in subsection 15(3) might be read in the abstract to contemplate any construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking that has any connection, no matter how remote, to the physical work which is the focus of the project as scoped.

sable d’inclure dans son évaluation environnementale toute opération liée à un projet.

[17] Cela ressort clairement de la définition que le paragraphe 2(1) donne du mot «projet» [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18]:

2. (1) [. . .]

«projet» Réalisation—y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture—d’un ouvrage ou proposition d’exercice d’une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d’une catégorie d’activités concrètes désignée par règlement aux termes de l’alinéa 59b).

Le mot «projet» n’équivaut pas au mot «ouvrage». En l’espèce, les ouvrages étaient les ponts. Cependant, les projets soumis à évaluation environnementale comprennent toute construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre qui serait liée aux ponts. Les ouvrages sont les éléments principaux des projets, mais les opérations de construction, d’exploitation, de modification, de désaffectation, de fermeture ou autre liées aux ponts sont également incluses dans la portée des projets en raison de la définition figurant au paragraphe 2(1).

[18] Cela étant, il est clair que le paragraphe 15(3) reprend la définition de «projet» figurant au paragraphe 2(1) en ce qui concerne les évaluations environnementales. Il s’ensuit que l’évaluation environnementale qui doit être effectuée portera sur le projet dont la portée a été déterminée par l’autorité responsable. Autrement dit, le paragraphe 15(3) n’oblige pas l’autorité responsable à procéder à une évaluation environnementale d’éléments qui ne seraient pas inclus dans la portée du projet déterminée au titre du paragraphe 15(1).

[19] Le mot «lié» figurant au paragraphe 15(3) pourrait théoriquement être interprété comme s’appliquant à toute construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération le moins liée à l’ouvrage qui constitue l’élément central du projet défini. Une telle interprétation ferait

However, such an interpretation would ignore the context of sections 15 and 16 and the logical reason for the words “in relation to” in subsection 15(3). The first contextual point is that the responsible authority is required to scope the project under subsection 15(1). This would be an unnecessary exercise if, under subsection 15(3) every other construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking that had even a remote connection to the project had to be the subject of the environmental assessment. Second, paragraph 16(1)(a) provides for a cumulative effects analysis taking account of the project as scoped under subsection 15(1) in combination with other projects or activities that have been or will be carried out. This portion of paragraph 16(1)(a) would be redundant if projects or activities outside the project scoped under subsection 15(1) had to be considered under subsection 15(3).

[20] The words “in relation to” are used in the definition of “project” in subsection 2(1) and in subsection 15(3) instead of the word “of”. However, if the word “of” was used, the environmental assessment would be limited to the construction, operation, modification, decommissioning or abandonment of the physical work itself. Where a physical work is being constructed, there may be ancillary construction—for example, something as major as a coffer dam required to hold back water where the construction of a bridge required work on a river bed, or of a lesser order, such as the construction of temporary living quarters for construction workers. The words “in relation to” in context here do not contemplate any other construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertakings that has any conceivable connection to the project as scoped. Rather the words refer to construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertakings that pertain to the life cycle of the physical work itself or that are subsidiary or ancillary to the physical work that is the focus of the project as scoped.

[21] Gibson J. considered that his interpretation of subsection 15(3) was consistent with the independent utility principle taken from *Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985). As I understand the prin-

fi, cependant, du contexte des articles 15 et 16 et de la raison logique de l'utilisation du mot «lié» au paragraphe 15(3). Le premier élément contextuel est qu'aux termes du paragraphe 15(1), l'autorité responsable est tenue de déterminer la portée du projet. Il s'agirait là d'un exercice superfétatoire si le paragraphe 15(3) prévoyait que l'évaluation environnementale porte sur toute autre construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération le moins liée au projet. Deuxièmement, l'alinéa 16(1)a prévoit une analyse des effets cumulatifs que pourrait entraîner la réalisation du projet défini conformément au paragraphe 15(1), combinée à l'existence ou à la réalisation d'autres projets ou activités. Cette partie de l'alinéa 16(1)a serait superflue si des projets ou activités ne faisant pas, à proprement parler, partie du projet défini en vertu du paragraphe 15(1) devaient être pris en considération aux termes du paragraphe 15(3).

[20] Ce sont les mots «liée à» qui sont utilisés dans la définition de «projet» figurant au paragraphe 2(1) ainsi qu'au paragraphe 15(3), et non le mot «de». Cependant, si c'était le mot «de» qui avait été employé, l'évaluation environnementale se limiterait à la construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture du seul ouvrage prévu. Lorsqu'un ouvrage est en construction, il peut y avoir des constructions accessoires—par exemple, quelque chose d'aussi important qu'un batardeau afin de retenir les eaux lorsque la construction d'un pont exige des travaux sur le lit d'une rivière, ou bien quelque chose de moindre ampleur, telle que la construction de logements provisoires pour les employés du chantier. Dans le contexte de cette affaire, le mot «lié» ne vise aucune autre construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération ayant le moindre lien avec le projet défini. Le mot s'entend, plutôt, de la construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre opération ayant trait à la durée de l'ouvrage en question, ou accessoire à cet ouvrage qui est au cœur même du projet défini.

[21] Le juge Gibson a estimé que son interprétation du paragraphe 15(3) était conforme au principe de l'utilité propre tiré de l'arrêt *Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985). Selon moi, cela veut dire

ciple, where an individual project has no independent utility but is inextricably intertwined with other projects, the agency charged with considering the environmental impacts must consider all projects. In his view, the Ram River and Prairie Creek Bridges had no independent utility apart from the Mainline Road and perhaps the forestry operation. It was the independent utility principle, together with his consideration of *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority's Guide*<sup>7</sup> which he said reflected the independent utility principle, that guided his analysis.

The analysis that follows will be guided by the foregoing general principles and by reference to the independent utility principle, as reflected in the foregoing quotations from the Guide which I find to be consistent with the provisions of the CEAA.<sup>8</sup>

[22] At this point, we are dealing with a question of statutory interpretation. The independent utility principle originated in the United States where questions of constitutional jurisdiction and the applicable statutory scheme of the relevant environmental protection legislation undoubtedly differ from those in Canada. I do not find the independent utility principle or the portions of the Guide which may reflect the independent utility principle helpful for the purpose of interpreting subsection 15(3) of the CEAA. The intent and meaning of subsection 15(3) may be adequately discerned from a consideration of the context of sections 15 and 16 and the logical reason for the words “in relation to” in subsection 15(3).

[23] I conclude, as a matter of statutory interpretation, that once the responsible authority scoped each project under subsection 15(1), subsection 15(3) did not require that the environmental assessment include construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking outside the scope of the projects.

(ii) Subsections 16(1) and 16(3)

[24] I turn to subsections 16(1) and 16(3). Gibson J. was of the view [at page 370] “that subsection 16(1) clearly reflects, on the facts of this case, an obligation

que lorsqu'un projet individuel n'a pas une utilité propre mais qu'il est inextricablement lié à d'autres projets, l'organisme chargé d'évaluer les effets environnementaux doit se pencher sur l'ensemble des projets. D'après le juge Gibson, les ponts de la rivière Ram et de Prairie Creek n'ont aucune utilité propre indépendante de la Mainline Road et, peut-être, de l'exploitation forestière. Il fonde son analyse sur le principe de l'utilité propre ainsi que sur le la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale: Guide des autorités responsables*<sup>7</sup>, qui, selon lui, s'inspire du principe de l'utilité propre.

L'analyse qui suit est guidée par les principes généraux qui précèdent et par l'application du principe de l'utilité propre, comme celui-ci transparaît des citations précédentes du Guide, que je juge conformes aux dispositions de la LCÉE<sup>8</sup>.

[22] Il s'agit, au stade où nous en sommes, d'une question d'interprétation des lois. Le principe de l'utilité propre vient des États-Unis, pays où les questions de compétence constitutionnelle et l'ensemble des dispositions législatives portant sur la protection de l'environnement diffèrent sans nul doute de celles qui s'appliquent au Canada. À mon avis, le principe de l'utilité propre et les parties du Guide susceptibles de refléter ce principe, ne sont d'aucune utilité pour interpréter le paragraphe 15(3) de la LCÉE. On peut, en effet, cerner l'intention et le sens du paragraphe 15(3) en se penchant sur le contexte des articles 15 et 16 et sur la raison logique de l'utilisation du mot «lié» au paragraphe 15(3).

[23] Je conclus qu'il convient d'interpréter la disposition en question comme voulant dire qu'une fois la portée des projets déterminée par l'autorité responsable conformément au paragraphe 15(1), le paragraphe 15(3) n'imposait pas que l'évaluation environnementale englobe les constructions, exploitations, modifications, désaffectations, fermetures ou autres opérations se situant hors de la portée des projets définis.

(ii) Les paragraphes 16(1) et 16(3)

[24] J'aborde maintenant les paragraphes 16(1) et 16(3). Le juge Gibson a estimé [à la page 370] que le paragraphe 16(1) «laisse clairement voir [en l'espèce]

on the part of the responsible authority to apply the independent utility principle in the definition of the scope of the assessment.” He found that the Coast Guard erred in law in failing to include consideration of the cumulative environmental effects likely to result from the combination of the Mainline Road and the bridges.

[25] Again, it is necessary to focus on the question of statutory interpretation. Subsection 16(1) is indeed mandatory. It requires consideration of the factors enumerated in paragraphs 16(1)(a) to (f). In particular, paragraph 16(1)(a) states that the environmental assessment shall consider the environmental effects of the project as scoped and “any cumulative environmental effects that are likely to result from the [scoped] project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out.” However, the scope of the factors to be taken into consideration pursuant to paragraph 16(1)(a) is to be determined by the responsible authority under subsection 16(3). This scoping is a discretionary decision on the part of the responsible authority.

[26] The process involves two aspects. The first is for the responsible authority to consider the applicability of all of the factors in paragraphs 16(1)(a) to (f) to the project being assessed. The use of the word “shall” in subsection 16(1) indicates that some consideration of each factor is mandatory. Under paragraph 16(1)(a), the relevant factor is the environmental effect of the project which includes, *inter alia*, cumulative environmental effects. This requires the responsible authority to consider environmental effects that are likely to result from the projects scoped under subsection 15(1), in combination with other projects or activities that have been or will be carried out.

[27] The second aspect involves the exercise of the discretion vested in the responsible authority by subsection 16(3)<sup>9</sup> to determine the scope of this part of the paragraph 16(1)(a) factor, i.e. the cumulative environmental effects that will be considered. By necessary implication, a decision as to the cumulative

l’existence de l’obligation de l’autorité responsable d’appliquer le principe de l’utilité propre dans l’analyse de la portée de l’évaluation». Il a conclu que la Garde côtière avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des effets environnementaux cumulatifs qui découleraient vraisemblablement de la construction combinée de la Mainline Road et des ponts.

[25] Encore une fois, il est nécessaire de mettre l’accent sur la question de l’interprétation des dispositions législatives. Le paragraphe 16(1) a effectivement force obligatoire. Il exige l’examen des facteurs énumérés aux alinéas 16(1)a) à f). L’alinéa 16(1)a), en particulier, prévoit que l’évaluation environnementale doit notamment porter sur les effets environnementaux du projet défini et sur «les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l’existence d’autres ouvrages ou à la réalisation d’autres projets ou activités, est susceptible de causer». Mais la portée des facteurs dont il y a lieu de tenir compte aux termes de l’alinéa 16(1)a) doit être déterminée, selon le paragraphe 16(3), par l’autorité responsable. Or, cette détermination de la portée d’un projet constitue une décision relevant du pouvoir discrétionnaire de l’autorité responsable.

[26] Le processus comporte deux volets. D’abord, l’autorité responsable est tenue d’examiner l’application au projet faisant l’objet de l’évaluation de tous facteurs prévus aux alinéas 16(1)a) à f). L’utilisation du mot «portent» au paragraphe 16(1) indique que chaque facteur doit être examiné. Selon l’alinéa 16(1)a), le facteur pertinent est l’effet environnemental du projet et, notamment, ses effets cumulatifs. Cela oblige l’autorité responsable à tenir compte des effets susceptibles d’être causés à l’environnement par le projet défini conformément au paragraphe 15(1), combiné à l’existence d’autres ouvrages ou à la réalisation d’autres projets ou activités.

[27] Le second volet est l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui, en vertu du paragraphe 16(3)<sup>9</sup>, permet à l’autorité responsable de déterminer la portée de cet élément du facteur prévu à l’alinéa 16(1)a), c’est-à-dire les effets environnementaux cumulatifs que doit englober l’évaluation environnementale.

environmental effects that are to be considered requires a determination of which other projects or activities are to be taken into account. It is, therefore, within the discretion of the responsible authority to decide which other projects or activities to include and which to exclude for purposes of a cumulative environmental effects assessment under paragraph 16(1)(a).

[28] The learned Motions Judge makes no mention of subsection 16(3) in his reasons and it appears that it may not have been brought to his attention. The respondent argues that subsection 16(3) cannot override paragraph 16(1)(a) and in any event, that the discretion conferred by subsection 16(3) is only to determine who it is that determines the scope of the factors. I cannot agree with the respondent on this point. Subsection 16(3) cannot be ignored. When it is taken into account, it is plain that while it is mandatory in the sense that it requires a scoping of certain factors in subsection 16(1) by the responsible authority, that scoping is left to the discretion of the responsible authority. That makes logical sense. Paragraph 16(1)(a) cannot be read in isolation. The “other projects or activities” have not been defined in that paragraph. In other words, paragraph 16(1)(a) does not specify which other projects or activities are to be considered. Indeed, the learned Motions Judge himself seems to have had some doubt as to whether the forestry operations were to be taken into account. The scoping of other projects or activities to be taken into account is left to the discretion of the responsible authority under subsection 16(3) and paragraph 16(1)(a) places no mandatory duty in that regard on the responsible authority.

#### APPLICATION OF SUBSECTIONS 15(1), 15(3), 16(1) AND 16(3) OF THE CEEA

[29] I turn now to the actions of the Coast Guard in relation to sections 15 and 16. Under subsection 15(1), in the exercise of its discretion, the responsible

Logiquement, avant de décider des effets environnementaux qu’il convient d’étudier, il faut déterminer quels sont les autres projets ou activités qui doivent entrer en ligne de compte. La décision relative aux autres projets ou activités devant être inclus dans l’évaluation environnementale et à ceux devant en être exclus aux fins de l’évaluation des effets environnementaux cumulatifs qui est prévue par l’alinéa 16(1)a relève donc du pouvoir discrétionnaire conféré à l’autorité responsable.

[28] Dans ses motifs, le juge des requêtes ne fait aucune allusion au paragraphe 16(3), et cette disposition n’a peut-être pas été portée à son attention. L’intimée prétend que le paragraphe 16(3) ne peut pas avoir préséance sur l’alinéa 16(1)a et, qu’en tout état de cause, le pouvoir discrétionnaire que confère le paragraphe 16(3) ne porte que sur l’identité de celui qui détermine la portée des facteurs en question. Je ne partage pas l’avis de l’intimée à cet égard. On ne peut pas faire fi du paragraphe 16(3). Lorsqu’on en tient compte, il est évident que même s’il est obligatoire en ce sens que l’autorité responsable est tenue de déterminer la portée de certains facteurs prévus au paragraphe 16(1), cette détermination relève de son pouvoir discrétionnaire. Cela paraît logique. L’alinéa 16(1)a ne peut pas être interprété hors contexte. Quant aux «autres projets ou activités», ils ne sont pas définis dans cet alinéa. Autrement dit, l’alinéa 16(1)a ne précise pas quels sont les autres projets ou activités dont on doit tenir compte dans le cadre de l’évaluation environnementale. D’ailleurs, le juge des requêtes semble avoir lui-même éprouvé certains doutes quant à la question de savoir si l’exploitation forestière devait elle aussi être englobée dans l’évaluation. La détermination de la portée des autres projets ou activités devant faire l’objet de l’évaluation est laissée, selon le paragraphe 16(3), à l’appréciation de l’autorité responsable, et l’alinéa 16(1)a n’impose à cet égard aucune obligation à cette autorité.

#### L’APPLICATION DES PARAGRAPHES 15(1), 15(3), 16(1) ET 16(3) DE LA LCÉE

[29] J’aborde maintenant les mesures prises par la Garde côtière au regard des articles 15 et 16. Dans le cadre de l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui

authority scoped each project. The learned Motions Judge found no error in that exercise of discretion. He states:

I can find no reviewable error in the manner in which the responsible authority here exercised his discretion in defining the projects subject to environmental assessment review. More specifically, I find no error on the part of the responsible authority in failing to include within the scope of the bridge projects the road to which the principal projects, that is to say the bridges and the related abutments, could be said to be accessory and the proposed forestry operations to which the bridges might also, on the facts of this matter, be considered to be accessory.<sup>10</sup>

No cross-appeal was taken from this finding. Accordingly, no question of error by the Coast Guard arises with respect to subsection 15(1). Once the bridge projects were scoped under subsection 15(1), there was no obligation on the Coast Guard to include the Mainline Road or the Sunpine forestry operations in its environmental assessment by reason of subsection 15(3).

[30] In the case of section 16, Gibson J. found that the responsible authority erred in failing to include consideration of the Mainline Road in its cumulative effects analysis. From his reasons, he seems to treat the error as one of either misinterpreting paragraph 16(1)(a) or perhaps misapplying it to the facts of the case.

[31] The Coast Guard's Screening Environmental Assessment Reports of July 18, 1996 address cumulative effects. With respect to the Ram River Bridge, the Report states:

Scope of Environmental Assessment

The scope of the environmental assessment includes the environmental effects at and downstream of the bridge site, identified in paragraph 16(1)(a) and section 2 of CEAA of

est conféré par le paragraphe 15(1), l'autorité responsable a déterminé la portée de chaque projet. Le juge des requêtes n'a relevé aucune erreur dans la manière dont ce pouvoir discrétionnaire avait été exercé. Il a dit:

Je ne peux voir aucune erreur susceptible de contrôle dans la manière dont l'autorité responsable en l'espèce a exercé son pouvoir discrétionnaire quant à la qualification des projets assujettis à la demande de contrôle des évaluations environnementales. Plus précisément, j'estime que l'autorité responsable n'a commis aucune erreur en omettant d'inclure dans la portée des projets de pont la route, de laquelle on pourrait dire que les principaux projets, soit les ponts et les culées afférentes, sont les accessoires, et les opérations forestières proposées, desquelles, selon les faits de l'espèce, les ponts pourraient aussi être considérés comme accessoires<sup>10</sup>.

Cette conclusion n'a pas fait l'objet d'un appel incident. La question d'une éventuelle erreur de la Garde côtière ne se pose par conséquent pas au regard du paragraphe 15(1). À partir du moment où la portée des projets de construction de ponts avait été déterminée conformément au paragraphe 15(1), la Garde côtière n'était aucunement tenue, aux termes du paragraphe 15(3), d'inclure dans son évaluation environnementale la route dénommée Mainline Road ou les activités forestières de la compagnie Sunpine.

[30] Quant à l'article 16, le juge Gibson a estimé que c'est à tort que l'autorité responsable n'avait pas inclu dans son analyse des effets cumulatifs les incidences que pourrait avoir la construction de la Mainline Road. À la lumière de ses motifs, il semble avoir considéré que cette erreur résultait d'une mauvaise interprétation de l'alinéa 16(1)a) ou, peut-être, d'une mauvaise application de cette disposition aux faits de l'affaire.

[31] Les rapports d'examen préalables de la Garde côtière, en date du 18 juillet 1996, évoquaient le problème des effets cumulatifs. En ce qui concerne le pont de la rivière Ram, le rapport disait ceci:

[TRADUCTION]

Portée de l'évaluation environnementale

La portée de l'évaluation environnementale comprend les effets environnementaux au site même de la construction du pont ainsi qu'en aval, effets prévus à l'alinéa 16(1)a) et à

the bridge and any works related to the construction and maintenance of the bridge.

#### Cumulative Effects

The Ram River Crossing is isolated from other man-made structures by several kilometers. The accumulated hydraulic effects of this bridge with other structures on the waterway are related to the distance upstream or downstream that other in-water structures are located. These hydraulic effects are insignificant and have been addressed by the design of the bridge structure itself.

The potential of cumulative effects from ice and log jamming is also related to the bridge's distance from other structures. To further reduce any jamming-related effects, the design and location of the pier structure on the mid-stream gravel bar has decreased the potential for ice or log jamming to occur.

Siltation related cumulative effects are considered insignificant as the sediments affected by construction will not be allowed to enter the waterway directly without prescreening through geotextile filters placed prior to construction.

With respect to the Prairie Creek Bridge, the Report states:

#### Scope of Environmental Assessment

The scope of the environmental assessment includes the environmental effects at and downstream of the bridge site, identified in paragraph 16(1)(a) and section 2 of CEAA of the bridge and any works related to the construction and maintenance of the bridge.

#### Cumulative Effects

The Prairie Creek Crossing is a single-span bridge, with no in-water components, isolated from other man-made structures by several kilometers. The accumulated hydraulic effects of this bridge with other structures on the waterway are related to the distance upstream or downstream that other inwater structures are located. These hydraulic effects are insignificant and have been addressed by the design of the bridge structure itself.

Siltation related cumulative effects are considered insignificant as the sediments affected by construction will not be allowed to enter the waterway directly without prescreening through geotextile filters placed prior to construction.

l'article 2 de la LCÉE, et découlant non seulement du pont mais aussi de tout ouvrage lié à la construction et à l'entretien du pont.

#### Effets cumulatifs

Le pont franchissant la rivière Ram est situé à plusieurs kilomètres de toute autre structure artificielle. Les effets hydrauliques cumulés de ce pont et des autres structures situées sur la voie navigable sont en rapport avec la distance, en amont ou en aval, à laquelle sont situées les autres structures immergées. Ces effets hydrauliques sont insignifiants et la conception même de la structure du pont y répond.

Les effets cumulatifs éventuels de la glace ou des embâcles de billots sont eux aussi en rapport avec la distance entre le pont et les autres structures. Afin de réduire encore davantage les effets de tout embâcle, la conception et l'emplacement des piliers sur la barre de gravier située au milieu de la rivière ont réduit les chances d'embâcle dû aux glaces ou aux billots.

Les effets cumulatifs de l'ensablement sont jugés insignifiants étant donné qu'on empêchera les sédiments affectés par la construction de pénétrer directement dans la voie navigable sans avoir été préalablement filtrés au moyen de filtres géotextiles posés avant la construction.

En ce qui concerne le pont de Prairie Creek, le rapport dit ceci:

#### [TRADUCTION]

#### Portée de l'évaluation environnementale

La portée de l'évaluation environnementale comprend les effets environnementaux au site même de la construction du pont ainsi qu'en aval, effets prévus à l'alinéa 16(1)a) et à l'article 2 de la LCÉE, et découlant non seulement du pont mais aussi de tout ouvrage lié à la construction et à l'entretien du pont.

#### Effets cumulatifs

La structure qui traverse Prairie Creek est un pont à une travée dont aucune partie ne repose dans l'eau. Plusieurs kilomètres le séparent des autres structures artificielles. Les effets hydrauliques cumulés de ce pont et des autres structures situées sur la voie navigable sont en rapport avec la distance, en amont ou en aval, à laquelle sont situées les autres structures immergées. Ces effets hydrauliques sont insignifiants et la conception même de la structure du pont y répond.

Les effets cumulatifs de l'ensablement sont jugés insignifiants étant donné qu'on empêchera les sédiments affectés par la construction de pénétrer directement dans la voie navigable sans avoir été préalablement filtrés au moyen de filtres géotextiles posés avant la construction.

These reasons make no mention of the Mainline Road or forestry operations.

[32] The only reference in the material that is more explicit as to the reasons why the Mainline Road and forestry operations were not mentioned in the July 18, 1996 Screening Reports is a government memorandum of August 16, 1996, written after public comments were received following the issuance of these Reports. This memorandum appears to have accompanied the August 16, 1996 Screening Environmental Assessment Reports Addenda. The memo states in part:

Comments that identified areas of federal jurisdiction that were within the scope of project that were not already addressed within the Canadian Coastguard Screening Report have been utilized in the preparation of an Addendum to the Report.

...

The remaining submissions were related to

- areas outside the defined scope of project for these crossings,
- outside of federal jurisdiction.

[33] The July 18, 1996 Reports address only the bridges and work related to the construction and maintenance of the bridges and the accumulated hydraulic effects of the bridges and other structures on each of the two waterways. From the absence of any reference to the Mainline Road or forestry operations in the Screening Reports and having regard to the August 16, 1996 memo, it is apparent that the Coast Guard declined to consider matters that were outside the defined scope of the projects and that were outside federal jurisdiction. In declining to consider matters outside the scope of the projects and outside federal jurisdiction, I think it misinterpreted paragraph 16(1)(a) and subsection 16(3). It construed the boundaries of the exercise of its discretion more narrowly than those provisions permit and, therefore, declined to exercise the discretion conferred on it.<sup>11</sup>

Ces rapports ne font aucune allusion à la Mainline Road ou aux activités forestières.

[32] Dans la documentation déposée au dossier, la seule allusion plus précise aux raisons pour lesquelles la Mainline Road et les activités forestières n'ont pas été mentionnées dans les rapports préalables du 18 juillet 1996 se trouve dans une note gouvernementale en date du 16 août 1996, rédigée après qu'eurent été recueillies les observations du public à la remise des rapports en question. Cette note semble avoir été jointe au document en date du 16 août 1996 intitulé Complément aux rapports préliminaires d'évaluation environnementale. Cette note dit notamment ceci:

[TRADUCTION] Les observations selon lesquelles le rapport préliminaire de la Garde côtière ne se serait pas penché sur certaines questions incluses dans la portée du projet et relevant de la compétence fédérale ont été reprises dans le cadre d'un complément de rapport.

[. . .]

Les autres observations portaient sur:

- des questions hors de la portée du projet de construction de ces deux ponts,
- des questions ne relevant pas de la compétence fédérale.

[33] Les rapports en date du 18 juillet 1996 ne portent que sur les ponts, sur les travaux liés à leur construction et à leur entretien ainsi que sur les effets hydrauliques cumulés des ponts et des autres structures édifiées sur les deux voies navigables. Étant donné que les rapports préliminaires n'évoquent ni la Mainline Road ni les exploitations forestières, il est manifeste, compte tenu de la note en date du 16 août 1996, que la Garde côtière n'a pas voulu se pencher sur des questions qui étaient à la fois hors de la portée des projets définis et hors du périmètre de la compétence fédérale. En refusant d'aborder des questions dépassant la portée des projets et le champ de compétence fédéral, la Garde côtière a, selon moi, mal interprété l'alinéa 16(1)a) et le paragraphe 16(3). Elle a interprété les limites de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de façon plus étroite que n'autorisent les dispositions applicables et elle a, par conséquent, refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré<sup>11</sup>.



[34] Under paragraph 16(1)(a), the responsible authority is not limited to considering environmental effects solely within the scope of a project as defined in subsection 15(1). Nor is it restricted to considering only environmental effects emanating from sources within federal jurisdiction. Indeed, the nature of a cumulative effects assessment under paragraph 16(1)(a) would appear to expressly broaden the considerations beyond the project as scoped. It is implicit in a cumulative effects assessment that both the project as scoped and sources outside that scope are to be considered. Further, nothing in paragraph 16(1)(a) or subsection 16(3) limits the assessment to sources within federal jurisdiction. In order to trigger a federal environmental assessment, some aspect of federal jurisdiction must be engaged. However, once engaged, the federal responsible authority is to exercise its cumulative effects discretion unrestrained by its perception of constitutional jurisdiction. As was stated by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*:

What is important is to determine whether either level of government may legislate. One may legislate in regard to provincial aspects, the other federal aspects. Although local projects will generally fall within provincial responsibility, federal participation will be required if the project impinges on an area of federal jurisdiction . . . .<sup>12</sup>

[35] During the course of argument, it was pointed out that the Mainline Road passed over a number of non-navigable waters that were in some way connected to the two navigable waterways over which there was federal jurisdiction. It was suggested that the construction or operation of a road or bridges over non-navigable waterways could have a cumulative adverse environmental effect, together with the effect of the construction and operation of the bridges over the navigable waters. It is, of course, not for the Court to speculate as to whether such suggestion is well founded. However, the example demonstrates why it

[34] Aux termes de l'alinéa 16(1)a), l'autorité responsable n'a pas à se borner à un examen des effets environnementaux découlant strictement d'un projet dont la portée a été déterminée conformément au paragraphe 15(1). Cette autorité responsable n'est pas non plus obligée de s'en tenir aux seuls effets environnementaux pouvant découler de sources relevant de la compétence fédérale. En effet, la nature même d'une évaluation des effets cumulatifs en vertu de l'alinéa 16(1)a) semble expressément élargir le champ d'examen au delà du projet défini. L'évaluation des effets cumulatifs doit donc implicitement s'étendre à la fois au projet dont la portée a été déterminée et aux sources situées en dehors des limites du projet défini. D'ailleurs, l'alinéa 16(1)a) et le paragraphe 16(3) ne limitent aucunement l'évaluation aux sources relevant de la compétence fédérale. Il faut, pour enclencher la procédure fédérale d'évaluation environnementale, que soit en cause quelque chose ayant trait à une compétence fédérale. Cependant, à partir du moment où cette procédure est enclenchée, l'autorité responsable fédérale doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière d'effets cumulatifs, sans que son action ne soit limitée par la manière dont elle interprète la compétence que lui accorde la constitution. Comme l'a déclaré le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*:

Il importe de déterminer quel palier de gouvernement peut légiférer. Un palier peut légiférer à l'égard des aspects provinciaux et l'autre, à l'égard des aspects fédéraux. Bien que les projets de nature locale relèvent généralement de la compétence provinciale, ils peuvent exiger la participation du fédéral dans le cas où le projet empiète sur un domaine de compétence fédérale [ . . . ]<sup>12</sup>

[35] On a souligné, à l'audience, que la Mainline Road traversait plusieurs voies d'eau non navigables qui étaient reliées, d'une certaine manière, à deux voies d'eau navigables relevant de la compétence fédérale. On a fait valoir que la construction ou la fréquentation d'une route ou de ponts franchissant des voies d'eau non navigables pouvait avoir des effets environnementaux cumulatifs s'ajoutant à la construction et à l'ouverture à la circulation des ponts franchissant des eaux navigables. Il n'appartient bien sûr pas à la Cour de faire des conjectures quant au bien-fondé de ce raisonnement. L'exemple montre bien,

is logical that a cumulative effects assessment under paragraph 16(1)(a) not be restricted to the scope of the federal project or to projects only under federal jurisdiction. Having said this, I emphasize that it is within the discretion of the responsible authority to determine the scope of factors to be taken into consideration pursuant to paragraph 16(1)(a). Provided the responsible authority does not decline to exercise its discretion by misinterpreting paragraph 16(1)(a) and subsection 16(3), it is open to it to include or exclude other projects—in this case, the Mainline Road or forestry operations as it considers appropriate.<sup>13</sup>

[36] Of course, in saying that a responsible authority may consider factors outside federal jurisdiction, I am restricting my comments to paragraph 16(1)(a) and subsection 16(3) and to where, once a project under federal jurisdiction has been scoped, the requirement to consider cumulative environmental effects is engaged.

[37] Nor do I ignore subsection 12(4) of the Act which provides:

12. . . .

(4) Where a screening or comprehensive study of a project is to be conducted and a jurisdiction has a responsibility or an authority to conduct an assessment of the environmental effects of the project or any part thereof, the responsible authority may co-operate with that jurisdiction respecting the environmental assessment of the project.

The province of Alberta conducted certain environmental assessments. I see no reason why it would not be open to the Coast Guard to have regard for the work done by the province of Alberta in its cumulative effects assessment under paragraph 16(1)(a). I do not read paragraph 16(1)(a) or the discretion to be exercised under subsection 16(3) as inviting or requiring duplication of environmental assessments.

[38] I need make no finding as to the type of environmental effects that the responsible authority may

cependant, pourquoi la logique veut que l'évaluation des effets cumulatifs, conformément à l'alinéa 16(1)a), ne se limite pas à la portée du projet fédéral ou aux seuls projets relevant d'une compétence fédérale. J'ajoute aussitôt que la détermination de la portée des facteurs dont il y a lieu de tenir compte aux termes de l'alinéa 16(1)a) relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité responsable. Si l'autorité responsable ne s'abstient pas, en raison d'une mauvaise interprétation de l'alinéa 16(1)a) et du paragraphe 16(3), d'exercer son pouvoir discrétionnaire, il lui est loisible, comme bon lui semble, d'inclure ou d'exclure de son évaluation d'autres projets, en l'occurrence la construction de la Mainline Road et les activités forestières<sup>13</sup>.

[36] Naturellement, en affirmant que l'autorité responsable peut effectivement se pencher sur des facteurs échappant à la compétence fédérale, je ne me prononce qu'en ce qui concerne l'alinéa 16(1)a) et le paragraphe 16(3) où, à partir du moment où l'autorité responsable détermine la portée d'un projet relevant de la compétence fédérale, il y a obligation de se pencher sur les effets environnementaux cumulatifs.

[37] Je n'ometts pas non plus de tenir compte du paragraphe 12(4) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 20] de la Loi qui prévoit que:

12. [ . . . ]

(4) L'autorité responsable peut, dans le cadre de l'examen préalable ou de l'étude approfondie d'un projet, coopérer, pour l'évaluation environnementale de celui-ci, avec l'instance qui a la responsabilité ou le pouvoir d'effectuer l'évaluation des effets environnementaux de tout ou partie d'un projet.

La province de l'Alberta a mené plusieurs évaluations environnementales. Je ne vois pas pourquoi il ne serait pas loisible à la Garde côtière de tenir compte des études menées par l'Alberta aux fins de l'évaluation des effets cumulatifs à laquelle la Garde côtière est tenue de procéder en vertu de l'alinéa 16(1)a). Je n'interprète, ni l'alinéa 16(1)a) ni l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 16(3) comme encourageant ou obligeant la duplication des mêmes évaluations environnementales.

[38] Je n'ai pas à me prononcer sur le type d'effets environnementaux que l'autorité responsable peut

take into consideration in its cumulative effects assessment. However, it is clear that although the responsible authority in this case has jurisdiction over navigable waters, it must consider environmental effects touching upon all areas of federal jurisdiction. In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, *supra*, La Forest J. states:

I should make it clear, however, that the scope of assessment is not confined to the particular head of power under which the Government of Canada has a decision-making responsibility within the meaning of the term "proposal". Such a responsibility, as I stated earlier, is a necessary condition to engage the process, but once the initiating department has thus been given authority to embark on an assessment, that review must consider the environmental effect on all areas of federal jurisdiction . . . Here, the Minister of Transport, in his capacity of decision maker under the *Navigable Waters Protection Act*, is directed to consider the environmental impact of the dam on such areas of federal responsibility as navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands, to name those most obviously relevant in the circumstances here.<sup>14</sup>

Although the Court in *Oldman River* was dealing with the federal environmental assessment regime which the CEEA replaced,<sup>15</sup> the principle is equally applicable here notwithstanding the different terminology of the current legislation. However, given the divided constitutional jurisdiction over environmental assessments between the federal government and the provinces, it follows that the federal responsible authority is to focus its environmental assessment on effects within federal jurisdiction—such as in this case, the effects on "Navigation and Shipping Sea Coast", "Inland Fisheries", and "Indians, and Lands reserved for the Indians".<sup>16</sup>

It appears that this was the focus of the assessments in this case and I see nothing inappropriate in that regard.

[39] I note that the decision of the Coast Guard is that the bridge crossings, when mitigative measures are taken into account, are determined to have an insignificant effect on the environment. Implicit in a

prendre en considération dans le cadre de son évaluation des effets cumulatifs. En l'espèce, il est cependant clair que, même si l'autorité responsable a compétence en matière d'eaux navigables, elle doit se pencher sur les effets environnementaux touchant tout domaine de compétence fédéral. Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, le juge La Forest s'est exprimé en ces termes:

Toutefois, je dois préciser que l'étendue de l'évaluation n'est pas limitée au domaine particulier de compétence à l'égard duquel le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions au sens du terme «proposition». Cette participation, comme je l'ai déjà mentionné, est une condition nécessaire à l'application du processus; toutefois, lorsque le ministère responsable a reçu le pouvoir de procéder à l'évaluation, cet examen doit tenir compte des répercussions environnementales dans tous les domaines de compétence fédérale [. . .] En l'espèce, le ministre des Transports, à titre de décideur en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, doit examiner les incidences environnementales du barrage sur les domaines de compétence fédérale, comme les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes, pour ne nommer que ceux qui sont les plus pertinents dans les circonstances<sup>14</sup>.

Bien que, dans l'affaire *Oldman River*, la Cour ait examiné les mécanismes fédéraux d'évaluation environnementale qui allaient être remplacés par la LCÉE<sup>15</sup>, le principe s'applique aussi bien en l'espèce malgré la différence de terminologie dans la législation actuelle. Mais, étant donné la répartition, entre le gouvernement fédéral et les provinces, des compétences constitutionnelles en matière d'évaluation environnementale, l'autorité fédérale responsable doit faire plus précisément porter son évaluation environnementale sur les effets relevant d'un domaine de compétence fédéral, comme en l'espèce, les effets sur «[l]a navigation et les bâtiments ou navires», «[l]es pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur», «[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens»<sup>16</sup>.

Il apparaît bien que cela a été le point de mire des évaluations en l'espèce, et je ne vois rien d'inapproprié à cet égard.

[39] Je souligne que la décision de la Garde côtière dont la Cour est saisie indique que, si on tient compte des mesures préventives, les ponts appelés à franchir deux voies d'eau n'auront que des effets insignifiants

cumulative effects assessment under paragraph 16(1)(a) are effects from both the project as scoped and other projects or activities. Sunpine argued that if there were no adverse environmental effects from the project as scoped, there could be no cumulative effects as envisaged by that paragraph. While on its face this argument is compelling, I am not sure it is possible to rule out that a federal project, while creating no adverse effects itself, could exacerbate adverse effects of other projects. In any event, a finding of insignificant effects as was made here still implies some effects from the bridge projects themselves. It is not illogical to think that the accumulation of a series of insignificant effects might at some point result in significant effects. I do not say that is the case here. I only observe that a finding of insignificant effects of the scoped projects is sufficient to open the possibility of cumulative significant environmental effects when other projects are taken into account. For this reason, I do not think the insignificant effects finding precludes the application of the cumulative effects portion of paragraph 16(1)(a) or subsection 16(3) in this case.

[40] For these reasons, I am of the opinion that the Coast Guard erred in declining to exercise the discretion conferred on it in its cumulative effects analysis under paragraph 16(1)(a) by excluding consideration of effects from other projects or activities because they were outside the scoped projects or were outside federal jurisdiction.

#### NON-COMPLIANCE WITH SUBSECTION 55(1) OF THE CEA

[41] Finally, I turn to the public registry issue. Subsection 55(1) provides:

**55. (1)** For the purpose of facilitating public access to records relating to environmental assessments, a public registry shall be established and operated in a manner to ensure convenient public access to the registry and in

sur l'environnement. Implicitement, l'évaluation des effets cumulatifs prévue par l'alinéa 16(1)a) doit porter tant sur les effets du projet défini que sur les effets d'autres projets ou activités. D'après Sunpine, si le projet défini ne devait lui-même entraîner aucun effet environnemental négatif, il ne saurait y avoir de ces effets cumulatifs envisagés par cet alinéa. Si, à première vue, l'argument peut paraître convaincant, je ne suis pas certain que l'on puisse exclure la possibilité qu'un projet fédéral qui n'entraînerait en lui-même aucun effet négatif puisse aggraver les effets négatifs produits par d'autres projets. De toute manière, le fait, qu'on ait conclu en l'espèce que le projet n'entraînerait que des effets insignifiants implique que la construction des ponts aurait tout de même certains effets. Il n'est pas illogique de penser que l'accumulation de toute une série d'effets insignifiants pourrait finir par constituer des effets appréciables. Je ne dis pas que c'est le cas en l'espèce. Je fais simplement remarquer que le fait qu'il ait été décidé que les projets définis entraîneraient des effets insignifiants permet d'envisager la possibilité d'effets cumulatifs appréciables sur l'environnement lorsqu'on englobe dans l'analyse les autres projets. Pour ce motif, je ne pense pas que le fait que la Garde côtière ait conclu que les projets en question n'entraîneraient que des effets insignifiants empêche l'application en l'espèce de la partie de l'alinéa 16(1)a) concernant les effets cumulatifs, ou du paragraphe 16(3).

[40] Pour ces motifs, je suis d'avis que la Garde côtière a commis une erreur en s'abstenant d'exercer son pouvoir discrétionnaire, dans le cadre de l'analyse des effets cumulatifs qu'elle a menée en vertu de l'alinéa 16(1)a), en n'englobant pas les effets susceptibles de découler d'autres projets ou activités, au motif que ceux-ci n'étaient pas visés par les projets définis ou se situaient hors du champ de compétence fédéral.

#### L'INOBSERVATION DU PARAGRAPHE 55(1) DE LA LCÉE

[41] J'aborde maintenant la question du registre public. Le paragraphe 55(1) prévoit que:

**55. (1)** Est tenu, conformément à la présente loi et aux règlements, un registre public pour chacun des projets pour lesquels une évaluation environnementale est effectuée afin de faciliter l'accès aux documents relatifs à cette évaluation.

accordance with this Act and the regulations in respect of every project for which an environmental assessment is conducted.

The preamble to the CEEA provides in part:

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to facilitating public participation in the environmental assessment of projects to be carried out by or with the approval or assistance of the Government of Canada and providing access to the information on which those environmental assessments are based;

[42] In this case, the registry was established at Sarnia, Ontario, over two thousand miles away from the projects subject to environmental assessment. At paragraph 61 [pages 372-373] of his reasons, the learned Motions Judge made the following findings of fact:

A representative or representatives of the applicant requested that, in light of the remoteness of the registry from the site of the bridge projects, copies of all materials on the registry be provided to the applicant. Copies of some materials were provided but copies of other materials were not provided for the stated reasons of cost and the amount of work and duplication of the materials. The applicant's representative or representatives were invited to make an application for the materials under the *Access to Information Act*.

He concluded:

Given that the materials were requested for the purpose of the public consultation provided for in subsection 18(3) of the CEEA and that the period provided for such consultation was quite short, the recommendation to make use of the *Access to Information Act* procedures was completely inappropriate and, more importantly, not in keeping with the obligation under section 55 of the CEEA and the related commitment recited in the preamble to the CEEA.

[43] The establishment and manner of operation of the public registry under subsection 55(1) is subject to the exercise of discretion by the responsible authority. While cost is certainly a factor to be considered, and there is no proximity requirement for a public registry, subsection 55(1) does require that convenient public access to the registry must be ensured. If a public registry is not established and operated in close

Le préambule de la LCÉE prévoit notamment que:

Attendu:

[. . .]

que le gouvernement fédéral s'engage à favoriser la participation de la population à l'évaluation environnementale des projets à entreprendre par lui ou approuvés ou aidés par lui, ainsi qu'à fournir l'accès à l'information sur laquelle se fonde cette évaluation,

[42] En l'espèce, le registre public a été établi à Sarnia (Ontario), c'est-à-dire à plus de 2 000 milles des projets visés par l'évaluation environnementale. Au paragraphe 61 [pages 372 et 373] de ses motifs, le juge des requêtes a tiré les conclusions de fait suivantes:

La demanderesse a requis, par l'entremise d'un ou de plusieurs représentants, des copies de l'ensemble des documents se trouvant au registre étant donné son éloignement du site des projets de pont. Des copies de certains documents ont été fournies, mais on a informé la demanderesse que les autres ne pouvaient l'être pour des motifs liés aux coûts et à la quantité de travail qu'aurait entraînés la photocopie de ces derniers. Il a été suggéré au(x) représentant(s) de la demanderesse de présenter une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pour obtenir les documents.

Il a conclu:

Étant donné que les documents étaient demandés aux fins de la consultation publique prévue au paragraphe 18(3) de la LCÉE et que la période allouée à cette fin était assez courte, la recommandation d'utiliser la procédure prévue par la *Loi sur l'accès à l'information* était totalement inappropriée et, plus important encore, non conforme à l'obligation existante en vertu de l'article 55 de la LCÉE et aux engagements énoncés dans son préambule.

[43] L'établissement et la tenue d'un registre public aux termes du paragraphe 55(1) relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité responsable. S'il convient effectivement de se préoccuper des coûts, et si aucun texte n'impose, à ce registre public, des conditions de proximité, le paragraphe 55(1) exige néanmoins que l'accès facile du public y soit garanti. Si un registre public n'est pas établi et tenu à proximité de la zone

proximity to the relevant geographic area of the environmental assessment, other reasonable means, e.g. e-mail, faxes, placing a set of timely material filed in the registry with an agent in close proximity to the projects for access by the public, must be provided to comply with subsection 55(1). Requiring the public to resort to procedures under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] was the antithesis of what subsection 55(1) requires. Without embarking upon an analysis of the standard of review of discretionary decisions under subsection 55(1), I am satisfied in this case that even under the most deferential standard of review, the actions of the Coast Guard with respect to access to the public registry were patently unreasonable. I am in entire agreement with Gibson J.'s conclusions.

### CONCLUSION

[44] The appeal will be dismissed. The matter is to be redetermined in accordance with the reasons of the learned Motions Judge as modified by these reasons. The respondent will be entitled to costs.

LINDEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> S.C. 1992, c. 37.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. N-22.

<sup>3</sup> S. 11(2) states:

11. . . .

(2) A responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function referred to in section 5 in relation to a project unless it takes a course of action pursuant to paragraph 20(1)(a) or 37(1)(a).

The duties or functions under section 5 which are proscribed by s. 11(2) until the completion of the environmental assessment include the granting of approvals, permits, licences or any other action enabling the project to be carried out in whole or in part. S. 5(1) deals with "federal authority" generally (which is defined in the Act [in s. 2(1)]) and s. 5(2) concerns projects requiring approval of the Governor in Council.

<sup>4</sup> It is the activity of granting federal approvals, licences and permits for projects which is the relevant trigger for an

géographique faisant l'objet de l'évaluation environnementale, il faut, afin de satisfaire aux exigences du paragraphe 55(1), prendre d'autres mesures raisonnables, telles que le recours au courrier électronique ou à la télécopie, ou encore faciliter l'accès du public à la documentation déposée au registre en en confiant en temps utile copie à un agent se trouvant à proximité des projets. Il est tout à fait contraire au paragraphe 55(1) d'obliger le public à invoquer les procédures prévues par la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1]. Sans me livrer à une analyse de la norme de contrôle applicable aux décisions discrétionnaires prises en vertu du paragraphe 55(1), j'estime en l'espèce que, même selon la norme de contrôle la plus respectueuse, les mesures prises par la Garde côtière en matière d'accès au registre public étaient manifestement déraisonnables. Je souscris entièrement aux conclusions du juge Gibson.

### CONCLUSION

[44] L'appel est rejeté. Il doit être statué à nouveau sur la présente affaire conformément aux motifs du juge des requêtes, tels que modifiés par les présents motifs. L'intimée a droit aux dépens.

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

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

<sup>1</sup> L.C. 1992, ch. 37.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. N-22.

<sup>3</sup> Selon l'art. 11(2):

11. [. . .]

(2) L'autorité responsable d'un projet ne peut exercer ses attributions à l'égard de celui-ci que si elle prend une décision aux termes des alinéas 20(1)a) ou 37(1)a).

Les devoirs et fonctions prévus à l'article 5 et prohibés par l'art. 11(2) jusqu'à l'achèvement de l'évaluation environnementale comprennent notamment la délivrance d'autorisations, de permis et de licences ou tout autre acte permettant au projet d'être réalisé en tout ou en partie. L'art. 5(1) a trait, de manière générale, à l'«autorité fédérales» (telles que définies dans Loi [à l'art. 2(1)]) et l'art. 5(2) a trait aux projets soumis à l'autorisation du gouverneur en conseil.

<sup>4</sup> En l'espèce, c'est l'octroi, par les autorités fédérales, des autorisations ou permis pour la réalisation de projets, qui a

environmental assessment under the CEEA in this case. However, the CEEA also triggers a requirement for environmental assessment in other areas of federal activity, such as where the federal authority is the actual proponent of the project (s. 5(1)(a)); where the federal government provides direct or indirect financial assistance to a project (s. 5(1)(b)); or conveys an interest in federal lands for the purpose of enabling the project to be carried out (s. 5(1)(d)).

<sup>5</sup> (1999), 30 C.E.L.R. (N.S.) 1 (F.C.T.D.).

<sup>6</sup> (1999), 29 C.E.L.R. (N.S.) 117 (F.C.T.D.).

<sup>7</sup> Minister of Supply and Services Canada, Cat. No. EN106-25/1-1994 E, ISBN 0-662-22773-5, November 1994.

<sup>8</sup> At para. 42.

<sup>9</sup> This discretion to determine the scope of the factors is only provided with respect to those factors enumerated in ss. 16(1)(a), (b) and (d) and ss. 16(2)(b), (c) and (d).

<sup>10</sup> [1998] 4 F.C. 340 (T.D.), at p. 368.

<sup>11</sup> The August 16, 1996 memorandum also states:

A decision to dis-allow the permit could have significant socio-economic effects in the form of lost jobs, reduced tax base and traffic accidents related to the usage of the North Fork road by logging traffic.

I do not construe this reference to mean that the Coast Guard considered the environmental effects of the Mainline Road.

<sup>12</sup> [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 69.

<sup>13</sup> Subject, of course, to judicial review of that discretionary decision according to the applicable standard of review—according to Gibson J. in this case, reasonableness *simpliciter*.

<sup>14</sup> *Supra*, note 12, at pp. 72-73.

<sup>15</sup> *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.

<sup>16</sup> *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. 91(10),(12),(24).

déclenché la procédure d'évaluation environnementale prévue par la LCÉE. Par contre, la LCÉE exige également une évaluation environnementale dans d'autres domaines de l'activité fédérales lorsque, par exemple, c'est un organisme fédéral qui propose lui-même la construction d'un projet (l'art. 5(1)a), lorsque le gouvernement fédéral fournit une aide financière directe ou indirecte pour la réalisation d'un projet (art. 5(1)b)); ou lorsqu'il cède un droit sur des terres domaniales pour permettre la réalisation d'un projet (art. 5(1)d)).

<sup>5</sup> (1999), 30 C.E.L.R. (N.S.) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>6</sup> (1999), 29 C.E.L.R. (N.S.) 117 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>7</sup> Ministre des Approvisionnements et Services Canada, n° de cat. FR106-25/1-1994 E, ISBN 0-662-22773-5, novembre 1994.

<sup>8</sup> Au par. 42.

<sup>9</sup> Ce pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée des facteurs ne vise que les facteurs énumérés aux art. 16(1)a, b) et d) ainsi qu'aux art. 16(2)b, c) et d).

<sup>10</sup> [1998] 4 C.F. 340 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 368.

<sup>11</sup> La note du 16 août 1996 dit également que:

[TRADUCTION] Toute décision de rejeter la demande de permis pourrait avoir de sérieuses incidences socio-économiques entraînant la perte d'emplois, une réduction de l'assiette de l'impôt et des accidents de la route en raison de la circulation, sur la route North Fork, des camions de transport forestier.

Je n'interprète pas ce passage comme voulant dire que la Garde côtière s'est effectivement penchée sur les effets environnementaux que pourrait entraîner la construction de la Mainline Road.

<sup>12</sup> [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 69.

<sup>13</sup> Sous réserve, bien sûr, d'un éventuel contrôle judiciaire de cette décision d'ordre discrétionnaire, selon la norme de contrôle applicable—en l'occurrence, selon le juge Gibson, le simple caractère raisonnable de la décision contestée.

<sup>14</sup> *Supra*, note 12, aux p. 72 et 73.

<sup>15</sup> *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.

<sup>16</sup> *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. 91(10),(12),(24).

A-50-97

A-50-97

**Sandra Gernhart** (*Appellant*)**Sandra Gernhart** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)**INDEXED AS: GERNHART v. CANADA (C.A.)****RÉPERTORIÉ: GERNHART c. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Rothstein, Noël and Sexton J.J.A.—  
Ottawa, September 21 and November 1, 1999.

Cour d'appel, juges Rothstein, Noël et Sexton J.C.A.—  
Ottawa, 21 septembre et 1<sup>er</sup> novembre 1999.

*Income tax — Seizures — Where taxpayer appeals assessment, ITA, s. 176(1) providing MNR must transfer all appellant's tax documents to T.C.C., documents thereupon open to public scrutiny — Even though only small degree of privacy attaching to tax returns, Act, s. 176(1) unconstitutional as authorizing unreasonable seizure, contrary to Charter, s. 8 and unjustified by Charter, s. 1.*

*Impôt sur le revenu — Saisies — Lorsqu'un contribuable interjette appel d'une cotisation, l'art. 176(1) de la LIR prévoit que le MRN doit transférer tous les documents fiscaux de la partie appelante à la C.C.I., et il est ainsi possible pour le public d'examiner les documents — Bien que les déclarations de revenu ne bénéficient que d'un moindre degré de confidentialité, l'art. 176(1) de la Loi est inconstitutionnel parce qu'il permet une saisie abusive, en violation de l'art. 8 de la Charte et que cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.*

*Constitutional law — Charter of rights — Unreasonable search or seizure — Income Tax Act, s. 176(1) providing MNR must, where taxpayer appeals assessment, transfer all appellant's tax documents to T.C.C., documents thereupon open to public inspection — Even though only small degree of privacy attaching to tax returns, Act, s. 176(1), admittedly no longer serving useful purpose, unconstitutional as authorizing unreasonable seizure, contrary to Charter, s. 8 and unjustified under Charter, s. 1 — Seizure within Charter, s. 8 not limited to "investigative activities".*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — L'art. 176(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que le MRN doit, lorsqu'un contribuable interjette appel d'une cotisation, transférer tous les documents fiscaux de la partie appelante à la C.C.I., et il est ainsi possible pour le public d'examiner les documents — Bien que les déclarations de revenu ne bénéficient que d'un moindre degré de confidentialité, l'art. 176(1) de la Loi est sans conteste devenu inutile; il est inconstitutionnel parce qu'il permet une saisie abusive en violation de l'art. 8 de la Charte et que cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la Charte — Une saisie au sens de l'art. 8 de la Charte n'est pas limitée aux «activités d'enquêtes».*

*Judges and Courts — Tax Court of Canada Rules (General Procedure), s. 124 treating documents transmitted by MNR as "part of the record of the Court" but not evidence unless tendered as such — Inappropriate for judge to examine record as may contain material not adduced in accordance with rules of evidence — In our adversarial system, trial not scientific exploration with judge acting as research director.*

*Juges et tribunaux — L'art. 124 des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale) traite les documents transmis par le MRN comme «éléments du dossier de la Cour» mais ils ne constituent pas des éléments de preuve à moins qu'ils n'aient été présentés à ce titre — Il est inapproprié qu'un juge examine le dossier qui peut renfermer des éléments qui n'ont pas été présentés conformément aux règles de la preuve — Dans notre système contradictoire, le procès n'est pas censé être une exploration scientifique où le juge joue le rôle de directeur des recherches.*

When the taxpayer appealed the assessment of her 1994 tax return to the Tax Court of Canada, subsection 176(1) of the *Income Tax Act* (ITA) required the Minister of National Revenue to transmit to the Tax Court copies of all returns, notices of assessment, notices of objections and notifications that were relevant to the appeal, and, by the operation of

Quand le contribuable a interjeté appel de la cotisation de sa déclaration de revenus pour l'année 1994 devant la Cour canadienne de l'impôt, le paragraphe 176(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) obligeait le ministre du Revenu national à transmettre à la Cour de l'impôt des copies des déclarations, avis de cotisation, avis d'opposition et de toute



section 16 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, all of those documents thereupon became available to the public at large.

The taxpayer, seeking to protect the confidentiality of its tax return, brought an application before the Federal Court, Trial Division for a declaration that subsection 176(1) of the ITA was unconstitutional because it authorized an unreasonable seizure, contrary to section 8 of the Charter. Having distinguished the leading cases in the Supreme Court of Canada on unreasonable seizure on the basis that they addressed the application of section 8 of the Charter during “investigative activities”, the Trial Division Judge found that the mere transfer of these documents to the Court for an appeal could not be construed as a seizure and dismissed the application. This was an appeal from that decision.

*Held*, the appeal should be allowed.

The first issue was whether the transfer of all of the documents from the MNR to the Tax Court pursuant to subsection 176(1) of the ITA constituted an unreasonable seizure, contrary to section 8 of the Charter.

When a taxpayer files a tax return, the taxpayer has a reasonable expectation of privacy, by reason of section 241 of the ITA. The MNR must hold a taxpayer’s confidential tax return subject to a duty to respect a taxpayer’s dignity and privacy.

Section 8 of the charter is not confined to circumstances where an investigation occurs. In the present case, a seizure took place by reason of the operation of subsection 176(1) of the ITA. Charter section 8 does not distinguish between seizures made during investigations and those made under other circumstances. There was no logic which would dictate such a differentiation.

The low expectation of privacy with respect to information about one’s income is tempered by an expectation that demands for information have limits, and will be administered under terms that are fair and reasonable: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627. Subsection 176(1) of the ITA constitutes a significant intrusion on the privacy interests of an individual. Even if one assumes that only a small degree of privacy attaches to a taxpayer’s return, that small degree of privacy would inevitably be shattered by disclosing the taxpayer’s return to the world at large.

At a time when photocopies could not easily be made, subsection 176(1) provided a benign method of furnishing adjudicators with information about tax disputes that they

notification pertinents à l’appel, et, par l’application de la règle 16 des *Règles de la Cour canadienne de l’impôt (procédure générale)*, tous ces documents sont devenus accessibles au grand public.

Le contribuable cherchant à protéger la confidentialité de sa déclaration d’impôt, a présenté une demande à la Section de première instance de la Cour fédérale visant à faire déclarer inconstitutionnel le paragraphe 176(1) de la LIR parce qu’il permet une saisie abusive, en violation de l’article 8 de la Charte. Après avoir établi une distinction d’avec les arrêts de principe de la Cour suprême du Canada sur les saisies abusives au motif que ces affaires portaient sur l’application de l’article 8 de la Charte dans le cadre «d’activités d’enquête», le juge de la Section de première instance a décidé que le simple fait de transférer ces documents à la Cour en vue d’un appel ne peut être considéré comme une saisie et a rejeté la demande. Il s’agit d’un appel interjeté contre cette décision.

*Arrêt*: l’appel est accueilli.

La première question en litige était de savoir si le transfert de tous les documents du MRN à la Cour de l’impôt effectué conformément au paragraphe 176(1) de la LIR constituait une saisie abusive, par dérogation à l’article 8 de la Charte.

Quand il produit une déclaration, le contribuable a une attente raisonnable en matière de vie privée en raison de l’article 241 de la LIR. Le MRN doit considérer qu’une déclaration de revenus d’un contribuable est confidentielle en raison de l’obligation de respecter la dignité et la vie privée d’un contribuable.

L’article 8 de la Charte n’est pas restreint qu’aux circonstances où une enquête est effectuée. En l’espèce, l’application du paragraphe 176(1) de la LIR a l’effet d’une saisie. Le libellé de l’article 8 n’établit pas de distinction entre les saisies effectuées dans le cadre d’enquêtes et celles qui ne le sont pas. La logique ne commande pas une telle distinction.

Le fait que les contribuables s’attendent peu à ce que l’on garde confidentiels les renseignements ayant trait à leur revenu est tempéré par l’attente que les demandes de renseignements aient des limites et qu’elles respectent des modalités justes et raisonnables: *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627. Le paragraphe 176(1) de la LIR constitue une atteinte importante au droit à la vie privée d’un individu. Même si l’on suppose qu’une déclaration de revenus ne bénéficie que d’un moindre degré de confidentialité, ce moindre degré de confidentialité serait inévitablement anéanti par la divulgation de la déclaration de revenus d’un contribuable au grand public en général.

À une époque où l’on ne pouvait pas facilement faire des photocopies, le paragraphe 176(1) était une méthode simple pour les décideurs d’obtenir de l’information sur les contes-

were to hear. It was admitted that subsection 176(1) had, by reason of developments in the social, technological and legal fields, become an historical aberration that no longer served any useful purpose.

Subsection 176(1) permitted an unreasonable seizure. While the provision is contained in the ITA, and while a tax return is generally subject to a low expectation of privacy, the degree of intrusion on a taxpayer's privacy interest is potentially enormous. Subsection 176(1) creates the potential for any person to view a taxpayer's return, whether or not the return is eventually tendered as evidence at trial. Given the MNR's admission that subsection 176(1) no longer served any valid purpose, this intrusion, in turn, was not counterbalanced by a sufficiently important government objective. One of the purposes of the Charter is to ensure that legislation keeps pace with the times.

The second issue was whether subsection 176(1) of the ITA constituted a reasonable limit within the meaning of section 1 of the Charter.

The MNR's admission also meant that subsection 176(1) of the ITA failed the first part of the requirements established in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 with respect to section 1 of the Charter, which requires government to demonstrate that the unconstitutional provision meets "a sufficiently important objective."

Even though the taxpayer sought only to challenge the public disclosure of her tax return, subsection 176(1) of the ITA should, in accordance with the Supreme Court of Canada decision in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, be struck down in its entirety.

It is inappropriate for judges to be examining the Court record, which may contain material that has not been adduced in accordance with the rules of evidence, in the presence of both parties. To do so is inconsistent with our adversarial system in which the role of the trial judge is not that of a research director: *Phillips et al. v. Ford Motor Co. of Canada et al.*, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.).

#### 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. 1, 8.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 169(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 140),

tations relatives à l'impôt qu'ils allaient entendre. Il a été admis que le paragraphe 176(1) était devenu anachronique et inutile en raison de l'évolution des mœurs, de la technologie et de la pratique du droit.

Le paragraphe 176(1) a permis une saisie abusive. Bien que le paragraphe provienne de la LIR, et bien que l'on ait de façon générale de moindres attentes en matière de vie privée à l'égard d'une déclaration de revenus, l'atteinte à la vie privée d'un contribuable est potentiellement énorme. Le paragraphe 176(1) rend possible que toute personne puisse consulter la déclaration d'un contribuable, que la déclaration soit ou non présentée en preuve au procès. Étant donné que le MRN a reconnu que le paragraphe 176(1) ne sert plus aucun intérêt légitime, cette atteinte, en revanche, n'était pas contrebalancée par un objectif suffisamment important du gouvernement. Un des objectifs que vise la Charte est d'assurer que la loi reflète les valeurs de son temps.

La deuxième question en litige était de savoir si le paragraphe 176(1) de la LIR constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte.

L'admission du MRN voulait également dire que le paragraphe 176(1) de la LIR ne satisfaisait pas au premier volet de l'analyse établie dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, relativement à l'article premier de la Charte, qui exige que le gouvernement démontre que la disposition inconstitutionnelle se rapporte «à un objectif suffisamment important».

Bien que le contribuable ait seulement cherché à contester la divulgation au public de sa déclaration de revenus, le paragraphe 176(1) de la LIR devrait, conformément à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, être invalidé intégralement.

Il est inapproprié que les juges examinent le dossier de la Cour, qui peut renfermer des éléments qui n'ont pas été présentés conformément aux règles de la preuve, en présence des deux parties. Agir ainsi est incompatible avec notre système contradictoire dans lequel le rôle du juge du procès n'est pas celui d'un directeur des recherches: *Phillips et al. v. Ford Motor Co. of Canada et al.*, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 8.

*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. 52(1).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 169(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II,

176(1), 239(2.2) (as am. *idem*, Sch. VIII, s. 136), 241(1) (as am. *idem*, s. 137; 1998, c. 19, s. 236), (2) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 137), (3) (as am. *idem*; 1998, c. 19, s. 236), (4)(a) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 137; 1998, c. 19, s. 236).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231(3).  
*Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II.  
*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688, s. 16 (as am. by SOR/95-113, s. 2), 124.

art. 140), 176(1), 239(2.2) (mod., *idem*, ann. VIII, art. 136), 241(1) (mod., *idem*, art. 137; 1998, ch. 19, art. 236), (2) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137), (3) (mod., *idem*; 1998, ch. 19, art. 236), (4)a) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137; 1998, ch. 19, art. 236).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231(3).

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II.

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688, art. 16 (mod. par DORS/95-113, art. 2), 124.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 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), 67 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. 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; *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. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *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; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Phillips et al. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd. et al.*, [1971] 2 O.R. 637; (1971), 18 D.L.R. (3d) 641 (C.A.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*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. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 67 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. 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; *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. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *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; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Phillips et al. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd. et al.*, [1971] 2 O.R. 637; (1971), 18 D.L.R. (3d) 641 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406; (1994), 115 D.L.R. (4th) 702; 91 C.C.C. (3d) 315; 4 C.C.E.L. (2d) 214; 94 CLLC 14,034; 21 C.R.R. (2d) 193; 168 N.R. 241; 61 Q.A.C. 241; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; [1995] 5 W.W.R. 129; 4 B.C.L.R. (3d) 1; 97 C.C.C. (3d) 505; 7 C.C.L.S. 1; 38 C.R. (4th) 133; 180 N.R. 241.

## AUTHORS CITED

Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a Trial Division decision (*Gernhart v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 23; (1997), 97 DTC 5038; 132 F.T.R. 2) dismissing an application for a declaration that subsection 176(1) of the *Income Tax Act* was unconstitutional because it authorized an unreasonable seizure, contrary to section 8 of the Charter. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Richard W. Pound, Q.C.* and *Pierre Martel* for appellant.  
*Roger Leclaire* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Stikeman, Elliott*, Montréal, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

SEXTON J.A.:

INTRODUCTION

[1] When Sandra Gernhart filed her income tax return for 1994, she expected that its contents would not be divulged by Revenue Canada. Income tax returns may contain such information of taxpayers as, their marital status or whether they are living common law, the sources and amounts of their income, their

## DÉCISIONS CITÉES:

*Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406; (1994), 115 D.L.R. (4th) 702; 91 C.C.C. (3d) 315; 4 C.C.E.L. (2d) 214; 94 CLLC 14,034; 21 C.R.R. (2d) 193; 168 N.R. 241; 61 Q.A.C. 241; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; [1995] 5 W.W.R. 129; 4 B.C.L.R. (3d) 1; 97 C.C.C. (3d) 505; 7 C.C.L.S. 1; 38 C.R. (4th) 133; 180 N.R. 241.

## DOCTRINE

Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Gernhart c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 23; (1997), 97 DTC 5038; 132 F.T.R. 2) qui a rejeté une demande visant à faire déclarer inconstitutionnel le paragraphe 176(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* parce qu'il permet une saisie abusive, en violation de l'article 8 de la Charte. L'appel est accueilli.

## ONT COMPARU:

*Richard W. Pound, c.r.*, et *Pierre Martel* pour l'appelante.  
*Roger Leclaire* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Stikeman, Elliott*, Montréal, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Quand Sandra Gernhart a produit sa déclaration de revenus pour l'année 1994, elle s'attendait à ce que son contenu ne soit pas divulgué par Revenu Canada. Les déclarations de revenus peuvent contenir de l'information sur les contribuables telle que: leur état matrimonial ou s'ils vivent en union de fait, les

dependants, their ages and possible physical conditions if handicapped, the amounts and objects of charitable or political donations, and the details of pension arrangements. If tax credits are being claimed, details must be provided about whom the taxpayers employ and entertain if they seek to deduct the costs as business expenses.

[2] Sandra Gernhart's income tax return would never have become subject to public scrutiny had she not disagreed with the income tax officials. When she launched an appeal of their decision, by operation of law, her income tax return became available to the public at large. Anyone could obtain copies of her return if they were able to pay the fee of \$0.40 per page.

#### FACTS

[3] In April 1994, Sandra Gernhart appealed the Minister of National Revenue's (the Minister's) assessment of her tax return. The appeal was to be heard by the Tax Court of Canada.

[4] Once Ms. Gernhart began her appeal, subsection 176(1) of the Act [*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] required the Minister to:

176. (1) . . . cause to be transmitted to the Tax Court of Canada . . . copies of all returns, notices of assessment, notices of objection and notifications, if any, that are relevant to the appeal.

[5] Section 16 [as am. by SOR/95-113, s. 2] of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688 (the General Procedure) generally permits "any person" to:

16. . . .

(a) inspect any Court file relating to a matter before the Court and

(b) . . . obtain a photocopy of any document on a Court file.

[6] Ms. Gernhart brought an application before Dubé J. seeking a declaration that subsection 176(1) of the

sources et les montants de leurs revenus, s'ils ont des personnes à charge, leur âge et leur état physique s'ils sont handicapés, les montants et les bénéficiaires de dons aux œuvres de bienfaisance ou de contributions politiques, et les modalités de leur pension. Si un contribuable demande des crédits d'impôt, il doit fournir des détails sur les gens qu'il emploie et pour qui il engage des frais de représentation, s'il entend déduire les coûts en tant que dépenses d'entreprise.

[2] Il n'aurait jamais été possible pour le public d'examiner la déclaration de revenus de Sandra Gernhart si elle n'avait pas été en désaccord avec les fonctionnaires du ministère du Revenu. Lorsqu'elle a interjeté appel de leur décision, par effet de la loi, sa déclaration de revenus est devenue accessible au grand public. Quiconque pouvait payer des frais de 0,40 \$ la page pouvait obtenir des copies de sa déclaration.

#### LES FAITS

[3] Au mois d'avril 1994, Sandra Gernhart a interjeté appel de la cotisation du ministre du Revenu national (ci-après le ministre) relative à sa déclaration de revenus. La Cour canadienne de l'impôt devait entendre l'appel.

[4] Une fois l'appel de M<sup>me</sup> Gernhart entamé, le paragraphe 176(1) de la Loi [*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] obligeait le ministre à:

176. (1) [. . .] fait transmettre à cette cour [. . .] des copies des déclarations, avis de cotisation, avis d'opposition et de toute notification pertinents à l'appel.

[5] L'article 16 [mod. par DORS/95-113, art. 2] des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688 (ci-après «la procédure générale») permet généralement à «toute personne»:

16. [. . .]

a) [d'] examiner les dossiers de la Cour portant sur une question dont celle-ci est saisie;

b) [. . .] obtenir une photocopie de tout document contenu dans un dossier de la Cour.

[6] M<sup>me</sup> Gernhart a présenté une demande au juge Dubé visant à faire déclarer inconstitutionnel le

*Income Tax Act* was unconstitutional because it authorized an unreasonable seizure, contrary to 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., 1985, Appendix II, No. 44]]. Dubé J. dismissed her application [[1997] 2 C.T.C. 23 (F.C.T.D.)]. Ms. Gernhart appeals from that decision.

[7] Ms. Gernhart argues that the combination of subsection 176(1) of the Act and section 16 of the General Procedure permit any member of the public to see a document in the Court file.

[8] Therefore, if a taxpayer chooses to appeal the Minister's assessment of his or her return, any member of the general public has virtually unfettered access to a taxpayer's income tax return.

[9] This unfettered access is available whether or not the documents are eventually tendered in evidence by any of the parties. Therefore, according to Ms. Gernhart, this virtually unfettered access to a taxpayer's confidential documents violates section 8 of the Charter as being an unreasonable seizure.

[10] Ms. Gernhart also complains that the combination of subsection 176(1) [of the Act] and subsection 124(2) of the General Procedure permits a Tax Court of Canada judge to independently review material transmitted by the Minister, whether or not the parties choose to introduce that evidence.

#### RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

paragraphe 176(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* parce qu'il permet une saisie abusive, en violation 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*, 1982, ch. 11 (R.-U) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Le juge Dubé a rejeté sa demande [[1997] 2 C.T.C. 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]. M<sup>me</sup> Gernhart interjette appel de la décision.

[7] M<sup>me</sup> Gernhart soutient que l'effet combiné du paragraphe 176(1) de la Loi et de l'article 16 de la procédure générale permet à tout membre du public de consulter un document dans les dossiers de la Cour.

[8] Ainsi, si un contribuable décide d'interjeter appel de la cotisation du ministre relative à sa déclaration, tout membre du grand public a pratiquement toute la latitude voulue pour consulter la déclaration de revenus de ce contribuable.

[9] Cette latitude pour consulter les documents existe, que les documents soient déposés en preuve ou non par l'une des parties. Par conséquent, selon M<sup>me</sup> Gernhart, le fait que le public ait pratiquement toute la latitude voulue pour consulter les documents confidentiels d'un contribuable viole l'article 8 de la Charte à titre de saisie abusive.

[10] M<sup>me</sup> Gernhart déplore également l'effet combiné du paragraphe 176(1) [de la Loi] et le paragraphe 124(2) de la procédure générale qui permet à un juge de la Cour canadienne de l'impôt d'examiner de façon indépendante des documents transmis par le ministre, que les parties décident ou non de les présenter en preuve.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[. . .]

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

*Income Tax Act* [s. 169(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 140), 239(2.2) (as am. *idem*, Sch. VIII, s. 136), 241(1) (as am. *idem*, s. 137; 1998, c. 19, s. 236), (2) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 137), (3) (as am. *idem*; 1998, c. 19, s. 236), (4)(a) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 137; 1998, c. 19, s. 236)].

169. (1) Where a taxpayer has served notice of objection to an assessment under section 165, the taxpayer may appeal to the Tax Court of Canada to have the assessment vacated or varied after either

(a) the Minister has confirmed the assessment or reassessed, or

(b) 90 days have elapsed after service of the notice of objection and the Minister has not notified the taxpayer that the Minister has vacated or confirmed the assessment or reassessed,

but no appeal under this section may be instituted after the expiration of 90 days from the day notice has been mailed to the taxpayer under section 165 that the Minister has confirmed the assessment or reassessed.

...

176. (1) As soon as is reasonably practical after receiving notice of an appeal to the Tax Court of Canada, other than one referred to in section 18 of the *Tax Court of Canada Act*, the Minister shall cause to be transmitted to the Tax Court of Canada and to the appellant, copies of all returns, notices of assessment, notices of objection and notifications, if any, that are relevant to the appeal.

...

239. . . .

(2.2) Every person who

(a) contravenes subsection 241(1) . . .

...

[*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]].

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

*Loi de l'impôt sur le revenu* [art. 169(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 140), 239(2.2) (mod., *idem*, ann. VIII, art. 136), 241(1) (mod., *idem*, art. 137; 1998, ch. 19, art. 236), (2) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137), (3) (mod., *idem*; 1998, ch. 19, art. 236), (4)g) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 137; 1998, ch. 19, 236)].

169. (1) Lorsqu'un contribuable a signifié un avis d'opposition à une cotisation, prévu à l'article 165, il peut interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt pour faire annuler ou modifier la cotisation:

a) après que le ministre a ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation;

b) après l'expiration des 90 jours qui suivent la signification de l'avis d'opposition sans que le ministre ait notifié au contribuable le fait qu'il a annulé ou ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation;

toutefois, nul appel prévu au présent article ne peut être interjeté après l'expiration des 90 jours qui suivent la date où avis a été expédié par la poste au contribuable, en vertu de l'article 165, portant que le ministre a ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation.

[. . .]

176. (1) Dès que cela est réalisable, après réception d'un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt—sauf s'il s'agit d'un appel visé à l'article 18 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*—, le ministre fait transmettre à cette cour et à l'appelant des copies des déclarations, avis de cotisation, avis d'opposition et de toute notification pertinents à l'appel.

[. . .]

239. [. . .]

(2.2) Commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 5 000 \$ et un emprisonnement maximal de 12 mois, ou l'une de ces peines, toute personne:

a) soit qui contrevient au paragraphe 241(1);

[. . .]

is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding \$5,000 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months, or to both.

...

**241.** (1) Except as authorized by this section, no official shall

(a) knowingly provide, or knowingly allow to be provided, to any person any taxpayer information;

(b) knowingly allow any person to have access to any taxpayer information; or

(c) knowingly use any taxpayer information otherwise than in the course of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan*, the *Unemployment Insurance Act* or the *Employment Insurance Act* or the purpose for which it was provided under this section.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or other law, no official shall be required, in connection with any legal proceedings, to give or produce evidence relating to any taxpayer information.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of

...

(b) any legal proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan*, the *Unemployment Insurance Act* or the *Employment Insurance Act* or any other Act of Parliament or law of a province that provides for the imposition or collection of a tax or duty.

...

(4) An official may

(a) provide to any person taxpayer information that can reasonably be regarded as necessary for the purposes of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan*, the *Unemployment Insurance Act* or the *Employment Insurance Act*, solely for that purpose.

*Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688*

16. Subject to any order that the Court, in special circumstances, may make restricting access to a particular file by persons other than the parties to a matter before the Court, any person may, subject to appropriate supervision, and when the facilities of the Court permit without interfering with the ordinary work of the Court,

(a) inspect any Court file relating to a matter before the Court; and

**241.** (1) Sans autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire:

a) de fournir sciemment à quiconque un renseignement confidentiel ou d'en permettre sciemment la prestation;

b) de permettre sciemment à quiconque d'avoir accès à un renseignement confidentiel;

c) d'utiliser sciemment un renseignement confidentiel en dehors du cadre de l'application ou de l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada*, de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ou à une autre fin que celle pour laquelle il a été fourni en application du présent article.

(2) Malgré toute autre loi ou règle de droit, nul fonctionnaire ne peut être requis, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de témoigner, ou de produire quoi que ce soit, relativement à un renseignement confidentiel.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent:

[. . .]

b) ni aux procédures judiciaires ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada*, de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* ou de toute autre loi fédérale ou provinciale qui prévoit l'imposition ou la perception d'un impôt, d'une taxe ou d'un droit.

[. . .]

(4) Un fonctionnaire peut:

a) fournir à une personne un renseignement confidentiel qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada*, de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi*, mais uniquement à cette fin.

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688*

16. Sous réserve d'une ordonnance limitant l'accès des tiers à un dossier particulier, que la Cour peut rendre dans des circonstances spéciales, toute personne peut, sous une surveillance appropriée, lorsque les installations et les services de la Cour permettent de le faire sans gêner les travaux ordinaires de celle-ci:

a) examiner les dossiers de la Cour portant sur une question dont celle-ci est saisie;



(b) on payment of \$0.40 per page, obtain a photocopy of any document on a Court file.

. . .

124. (1) The party or parties applying to the Registrar to fix the time and place of the hearing shall, together with the application, file a hearing record containing the pleadings, the particulars, the admissions of fact or of documents, all directions respecting the conduct of the hearing, and all other documents filed in the Court which should be before the presiding judge.

(2) Where by an enactment, documents relevant to an assessment of tax under appeal have been transmitted by the Minister of National Revenue to the Court, the documents shall not be included in the hearing record, but shall be treated as part of the record of the Court.

(3) For greater certainty, it is declared that nothing in the documents referred to in subsection (2) constitutes evidence on any issue of fact that either the appellant or the respondent has raised in the appeal unless it is separately tendered during the hearing and accepted as evidence.

#### JUDGMENT BELOW

[11] Dubé J. held that subsection 176(1) of the Act did not constitute an “unreasonable seizure.” He distinguished cases such as *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Potash; Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, all of which addressed “unreasonable seizures,” on the basis that those cases addressed the application of section 8 during “investigative activities.” He added that “[t]he mere transfer of these documents to the Court for an appeal cannot be construed as a seizure” (at paragraph 11 [page 28]).

[12] However, Dubé J. recognized the inequity of the situation. He said [at paragraphs 13-14, pages 28-29]:

That being said, I certainly agree with both parties that the taxpayer is entitled to a reasonable expectation of privacy,

b) sur paiement de 0,40 \$ par page, obtenir une photocopie de tout document contenu dans un dossier de la Cour.

[ . . . ]

124. (1) La ou les parties qui demandent au greffier de fixer les temps et lieu de l’audience doivent produire, avec la demande, un dossier de l’audience contenant les actes de procédure, les détails, les aveux de fait ou l’admission de documents, toutes les directives relatives à la tenue de l’audience et tous les autres documents déposés devant la Cour qui devraient être soumis au juge.

(2) Lorsqu’en vertu d’une disposition de la loi, des documents afférents à la cotisation d’impôt faisant l’objet de l’appel ont été transmis à la Cour par le ministre du Revenu national, ces documents ne doivent pas être inclus dans le dossier de l’audience, mais ils doivent être traités comme éléments du dossier de la Cour.

(3) Pour plus de certitude, il est précisé que rien de ce qui figure dans les documents mentionnés au paragraphe (2) ne constitue une preuve d’une question de fait que l’appelant ou l’intimée a soulevée dans l’appel à moins que le document en question n’ait été présenté séparément comme preuve, et accepté à ce titre, pendant l’audience.

#### LE JUGEMENT DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[11] Le juge Dubé a statué que le paragraphe 176(1) de la Loi ne constituait pas une «saisie abusive». Il a établi une distinction d’avec les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, qui traitent tous de «saisies abusives», au motif que ces affaires portaient sur l’application de l’article 8 dans le cadre «d’activités d’enquête». Il a ajouté que «[l]e simple fait de transférer ces documents à la Cour en vue d’un appel ne peut être considéré comme une saisie» (au paragraphe 11 [page 28]).

[12] Cependant, le juge Dubé a reconnu que la situation était inéquitable. Il a dit [aux paragraphes 13 et 14, pages 28 et 29]:

Cela étant dit, je suis certainement d’accord avec les deux parties que le contribuable a droit à une attente raisonnable

and that it is no longer necessary for the administration of justice that the whole taxpayer's file become the Tax Court's identified file. With the advance of modern technology, relevant documents can be identified, produced and reproduced instantaneously at relatively modest costs. Under the present system, the reluctance of some taxpayers to reveal to the whole world their personal affairs may possibly inhibit them from appealing an assessment of the Minister. For example, a taxpayer who is claiming heavy interest expense could be perceived as a person who is ruinously indebted.

Pursuant to subsection 176(1), once a notice of appeal is received by the Tax Court, the Minister must transmit all documents to the Tax Court where they can be accessed and copied by the general public, whether or not they are tendered in evidence at the trial. And the judge himself may peruse the file, whether or not the documents are eventually produced in evidence, which is inappropriate in the concept of civil litigation. A party to a litigation is entitled to know what evidence has been considered by the decision-maker. And the issues to be determined by him must be the ones that are crafted by the parties, consequently or otherwise.

## ISSUES

[13] Does the transfer of all of the documents from the Minister of National Revenue to the Tax Court pursuant to subsection 176(1) of the *Income Tax Act* constitute an unreasonable seizure, contrary to section 8 of the Charter?

[14] Does subsection 176(1) constitute a reasonable limit within the meaning of section 1 of the Charter?

## ANALYSIS

Does the operation of subsection 176(1) constitute a "seizure"?

[15] At the hearing of this appeal, counsel for Ms. Gernhart declined to argue that the initial preparation and filing of a tax return could constitute a seizure. Therefore, the Minister did not respond to this argument. In light of this, I express no opinion on whether the compulsory filing of a tax return by a taxpayer constitutes a "seizure." In any event, it would appear obvious that such a seizure would be a "reasonable one."

de respect de la vie privée et qu'il n'est plus nécessaire, pour administrer la justice, que tout le dossier du contribuable devienne le dossier de la Cour canadienne de l'impôt. Vu les progrès de la technologie moderne, il est possible de trouver, produire et reproduire instantanément les documents pertinents, moyennant des frais relativement modestes. Dans le cadre du système actuel, l'hésitation de certains contribuables à révéler au monde entier leurs affaires personnelles peut peut-être les empêcher d'interjeter appel d'une cotisation du ministre. Par exemple, un contribuable qui déclare des frais d'intérêt considérables pourrait être perçu comme une personne lourdement endettée.

Aux termes du paragraphe 176(1), lorsque la Cour canadienne de l'impôt reçoit un avis d'appel, le ministre doit transmettre tous les documents à la Cour, où le grand public peut les consulter et les copier, qu'ils soient soumis en preuve ou pas au procès. Par ailleurs, le juge lui-même peut examiner le dossier, indépendamment du fait que les documents en question seront produits ou non en preuve, ce qui, dans le concept des litiges civils, est inapproprié. Une partie à un litige a le droit de savoir quelles preuves le décisionnaire a pris en compte. Et les questions que celui-ci a à trancher doivent être celles que les parties ont formulées, de manière consensuelle ou non.

## QUESTIONS EN LITIGE

[13] Le transfert de tous les documents du ministre du Revenu national à la Cour de l'impôt effectué conformément au paragraphe 176(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constitue-t-il une saisie abusive, en violation de l'article 8 de la Charte?

[14] Le paragraphe 176(1) constitue-t-il une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte?

## ANALYSE

L'application du paragraphe 176(1) constitue-t-elle une «saisie»?

[15] Lors de l'audition de l'appel, l'avocat de M<sup>me</sup> Gernhart a choisi de ne pas faire valoir l'argument selon lequel la préparation initiale et la production d'une déclaration de revenus pourrait constituer une saisie. Ainsi, le ministre n'a pas abordé cet argument. En tenant compte de cela, je ne me prononcerai pas sur le fait de savoir si la production obligatoire d'une déclaration de revenus par un contribuable constitue une «saisie». Quoi qu'il en soit, il semble évident qu'une telle saisie ne serait pas «abusive».

[16] I shall assume, for the purposes of this analysis, that the initial filing of an income tax return was done with the consent of the taxpayer and with the knowledge that the information would be kept confidential by reason of section 241 of the Act. The question which arises in this case is whether the action of the Minister in turning over the tax return to the Tax Court pursuant to subsection 176(1) upon the filing of an appeal of the Minister's assessment can be classified as a seizure. It is clear that the taxpayer in this case did not consent to any disclosure of the contents of her tax return by the Minister.

[17] The Supreme Court of Canada has been faced with a similar question in the context of an analogous situation. In *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, a five-judge panel of the Supreme Court of Canada considered whether a doctor who collected a vial of free-flowing blood from an unconscious victim for medical purposes constituted an unreasonable seizure. After the doctor collected the blood from the victim, the doctor provided the blood to a police officer, who then tested it to determine whether the victim was intoxicated. While La Forest J.'s judgment was only concurred in whole by Dickson C.J., the other three members of the panel agreed with La Forest J.'s analysis of the nature of the "seizure" that occurred in that case (at pages 440-441).

[18] In his judgment, La Forest J. recognized that even if it had been possible for Mr. Dyment to have consented to the seizure of the blood by the doctor, any such consent would have been "restricted to the use of the sample for medical purposes" (at page 431) (emphasis added). Later, he added that "the protection of the *Charter* extends to prevent a police officer, an agent of the state, from taking a substance as intimately personal as a person's blood from a person who holds it subject to a duty to respect the dignity and privacy of that person" (at page 432) (emphasis added). Still later in his decision, in response to the suggestion that the police officer was "merely given the evidence following a conversation with the doctor and did not demand or seize it," (at page 434)

[16] Je supposerai, pour les fins de la présente analyse, que le contribuable a initialement consenti à produire une déclaration de revenus en sachant que l'information serait traitée de façon confidentielle en raison de l'article 241 de la Loi. La question que pose la présente affaire est de savoir si le fait pour le ministre de transmettre la déclaration de revenus à la Cour canadienne de l'impôt conformément au paragraphe 176(1) sur dépôt d'un avis d'appel de la cotisation du ministre peut être qualifié de saisie. Il est évident, en l'espèce, que le contribuable n'a pas consenti à ce que le contenu de sa déclaration de revenus soit divulgué par le ministre.

[17] La Cour suprême du Canada a déjà dû se prononcer sur une question similaire et dans un contexte analogue. Dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, une formation de cinq juges de la Cour suprême du Canada s'est interrogée à savoir si un docteur qui avait recueilli à des fins médicales une éprouvette de sang qui coulait d'une victime inconsciente avait effectué une saisie abusive. Après que le docteur eut recueilli le sang de la victime, il a remis le sang à un agent de police, qui l'a ensuite fait analyser pour savoir si la victime était intoxiquée. Bien que le juge en chef Dickson ait été seul à souscrire entièrement au jugement du juge La Forest, les trois autres membres de la formation étaient d'accord avec l'analyse du juge La Forest sur la nature de la «saisie» qui avait été effectuée dans cette affaire (aux pages 440 et 441).

[18] Dans cet arrêt, le juge La Forest a reconnu que bien qu'il ait été possible pour M. Dyment d'avoir consenti à la saisie du sang par le docteur, un tel consentement aurait «visé uniquement l'utilisation de l'échantillon à des fins médicales» (à la page 431) (non souligné dans l'original). Il a ajouté que «la protection accordée par la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police, qui est un mandataire de l'État, de se faire remettre une substance aussi personnelle que le sang d'une personne par celui qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne» (à la page 432) (non souligné dans l'original). Plus loin dans sa décision, en réponse à l'allégation que «l'élément de preuve a simplement été remis à l'agent de police après sa

La Forest J. again indicated that “when the officer took the sample from the doctor, he took something that the doctor held for medical purposes only, subject to a well-founded expectation that it was to be kept private” (at page 434) (emphasis added).

[19] In his majority judgment, Lamer J. (as he then was) explained (at pages 440-441):

For the reasons given by my brother La Forest J., the fact that the doctor, at the time he remitted the vial to the police, had in his possession the respondent’s blood subject to a duty to respect [the] respondent’s privacy is sufficient to qualify the receipt by the police of the vial of blood without the consent of the doctor’s patient as being a seizure as that term is meant in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [Emphasis added.]

[20] When a taxpayer files a return, the taxpayer has a reasonable expectation of privacy by reason of section 241 of the Act. The Minister must hold a taxpayer’s confidential tax return subject to a duty to respect a taxpayer’s dignity and privacy.

[21] In his decision, Dubé J. distinguished several cases involving acts which were held to constitute “seizures,” including *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, on the basis that those cases addressed “investigative activities.” Dubé J. did not explain why “investigative activities” should be distinguished from other types of activities in determining whether or not an unreasonable seizure has taken place. He cited no authority for this proposition and no law has been cited to this Court to this effect. Nor does logic impel one to the conclusion that a seizure within the meaning of section 8 can only occur during an investigation.

[22] I am satisfied that a “seizure” can occur even where no investigation is taking place. In *Dyment*,

conversation avec le médecin, et qu’il ne l’a pas demandé ni procédé à sa saisie» (à la page 434), le juge La Forest a de nouveau indiqué que «lorsque l’agent a reçu l’échantillon des mains du médecin, il a pris quelque chose que le médecin avait en sa possession pour des fins médicales uniquement, sous réserve d’une expectative légitime que cela demeurerait confidentiel» (à la page 434) (non souligné dans l’original).

[19] Dans son jugement majoritaire, le juge Lamer (maintenant juge en chef) a fourni l’explication suivante (aux pages 440 et 441):

Pour les raisons données par le juge La Forest, le fait qu’au moment où il a remis l’éprouvette à la police, le médecin avait en sa possession du sang de l’intimé, possession assujettie à l’obligation de respecter le droit à la vie privée de ce dernier, est suffisant pour considérer que la prise de possession par la police de l’éprouvette contenant le sang du patient sans son consentement constitue une saisie au sens de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [Non souligné dans l’original.]

[20] Quand un contribuable produit une déclaration, le contribuable a une attente raisonnable en matière de vie privée en raison de l’article 241 de la Loi. Le ministre doit considérer qu’une déclaration de revenus d’un contribuable est confidentielle en raison de l’obligation de respecter la dignité et la vie privée d’un contribuable.

[21] Dans sa décision, le juge Dubé a établi une distinction d’avec plusieurs affaires ayant trait à des actes que l’on a qualifié de «saisies», dont l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, pour le motif que ces affaires traitaient d’«activités d’enquête». Le juge Dubé n’a pas fourni d’explication à savoir pourquoi «les activités d’enquête» devraient être distinguées des autres types d’activités lorsque l’on détermine si une saisie abusive a été effectuée. Il n’a pas cité de jurisprudence ni de doctrine pour étayer sa proposition et aucune loi n’a été citée par la Cour à cette fin. La logique n’oblige pas non plus à conclure que l’on ne peut être en présence d’une saisie au sens de l’article 8 que lors d’une enquête.

[22] Je suis convaincu qu’une «saisie» peut être effectuée en dehors du cadre d’une enquête. Dans

*supra*, La Forest J. defined “seizure” as “the taking of a thing from a person by a public authority without that person’s consent” [at page 431]. In *Thomson Newspapers, supra*, La Forest J. explained that he saw “little difference between taking a thing and forcing a person to give it up” (at page 505). He did not premise a seizure on the presence of an investigation.

[23] The reason why most seizures do occur during investigations is that, understandably, seizures may greatly assist investigations. For instance, in *Dyment, supra*, the Supreme Court held that the transfer of blood taken by a doctor and given to a police officer in circumstances where the doctor took the blood subject to a duty to keep information confidential constituted a “seizure.” However, suppose instead that a statutory provision required all Canadians to provide a blood sample to the Department of Health, and government admitted that it had no real purpose for doing so. In my view, it would be odd indeed to prohibit such a law from being challenged merely because the “seizure” was not made in the course of an investigation. In both *Dyment* and the hypothetical situation presented above, a thing is taken from a person who has a reasonable expectation of privacy in the thing.

[24] Indeed, it is natural that most seizures occur during investigations, since investigations permit state actors to narrowly focus the target of a seizure. That salutary idea should not be turned on its ear to then prevent the application of section 8 of the Charter in circumstances where state actors do not engage in investigations. In my view, that conclusion would permit state actors to actively obtain private information for non-investigatory purposes and to indiscriminately broadcast that information, despite the fact that people nevertheless have a reasonable expectation of privacy in that information.

l’arrêt *Dyment*, précité, le juge La Forest est d’avis qu’il y a «saisie» «lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement» [à la page 431]. Dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge La Forest a expliqué qu’il ne voyait «pas vraiment de différence entre le fait de prendre une chose et le fait d’obliger une personne à la remettre» (à la page 505). Il n’a pas posé en prémisses qu’une saisie devait être partie à une enquête.

[23] La raison pour laquelle la plupart des saisies ont effectivement lieu lors d’enquêtes est que, il est facile de le concevoir, les saisies peuvent grandement contribuer aux enquêtes. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Dyment*, précité, la Cour suprême a décidé que le transfert du sang recueilli par un médecin à un agent de police dans des circonstances où le médecin le détenait avec l’obligation de préserver la confidentialité de l’information constituait une «saisie». Toutefois, supposons plutôt qu’une disposition législative obligerait tous les Canadiens à fournir un échantillon de sang au ministère de la Santé, et que le gouvernement admettrait qu’il n’avait pas vraiment de raison de le faire. À mon avis, il serait vraiment étrange d’interdire la contestation d’une telle loi simplement parce que la «saisie» n’est pas effectuée dans le cadre d’une enquête. Dans l’arrêt *Dyment* ainsi que dans la situation hypothétique présentée ci-haut, les autorités prennent quelque chose qui appartient à une personne qui a une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de la chose.

[24] En effet, il est normal que la plupart des saisies soient effectuées dans le cadre d’enquêtes, puisque les enquêtes permettent aux représentants de l’État de circonscrire l’objectif de la saisie. Cette situation est profitable et ne devrait pas être dénaturée par une interprétation qui vise à soustraire à l’application de l’article 8 de la Charte les circonstances où les représentants de l’État n’effectuent pas d’enquêtes. À mon avis, cette conclusion permettrait aux représentants de l’État de travailler activement à l’obtention d’information confidentielle, à des fins autres que celles d’une enquête, et de diffuser cette information inconsidérément, malgré le fait que les gens aient pourtant une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de cette information.

[25] Such a result would be inconsistent with the majority decision of the Supreme Court in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, where La Forest J. explained that “the principal right protected by section 8 is individual privacy, and the provision must be purposively applied to that end” (at page 60). He then quoted and highlighted [at pages 60-61] the following extract from decision in *Dyment* [at pages 429-430], where he drew a parallel between “privacy in relation to information” and the *Privacy Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II]:

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 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 not contained in the *Dyment* judgment, but added by La Forest J. in the *Colarusso* judgment.]

[26] I am therefore satisfied that section 8 of the Charter is not confined to circumstances where an investigation occurs and that in the present case, a seizure takes place by reason of the operation of subsection 176(1). Section 8 itself does not distinguish between seizures made during investigations and those which do not. There is no logic which would dictate such a differentiation.

Does the operation of subsection 176(1) constitute an “unreasonable” seizure?

[27] Since section 8 of the Charter only prohibits “unreasonable” searches or seizures, a court must

[25] Un tel résultat irait à l’encontre de l’arrêt que la Cour suprême a rendu à la majorité dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, où le juge La Forest a expliqué que «[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» (à la page 60). Il a également cité et souligné [aux pages 60 et 61] l’extrait de l’arrêt *Dyment* [aux pages 429 et 430] qui est reproduit ci-dessous, dans lequel il a fait un parallèle entre «le droit à la vie privée en matière d’information» et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II]:

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 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. [Non souligné dans l’arrêt *Dyment*, mais souligné par le juge La Forest dans l’arrêt *Colarusso*.]

[26] Par conséquent, je suis convaincu que l’application de l’article 8 de la Charte n’est pas restreint qu’aux circonstances où une enquête est effectuée et qu’en l’espèce, l’application du paragraphe 176(1) a l’effet d’une saisie. Le libellé de l’article 8 n’établit pas de distinction entre les saisies effectuées dans le cadre d’enquêtes et celles qui ne le sont pas. La logique ne commande pas une telle distinction.

L’application du paragraphe 176(1) constitue-t-elle une saisie «abusives»?

[27] Puisque l’article 8 de la Charte interdit seulement les fouilles, perquisitions ou saisies «abusives»,

determine whether a particular search or seizure is “reasonable.” An “unreasonable” seizure is one that violates a citizen’s reasonable expectation of privacy. For instance, in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pages 159-160, Dickson J. (as he then was) explained:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation . . . indicates that an assessment must be made as to 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. [Emphasis in original.]

[28] The standard of review of reasonableness will vary, depending on the context. In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, Wilson J. explained (at page 645):

Since individuals have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents, it follows that the standard of review of what is “reasonable” in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful.

[29] With that context in mind, the “state interest in monitoring compliance with the legislation must be weighed against an individual’s privacy interest” (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at page 649). Or as Wilson J. also noted, “the greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required” (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at page 649).

[30] Therefore, in this part of my reasons, I will balance the taxpayer’s privacy interest in his or her tax returns against the state’s interest. After that balancing process is complete, I will determine whether the seizure that occurred in these circumstances was “reasonable.”

Taxpayer’s privacy interest—is there a privacy interest in the documents at issue?

[31] In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, Wilson J. quoted an excerpt from a journal article, which

la Cour doit déterminer si une fouille, perquisition ou saisie est «raisonnable». Une saisie qui viole l’attente raisonnable d’un citoyen en matière de vie privée est une saisie «abusive». À titre d’exemple, dans l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pages 159 et 160, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a fourni l’explication suivante:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation [. . .] indique qu’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. [Souligné dans l’original.]

[28] La norme d’examen de ce qui est raisonnable différera selon le contexte. Dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, le juge Wilson a expliqué que (à la page 645):

Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s’ensuit que la norme d’examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit être souple si on veut qu’elle soit réaliste et ait du sens.

[29] Ce contexte étant pris en compte, l’«intérêt qu’a l’État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée» (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la page 649). Ou comme le juge Wilson l’a souligné, «[p]lus grande est l’atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l’on trouve dans l’arrêt *Hunter* seront nécessaires» (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la page 649).

[30] Par conséquent, à la présente étape de mes motifs, je vais mesurer le droit du contribuable à la protection de sa vie privée à l’égard de sa déclaration de revenus, en regard de l’intérêt de l’État dans l’application de la Loi. Cela fait, je déterminerai si la saisie qui a été effectuée dans ces circonstances était «raisonnable».

Le droit du contribuable à la vie privée—y a-t-il un droit à la vie privée à l’égard des documents en litige?

[31] Dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, précité, le juge Wilson a cité un extrait d’article de

explained that “[e]very person who files an annual tax return may be said to enjoy a low expectation of privacy with respect to information about his income” (at page 646) (emphasis in original). However, that statement was made with the following proviso:

The issue is not *whether*, but rather when, how much and under what conditions information must be disclosed to satisfy the state’s legitimate requirements. . . . [The low expectation of privacy with respect to information about one’s income] is surely tempered by an expectation that demands for information have limits, and will be administered under terms that are fair and reasonable. That is what section 8 of the *Charter* is all about. [Emphasis in original removed.]

[32] Indeed, toward the conclusion of her judgment, she held that the seizure contemplated by subsection 231(3) of the Act [*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63] was reasonable and did not violate section 8 of the Charter, in part because “the taxpayer’s privacy interest is protected as much as possible since section 241 of the Act protects the taxpayer from disclosure of his records or the information contained therein to other persons or agencies” (at page 650). Thus, there clearly is a privacy interest in the contents of an income tax return.

[33] Subsection 176(1) of the Act is the pivotal enactment which eventually permits the world at large to obtain copies of a taxpayer’s return. All documents transmitted by the Minister to the Tax Court are potentially available to be inspected by the general public, whether or not they have been tendered into evidence by any of the parties to the action.

[34] In my view, subsection 176(1) of the Act constitutes a significant intrusion on the privacy interests of an individual. Even if one assumes that only a small degree of privacy attaches to a taxpayer’s return, that small degree of privacy would inevitably be shattered by disclosing the taxpayer’s return to the world at large.

revue qui expliquait qu’ «[o]n peut considérer que quiconque produit une déclaration d’impôt annuelle s’attend peu à garder pour lui seul les renseignements ayant trait à son revenu» (à la page 646) (souligné dans l’original). Toutefois, cette affirmation a été faite avec la réserve suivante:

La question n’est pas de *savoir si* des renseignements doivent être communiqués pour répondre aux exigences légitimes de l’État, mais plutôt de savoir quand cela doit se faire, dans quelle mesure et à quelle conditions [. . .] [Le fait que les contribuables s’attendent peu à ce que l’on garde confidentiels les renseignements ayant trait à leur revenu] est sûrement tempéré par l’attente que les demandes de renseignements aient des limites et qu’elles respectent des modalités justes et raisonnables. Voilà de quoi retourne l’article 8 de la *Charte*. [Soulignement dans l’original enlevé.]

[32] Certes, à la fin de son jugement, elle a décidé que la saisie visée par le paragraphe 231(3) de la Loi [*Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63] était raisonnable et qu’elle ne violait pas l’article 8 de la Charte, en partie parce que «le droit du contribuable à la protection de sa vie privée est garanti autant qu’il est possible de la faire puisque l’art. 241 de la Loi interdit la communication de ses documents et des renseignements qu’ils contiennent à d’autres personnes ou organismes» (à la page 650). Ainsi, il existe bel et bien un droit à la vie privée quant au contenu d’une déclaration de revenus.

[33] Le paragraphe 176(1) de la Loi est la disposition clé qui permet à quiconque d’obtenir des copies de la déclaration de revenus d’un contribuable. Tous les documents que le ministre transmet à la Cour de l’impôt pourront éventuellement être scrutés par le grand public, qu’ils aient été ou non présentés en preuve par l’une des parties à l’action.

[34] À mon avis, le paragraphe 176(1) de la Loi constitue une atteinte importante au droit à la vie privée d’un individu. Même si l’on suppose qu’une déclaration de revenus ne bénéficie que d’un moindre degré de confidentialité, ce moindre degré de confidentialité serait inévitablement anéanti par la divulgation de la déclaration de revenus d’un contribuable au grand public en général.



## State's interest

[35] Counsel for the Minister attempted to explain the purpose of subsection 176(1) of the Act. He explained that wording similar to subsection 176(1) has been contained in various income taxation statutes since 1917. He said that subsection 176(1) simply served as a means to provide adjudicators of tax disputes with relevant material upon which to base their decision. Since photocopies could not be easily made until approximately twenty years ago, subsection 176(1) was simply a benign method to provide adjudicators with information about tax disputes that they were due to hear.

[36] In his factum, counsel for the Minister also conceded that “the impugned provision . . . has by reason of developments in the social technological and legal field become a historical aberration.” He admitted “that there is a troublesome appearance arising from the requirements of subsection 176(1) of the *Income Tax Act*” in that the Minister provides documents to the Tax Court in the absence of the other party. In oral argument, it was again conceded that subsection 176(1) did not serve any useful purpose. Nevertheless, it was argued, the mere fact that legislation does not keep pace with the times “does not make it violative of *Charter* values.”

[37] The Minister's submissions are inconsistent with both section 52 [of the *Constitution Act, 1982*] and section 8 of the Charter. Section 52 establishes the Constitution of Canada as the supreme law of Canada. It also states that “any law inconsistent with the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” Indeed, section 52 demonstrates that one of the purposes of the Charter is to ensure that legislation keeps pace with the times: see e.g. *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Therefore, the Minister's submissions based on the mere historical presence of various versions of subsection 176(1) in the Act should be rejected.

## L'intérêt de l'État

[35] L'avocat du ministre a tenté d'expliquer l'objet du paragraphe 176(1) de la Loi. Il a expliqué que l'on retrouve des libellés similaires à celui du paragraphe 176(1) dans diverses lois relatives à l'impôt sur le revenu depuis 1917. Il a dit que le paragraphe 176(1) servait simplement aux décideurs dans des contestations relatives à l'impôt de moyen d'obtenir l'information sur laquelle fonder leur décision. Comme on ne pouvait pas facilement faire des photocopies jusqu'à il y a approximativement vingt ans, le paragraphe 176(1) était tout bonnement une méthode simple pour les décideurs d'obtenir de l'information sur les contestations relatives à l'impôt qu'ils allaient devoir entendre.

[36] Dans son mémoire, l'avocat du ministre a également admis que [TRADUCTION] «la disposition contestée [. . .] est devenue anachronique en raison de l'évolution des mœurs, de la technologie et de la pratique du droit». Il a reconnu que [TRADUCTION] «les exigences du paragraphe 176(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* semblent avoir le fâcheux effet que le ministre fournit des documents à la Cour de l'impôt en l'absence de l'autre partie». En plaidoirie, on a encore admis que le paragraphe 176(1) était inutile. Néanmoins, on a fait valoir que le seul fait que la loi soit en retard sur son temps [TRADUCTION] «n'en fait pas une violation des valeurs protégées par la Charte».

[37] Les prétentions du ministre sont incompatibles avec l'article 52 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] ainsi qu'avec l'article 8 de la Charte. L'article 52 énonce que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada. L'article prévoit également qu'«elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». En fait, l'article 52 démontre que l'un des objectifs de la Charte est de garantir que la législation reflète les valeurs de son temps: voir par exemple *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295. Par conséquent, les prétentions du ministre fondées sur la seule existence au fil des années de diverses versions de l'article 176(1) de la Loi doivent être rejetées.

[38] Moreover, the Minister's submissions are inconsistent with the text of section 8 of the Charter. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, Dickson J. (as he then was) explained the origins of the protections afforded by section 8 of the Charter. He explained that limitations on the right guaranteed by section 8 may be expressed "positively as an entitlement to a 'reasonable' expectation of privacy" (at page 159).

[39] In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. (as he then was) held that "a search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable" (at page 278) (emphasis added).

[40] Therefore, section 8 of the Charter provides a positive entitlement to a reasonable expectation of privacy, in situations where the statutory provision compelling disclosure is found to be unreasonable.

#### Conclusion on "unreasonable seizure"

[41] In my view, subsection 176(1) permits an "unreasonable seizure." While the subsection is contained in the *Income Tax Act*, and while a tax return is generally subject to a low expectation of privacy, the degree of intrusion on a taxpayer's privacy interest is potentially enormous. Subsection 176(1) of the Act creates the potential for "any person" to view a taxpayer's return, whether or not the return is eventually tendered as evidence at trial. This intrusion, in turn, is not counterbalanced by a sufficiently important government objective. Indeed, counsel for the Minister admitted that subsection 176(1) no longer served any valid purpose.

#### Section 1 of the Charter

[42] The quintessential section 1 Charter analysis was established by Dickson J. (as he then was) in *The*

[38] De plus, les prétentions du ministre sont incompatibles avec le texte de l'article 8 de la Charte. Dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a expliqué les origines des protections offertes par l'article 8 de la Charte. Il a expliqué que les limitations du droit garanti par l'article 8 peuvent être exprimées «sous la forme positive comme le droit de s'attendre "raisonnablement" à la protection de la vie privée» (à la page 159).

[39] Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer (maintenant juge en chef) a décidé qu'«[u]ne fouille ne sera pas abusive si elle 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» (à la page 278) (non souligné dans l'original).

[40] Par conséquent, l'article 8 de la Charte crée de façon positive un droit à une attente raisonnable en matière de vie privée, dans les situations où la disposition législative qui commande la divulgation est jugée abusive.

#### Conclusion sur la «saisie abusive»

[41] À mon avis, le paragraphe 176(1) permet une «saisie abusive». Bien que le paragraphe provienne de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et bien que l'on ait de façon générale de moindres attentes en matière de vie privée à l'égard d'une déclaration de revenus, l'atteinte à la vie privée d'un contribuable est potentiellement énorme. Le paragraphe 176(1) de la Loi rend possible que «toute personne» puisse consulter la déclaration d'un contribuable, que la déclaration soit ou non présentée en preuve au procès. Cette atteinte, en revanche, n'est pas contrebalancée par un objectif suffisamment important du gouvernement. L'avocat du ministre a bien reconnu que le paragraphe 176(1) ne sert plus aucun intérêt légitime.

#### L'article premier de la Charte

[42] Les principes essentiels qui sous-tendent l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte ont été

*Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first part of the *Oakes* requirements requires government to demonstrate that the unconstitutional provision meets “a sufficiently important objective.” Dickson J. explained the analysis in this way (at pages 138-139):

. . . the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.” . . . [The objective must] relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

[43] Similarly, in *RJR-Macdonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, McLachlin J. explained that (at page 328):

. . . to be saved under s. 1 the party defending the law . . . must show that the law which violates the right or freedom guaranteed by the *Charter* is “reasonable”.

McLachlin J. also held (at page 329) that:

. . . the courts must . . . insist that before the state can override constitutional rights, there [must] be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement.

[44] As previously noted, counsel for the Minister did not attempt to attribute a valid government objective to subsection 176(1). Therefore, in my view, subsection 176(1) fails the first part of the *Oakes* analysis, since it does not address a sufficiently important objective to warrant overriding a *Charter* right.

### Remedy

[45] On the appeal, Ms. Gernhart only sought to challenge the public disclosure of her tax return. She did not address whether the public disclosure of “copies of all . . . notices of assessment, notices of objection and notifications,” which are also required to

élaborés par le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En vertu des exigences du premier volet de l’arrêt *Oakes*, le gouvernement doit démontrer que la disposition inconstitutionnelle se rapporte à «un objectif suffisamment important». Le juge Dickson a fourni l’explication suivante quant à l’analyse (aux pages 138 et 139):

[. . .] l’objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution» [. . .] Il faut [que l’] objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu’on puisse le qualifier de suffisamment important.

[43] De même, dans l’arrêt *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, le juge McLachlin a expliqué que (à la page 328):

[. . .] pour qu’une disposition puisse être sauvegardée en vertu de l’article premier, la partie qui défend la loi [. . .] doit établir que la loi qui porte atteinte au droit ou à la liberté garantis par la *Charte* est «raisonnable».

Le juge McLachlin a également conclu que (à la page 329):

[. . .] les tribunaux doivent [. . .] insister pour que, avant qu’il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l’État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation.

[44] Comme je l’ai mentionné précédemment, l’avocat du ministre n’a pas tenté d’attribuer au paragraphe 176(1) un objectif légitime du gouvernement. Par conséquent, à mon avis, le paragraphe 176(1) ne satisfait pas au premier volet de l’analyse exigée par *Oakes*, puisqu’il ne se rapporte pas à un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à un droit protégé par la *Charte*.

### Réparation

[45] En appel, M<sup>me</sup> Gernhart a seulement cherché à contester la divulgation au public de sa déclaration de revenus. Elle n’a pas abordé la question de savoir si la divulgation au public des «copies des [. . .] avis de cotisation, avis d’opposition et de toute notification»,

be transmitted by the Minister pursuant to subsection 176(1), ran contrary to section 8 of the Charter. In theory, therefore, this Court could dispose of the appeal simply by severing the word “returns” from subsection 176(1).

[46] In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, Lamer C.J. explained that “where the legislation or legislative provision does not meet the first part of the *Oakes* test, in that the purpose is not sufficiently pressing or substantial to warrant overriding a *Charter* right,” (at page 703) (emphasis added) the inconsistent portion “[will almost always] be struck down very broadly” (at page 703). By referring to “legislative provisions” that fail the first part of the *Oakes* test, Lamer C.J. recognized that specific provisions contained in otherwise constitutional legislation may fail the first part of the *Oakes* test. According to Lamer C.J., such legislative provisions should nevertheless generally be struck down “very broadly” (at page 703).

[47] In my view, it would be nonsensical to read down a legislative provision that admittedly has no valid purpose. In the circumstances, to sever the word “returns” from subsection 176(1) of the Act would not further a legislative objective. Therefore, in my view, subsection 176(1) of the Act should be struck down in its entirety.

#### Availability of Court Record to Judge

[48] Subsection 124(2) of the General Procedure treats documents transmitted by the Minister of National Revenue as “part of the record of the Court.” Subsection 124(3) of the General Procedure explains that those documents do not constitute “evidence on any issue of fact . . . unless it is separately tendered during the hearing and accepted as evidence.” Accordingly, in my view, it is inappropriate for judges to be examining the Court record, which may contain material that has not been adduced in accordance with

que le ministre doit également transmettre conformément au paragraphe 176(1), contrevenait à l’article 8 de la Charte. Ainsi, en théorie, la Cour pourrait statuer sur l’appel simplement en retranchant le mot «déclarations» du paragraphe 176(1).

[46] Dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef Lamer a expliqué que «si la loi ou la disposition législative ne satisfait pas à la première partie du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, en ce que l’objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*» (à la page 703) (non souligné dans l’original), «on détermine [presque toujours] d’une façon très large la partie incompatible à annuler» (à la page 703). En faisant référence à une «disposition législative» qui ne satisfait pas au premier volet du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, le juge en chef Lamer a reconnu que certaines dispositions particulières faisant partie de lois par ailleurs constitutionnelles peuvent ne pas satisfaire au premier volet du critère de l’arrêt *Oakes*. Selon le juge en chef Lamer, de telles dispositions devraient néanmoins généralement être annulées «d’une façon très large» (à la page 703).

[47] À mon avis, il serait absurde de donner une interprétation atténuée à une disposition législative qui, de l’aveu général, n’a pas d’objectif légitime. Dans les circonstances, retrancher le mot «déclarations» du paragraphe 176(1) de la Loi ne s’inscrirait pas dans la poursuite d’un but législatif. Ainsi, je suis d’avis que le paragraphe 176(1) de la Loi devrait être invalidé intégralement.

#### Accès des juges aux dossiers de la Cour

[48] Le paragraphe 124(2) de la procédure générale traite les documents transmis par le ministre du Revenu national comme «éléments du dossier de la Cour». Le paragraphe 124(3) de la procédure générale explique que ces documents ne constituent pas «une preuve d’une question de fait [. . .] à moins que le document en question n’ait été présenté séparément comme preuve, et accepté à ce titre, pendant l’audience». Conséquemment, à mon avis, il est inapproprié que les juges examinent le dossier de la Cour, qui

the rules of evidence, in the presence of both parties. Our system “is an adversarial one where fact presentation is controlled by the litigants and their counsel” (see J. Sopinka *et al.*, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at page 2)). In *Phillips et al. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd. et al.*, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.), at page 657, Evans J.A. well described the method of trial procedure used in Canada:

Our mode of trial procedure is based upon the adversary system in which the contestants seek to establish through relevant supporting evidence, before an impartial trier of facts, those events or happenings which form the bases of their allegations. This procedure assumes that the litigants, assisted by their counsel, will fully and diligently present all the material facts which have evidentiary value in support of their respective positions and that these disputed facts will receive from a trial Judge a dispassionate and impartial consideration in order to arrive at the truth of the matters in controversy. A trial is not intended to be a scientific exploration with the presiding Judge assuming the role of a research director; it is a forum established for the purpose of providing justice for the litigants. Undoubtedly a Court must be concerned with truth, in the sense that it accepts as true certain sworn evidence and rejects other testimony as unworthy of belief, but it cannot embark upon a quest for the “scientific” or “technological” truth when such an adventure does violence to the primary function of the Court, which has always been to do justice, according to law. [Quoted in R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems*, 5th ed. (Scarborough: Carswell, 1999) at p. 1)].

[49] The appeal is allowed. Since the appellant requested that costs should not be awarded, none will be.

ROTHSTEIN J.A.: I concur.

NOËL J.A.: I agree.

peut renfermer des éléments qui n’ont pas été présentés conformément aux règles de la preuve, en présence des deux parties. Notre système [TRADUCTION] «est un système judiciaire contradictoire où la présentation des faits est contrôlée par les parties au litige et par leurs avocats» (voir J. Sopinka et autres, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), à la page 2)). Dans l’arrêt *Phillips et al. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd. et al.*, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.), à la page 657, le juge Evans, J.C.A., a bien décrit la procédure utilisée au Canada lors d’un procès:

[TRADUCTION] Le mode de procédure qui régit nos procès se fonde sur le système contradictoire dans lequel les adversaires cherchent à démontrer, éléments de preuve pertinents à l’appui, à un juge des faits impartial, les événements sur lesquels s’appuient leurs allégations. Cette procédure suppose que les parties au litige, assistées de leurs avocats, seront diligentes et qu’elles présenteront tous les éléments de preuve ayant une valeur probante pour appuyer leurs positions respectives et que ces faits contestés vont être considérés avec détachement et impartialité par le juge du procès pour découvrir la vérité quant aux questions en litige. Le procès n’est pas censé être une exploration scientifique où le juge joue le rôle de directeur des recherches; c’est un forum créé en vue d’exercer la justice pour les parties en cause. À n’en pas douter la cour doit être préoccupée par la vérité, au sens où elle tient pour avérés certains témoignages sous serment et rejette d’autres témoignages non crédibles, mais elle ne peut se lancer à la recherche de la vérité «scientifique» ou «technologique» quand une telle aventure va à l’encontre du mandat premier de la cour, qui a toujours été de rendre la justice, conformément à la loi [Cité dans R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems*, 5<sup>e</sup> éd. (Scarborough: Carswell, 1999), à la p. 1)].

[49] L’appel est accueilli. Comme l’appelante a demandé que les dépens ne soient pas adjugés, ils ne le seront pas.

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

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

A-568-98

(T-1737-97)

**Simon Smith, David Paul, Chris Tom, Vern Tom, John Elliott, Curtis Olsen and Joe Bartleman, on their own behalf as Chief and Council of the Tsartlip Indian Band and on behalf of the Tsartlip Indian Band (*Appellants*)**

v.

**The Minister of Indian Affairs and Northern Development, Clydesdale Estate Holdings Ltd., Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen and George Wilson (*Respondents*)**

**INDEXED AS: TSARTLIP INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (C.A.)**

Court of Appeal, Décary, Robertson and Noël J.J.A.—Vancouver, October 27; Ottawa, November 17, 1999.

*Native peoples — Lands — Minister leasing land on Indian reserve under Indian Act, s. 58(3) — Respondents given rights of exclusive possession, occupation of two lots on reserve — Intending to develop manufactured home park on one lot for use of non-Indians — Band Council members opposing project — Lease issued to respondent corporation despite Band's opposition — No fiduciary obligation owed by Crown to Band — Standard of review of Minister's decision reasonableness — Decision unreasonable as Band's concerns discarded without proper consideration.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Appellants seeking to set aside Minister's decision to lease land on Indian reserve under Indian Act, s. 58(3) — Crown under no fiduciary obligation to Indian band when acting under s. 58(3) — Purpose of Act band-oriented when use of reserve land at issue — Factors determining standard of review of Minister's decision those outlined by S.C.C. in Pushpanathan — Reasonableness appropriate standard herein — Minister bound to give weight to band's concerns where lease detrimental to band — Minister granting lease to substantial detriment of Band without proper consideration of major concerns — Decision unreasonable.*

A-568-98

(T-1737-97)

**Simon Smith, David Paul, Chris Tom, Vern Tom, John Elliott, Curtis Olsen et Joe Bartleman, en leur nom à titre de chef et de conseil de la bande indienne Tsartlip et au nom de la bande indienne Tsartlip (*appelants*)**

c.

**Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Clydesdale Estate Holdings Ltd., Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen et George Wilson (*intimés*)**

**RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE TSARTLIP c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Décary, Robertson et Noël, J.C.A.—Vancouver, 27 octobre; Ottawa, 17 novembre 1999.

*Peuples autochtones — Terres — Le ministre a octroyé un bail sur une terre située dans une réserve indienne en vertu de l'art. 58(3) de la Loi sur les Indiens — Les intimés ont reçu le droit exclusif de possession et d'occupation de deux lots sur la réserve — Ils visaient à établir un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur un lot — Les membres du conseil de bande s'opposaient au projet — Le bail a été octroyé à la société intimée malgré l'opposition de la bande — La Couronne n'a aucune obligation fiduciaire envers la bande — La norme de contrôle de la décision du ministre est le caractère raisonnable — La décision était déraisonnable, les inquiétudes de la bande ayant été écartées sans examen réel.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Les appelants demandaient l'annulation de la décision du ministre d'octroyer un bail sur une terre située dans une réserve indienne en vertu de l'art. 58(3) de la Loi sur les Indiens — La Couronne n'a aucune obligation fiduciaire envers une bande indienne lorsqu'elle exerce le pouvoir qui lui est conféré par l'art. 58(3) — La Loi vise vraiment à protéger la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve — Les facteurs déterminant la norme de contrôle de la décision du ministre sont ceux qui ont été exposés par la C.S.C. dans Pushpanathan — La norme de contrôle appropriée en l'espèce était celle de la décision raisonnable — Le ministre est tenu de donner du poids aux inquiétudes de la bande lorsque le bail cause un préjudice à la bande — En octroyant le bail, le ministre a causé un préjudice substantiel à la bande sans vraiment examiner ses principales inquiétudes — Décision déraisonnable.*

This was an appeal from a Trial Division decision upholding a decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development to lease part of an Indian reserve land under subsection 58(3) of the *Indian Act*. The locatees, all members of the Tsartlip Indian Band, had exclusive possession and occupation of lots 5 and 5A in an Indian reserve on Vancouver Island pursuant to two Certificates of Possession issued under section 20 of the Act. Being shareholders of a corporation called Clydesdale Estate Holdings Ltd., they intended to develop, through it, a manufactured home park on Lot 5A for the use of non-Indians. Following Band meetings in 1995, they were advised to put their proposal on hold. Contrary to that advice, they arranged to have 25 manufactured homes placed on Lot 5A, between December 1995 and the end of January 1996. On May 1, 1997, a lease was issued to Clydesdale Estate Holdings Ltd. retroactively from April 1, 1996 for a term of 18 months. The appellants, who were at the relevant times Chief and Council of the Tsartlip Indian Band, submitted that the Minister, in the exercise of his discretion under subsection 58(3), failed to take the Band's concerns into consideration and that as a result his decision was unreasonable. Two main issues were raised on appeal: (1) whether the Crown owed a fiduciary obligation to the Indian band and what is the standard of review for decisions made by the Minister under subsection 58(3) of the Act; (2) whether the decision was reasonable.

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) This Court has already ruled that the Crown, when acting under subsection 58(3) of the Act, has no fiduciary obligation to an Indian band. In the present case as well, there was no authority for the proposition that there exists a fiduciary duty either to the band or to a member of the band or to both in cases of management by the Minister of land in a reserve. The Minister had no interest in the outcome of his decision. Whatever the decision, the lands will remain lands on the reserve. There was no adversarial relationship between the Crown and the band as a whole or the member of the band, and no legitimate public purpose to be advanced by the Minister which would be adverse to the interest of the Aboriginal people. The very remedy sought by the Band Council, namely a declaration that the lease is null and of no effect, is not a remedy available to sanction a breach of the fiduciary duty. The approach already followed in administrative law when competing interests are at issue before a decision maker is whether the Minister weighed the respective views of the persons affected by the decision and did so on the basis of proper considerations. As to the appropriate standard of review for decisions made under subsection 58(3) of the Act, there are four factors affecting the determination of that standard as outlined by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan*.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre la décision de la Section de première instance qui a confirmé la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de louer une partie d'une terre d'une réserve indienne en vertu du paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens*. Les occupants, tous membres de la bande indienne Tsartlip, avaient le droit exclusif de possession et d'occupation des lots 5 et 5A d'une réserve indienne situés sur l'île de Vancouver en vertu de deux certificats de possession délivrés aux termes de l'article 20 de la Loi. Étant actionnaires d'une société du nom de Clydesdale Estate Holdings Ltd., ils visaient à établir, par le biais de cette dernière, un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur le lot 5A. Suivant des réunions de la bande en 1995, on leur a conseillé de surseoir à l'exécution de leur projet. Contrairement à ce conseil, ils ont fait installer 25 maisons préfabriquées sur le lot 5A entre décembre 1995 et la fin de janvier 1996. Le 1<sup>er</sup> mai 1997, un bail a été octroyé à Clydesdale Estate Holdings Ltd. rétroactivement au 1<sup>er</sup> avril 1996 pour une période de 18 mois. Les appelants, qui étaient à l'époque pertinente chef et membres du conseil de la bande indienne Tsartlip, ont soutenu que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 58(3), le ministre n'avait pas tenu compte des inquiétudes de la bande et que sa décision était donc déraisonnable. Deux questions principales ont été soulevées en appel: 1) la Couronne a-t-elle une obligation fiduciaire envers la bande indienne et quelle est la norme de contrôle des décisions prises par le ministre en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi? 2) la décision était-elle raisonnable?

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

1) La Cour a décidé antérieurement que la Couronne n'avait aucune obligation fiduciaire envers une bande indienne lorsqu'elle exerçait le pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 58(3) de la Loi. On n'a pas non plus cité d'arrêt dans la présente affaire à l'appui de la proposition qu'il y a une obligation fiduciaire envers la bande ou un membre de la bande, ou envers les deux, dans la gestion des terres d'une réserve par le ministre. Le ministre n'avait pas d'intérêt à défendre dans sa décision. Quelle que soit cette décision, les terres resteront des terres sur la réserve. Il n'y avait pas de relation conflictuelle entre la Couronne et la bande dans son ensemble ou un des membres de la bande, ni d'intérêt public légitime que le ministre doit défendre qui serait contraire à l'intérêt des peuples autochtones. La réparation recherchée par le conseil de bande, à savoir un jugement déclarant que le bail est nul et sans effet, ne peut s'appliquer pour sanctionner la violation d'une obligation fiduciaire. L'approche adoptée en droit administratif lorsque des intérêts conflictuels doivent être tranchés par un décideur consiste à déterminer si le ministre a pondéré les points de vue respectifs des personnes touchées par la décision et s'il l'a fait en se fondant sur les facteurs appropriés. Relativement à la norme de contrôle appropriée des décisions prises en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi, quatre

Those factors are the privative clauses, the expertise of the decision maker, in this case the Minister, the purpose of the Act as a whole and the provision in particular and finally the nature of the problem (whether relating to a question of law or fact). Taking these factors into account, the Court concluded that considerable deference should be accorded the Minister and that the appropriate standard of review is that of reasonableness.

(2) The Minister, in deciding whether to lease or not, had a double duty, one to the individual holding the Certificate of Possession, the other to the band. The question is then what considerations in a given case should lead the Minister to exercise his discretion in favour of one rather than the other. The *Indian Act* is very much band-oriented where the use of lands in a reserve is at issue. The intent of Parliament was to require the consent of the band council whenever a non-member of the band, and even more so a non-Indian, is to exercise any right on a reserve for a period longer than one year. The mere fact that the Band has originally agreed to permit a locatee to occupy and use a lot on the reserve could not mean that the Band has implicitly abandoned the right it has under subsection 28(2) of the Act to control the use of the lot by a non-member of the Band. The Minister is bound to give more weight to the concerns of a band when dealing with a type of lease that would be subject to subsection 28(2). In this case, he failed to satisfy himself that the concerns of the Band with respect to the long-term development of a manufactured home subdivision were unwarranted or minimal. Those concerns were discarded without proper consideration. This was a fatal flaw in the Minister's decision. It was unreasonable for the Minister to rush to grant a lease, which was in any event retroactive, when the basic requirements for water and sewer services had not yet been met. The retroactivity of the lease in the circumstances of this case was another source of major concern. The Minister granted a lease that operated to the substantial detriment of the Band without proper consideration of the major concerns voiced by the Band. His decision was unreasonable.

facteurs touchent la détermination de cette norme, comme l'a exposé la Cour suprême du Canada dans *Pushpanathan*. Ces facteurs sont les clauses privatives, l'expertise du décideur, soit le ministre en l'espèce, l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause ainsi que la nature du problème (à savoir s'il s'agit d'une question de droit ou de fait). Tenant compte de ces facteurs, la Cour a conclu qu'il fallait faire preuve d'un niveau élevé de retenue judiciaire envers le ministre et que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable.

2) En décidant d'octroyer un bail ou non, le ministre avait une obligation double, l'une envers le titulaire du certificat de possession et l'autre envers la bande. La question est donc de savoir quels critères amèneront le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'une des parties plutôt que de l'autre. La *Loi sur les Indiens* protège vraiment les intérêts de la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve. L'intention du Parlement était d'exiger que le consentement du conseil de bande chaque fois qu'une personne non membre de la bande, et à plus forte raison un non-Indien, devait exercer un droit sur une réserve pendant une période de plus d'une année. Le simple fait qu'une bande ait donné son accord pour qu'une personne occupe et utilise un lot sur la réserve ne peut vouloir dire que la bande a abandonné implicitement le droit que lui reconnaît le paragraphe 28(2) de la Loi de contrôler l'utilisation que fait du lot une personne qui n'est pas membre de la bande. Le ministre est tenu de donner plus de poids aux inquiétudes de la bande si l'on se rapproche du genre de bail qui tomberait sous le coup du paragraphe 28(2). En l'espèce, il ne s'est pas assuré que les inquiétudes de la bande au sujet de l'installation à long terme d'un lotissement de maisons préfabriquées étaient injustifiées ou minimales. Ces inquiétudes ont été écartées sans examen réel. La décision du ministre souffrait donc d'un vice irrémédiable. Il était déraisonnable pour le ministre de procéder de façon aussi précipitée à l'octroi d'un bail, qui était de toute manière rétroactif, alors qu'on n'avait même pas encore satisfait aux conditions de base portant sur les services d'égouts et d'alimentation en eau. En l'espèce, l'octroi rétroactif du bail était une autre source majeure d'inquiétudes. Le ministre a octroyé un bail causant un préjudice substantiel à la bande sans avoir examiné de façon adéquate les principales inquiétudes exprimées par la bande. Sa décision était déraisonnable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 20(1),(2), 24, , 28, 37(2) ( as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2), 38(2) (as am. *idem*), 46(1), 58(3) (as am. *idem*, s. 8), 59(a) (as am. *idem*, s. 9), 60(1), 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15), 82.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*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. 35(1).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C., (1985), ch. I-5, art. 20(1),(2), 24, 28, 37(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2), 38(2) (mod., *idem*), 46(1), 58(3) (mod., *idem*, art. 8), 59a) (mod., *idem*, art. 9), 60(1), 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 15), 82.



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Boyer v. R.*, [1986] 2 F.C. 393; (1986), 26 D.L.R. (4th) 284; [1986] 4 C.N.L.R. 53; 65 N.R. 305 (C.A.); *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

## REFERRED TO:

*Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; (1997), 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision ((1998), 163 D.L.R. (4th) 353; [1999] 1 C.N.L.R. 258; 148 F.T.R. 142) upholding a decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development to grant a lease on an Indian reserve under subsection 58(3) of the *Indian Act* to develop a manufactured home park for the use of non-Indians. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Arthur Pape* for appellants.  
*Robert J. McDonell* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Pape & Salter*, Vancouver, for appellants.  
*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, for respondents.

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

[1] DÉCARY J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division reported at (1998), 163 D.L.R.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Boyer c. R.*, [1986] 2 C.F. 393; (1986), 26 D.L.R. (4th) 284; [1986] 4 C.N.L.R. 53; 65 N.R. 305 (C.A.); *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; (1997), 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1998), 163 D.L.R. (4th) 353; [1999] 1 C.N.L.R. 258; 148 F.T.R. 142), qui a confirmé la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien d'octroyer un bail sur une terre d'une réserve indienne en vertu du paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens* en vue de l'installation d'un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Arthur Pape* pour les appelants.  
*Robert J. McDonell* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Pape & Salter*, Vancouver, pour les appelants.  
*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cet appel porte sur un jugement publié de la Section de première instance;

(4th) 353. The issue is the extent of the consideration that should be given by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (the Minister) to the views and concerns of an Indian band when the Minister, under the authority of subsection 58(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 8] of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the Act), leases for the benefit of an Indian the land of which that Indian is lawfully in possession.

[2] The appellants were Chief and Council of the Tsartlip Indian Band (the Band) at the times relevant to this appeal. They submit that the Minister, in the exercise of his discretion under subsection 58(3), owes a fiduciary duty both to the Indian who makes the application for lease (the locatee) and to the band and must, absent the consent of the band council, seek to “accommodate” both the interests of the locatee and those of the band, failing which he should refuse the application for lease. The “accommodation”, presumably, is to occur through negotiation with the two adverse parties leading to a mutually acceptable compromise. In the alternative, the appellants submit that in the circumstances the Minister failed to take the Band’s concerns into consideration and that as a result his decision is unreasonable.

[3] The Minister relies on the decision of this Court in *Boyer v. R.*, [1986] 2 F.C. 393 (C.A) to deny that any fiduciary duty is owed to the Band and submits that the Minister’s discretion is to be directed to the interests of the locatee. The Minister does acknowledge that he must give some consideration to the views of the Band, but he argues that he is not obligated to give the Band the upper hand in its dispute and litigation with the locatee. In the Minister’s view, the real point to all the Band’s submissions is that the consent of the Band Council to the lease is required, the very argument that was dismissed by the Court in *Boyer*.

[4] The answer to these conflicting views in the circumstances of this case lies somewhere in between the two extremes: the solution, it seems to me, is short of a fiduciary duty but under administrative law principles, short of requiring the consent of the Band Council. The words “band”, “band council” and “chief

(1998), 163 D.L.R. (4th) 353. La question en litige est la suivante: dans quelle mesure le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre) doit-il prendre en considération les opinions et inquiétudes exprimées par une bande indienne lorsqu’il décide, en vertu du paragraphe 58(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 8] de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), de louer au profit d’un Indien la terre dont ce dernier a la possession légitime?

[2] À l’époque pertinente en l’instance, les appelants étaient le chef et le conseil de la bande indienne Tsartlip (la bande). Ils soutiennent que, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 58(3), le ministre a une obligation fiduciaire vis-à-vis l’Indien qui fait une demande de bail (l’occupant) et vis-à-vis la bande, et qu’en l’absence du consentement du conseil de bande, il doit chercher à «concilier» les intérêts de l’occupant ainsi que ceux de la bande, à défaut de quoi il doit refuser d’octroyer le bail. La «conciliation» serait vraisemblablement obtenue par la négociation entre les parties menant à un compromis. Subsidiairement, les appelants soutiennent qu’en l’instance, le ministre n’a pas tenu compte des inquiétudes de la bande et que sa décision est donc déraisonnable.

[3] S’appuyant sur la décision de la Cour dans *Boyer c. R.*, [1986] 2 C.F. 393 (C.A.), le ministre soutient qu’il n’a aucune obligation fiduciaire vis-à-vis la bande et que son pouvoir discrétionnaire doit jouer en faveur des intérêts de l’occupant. Le ministre reconnaît devoir tenir compte du point de vue de la bande, mais soutient ne pas avoir l’obligation de donner raison à la bande dans son litige avec l’occupant. Selon le ministre, les prétentions de la bande s’appuient sur la nécessité d’obtenir le consentement du conseil de la bande pour l’octroi du bail; or, c’est justement cet argument que la Cour a rejeté dans *Boyer*.

[4] La réponse à ces opinions contradictoires en l’instance se trouve quelque part entre les deux extrêmes. À mon avis, la solution ne va pas jusqu’à créer une obligation fiduciaire et, selon les principes de droit administratif, elle ne va pas jusqu’à exiger le consentement du conseil de bande. Dans les présents

and council” are used interchangeably throughout these reasons as they are in the jurisprudence.

### Relevant Statutory Provisions

[5] It will be useful at this stage to reproduce the text of the provision at issue, i.e. subsection 58(3):

58. . . .

(3) The Minister may lease for the benefit of any Indian, on application of that Indian for that purpose, the land of which the Indian is lawfully in possession without the land being designated.

as well as the text of other provisions I will be referring to in the course of these reasons, i.e. subsections 20(1) and (2), sections 24, 28, subsections 37(2) [as am. *idem*, s. 2], 38(2) [as am. *idem*], 46(1), paragraph 59(a) [as am. *idem*, s. 9] and subsection 60(1):

20. (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

(2) The Minister may issue to an Indian who is lawfully in possession of land in a reserve a certificate, to be called a Certificate of Possession, as evidence of his right to possession of the land described therein.

. . .

24. An Indian who is lawfully in possession of lands in a reserve may transfer to the band or another member of the band the right to possession of the land, but no transfer or agreement for the transfer of the right to possession of lands in a reserve is effective until it is approved by the Minister.

. . .

28. (1) Subject to subsection (2), any deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind, whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

. . .

motifs, comme dans la jurisprudence, les termes «bande», «conseil de bande» et «chef et conseil» sont utilisés indifféremment pour véhiculer la même notion.

### Les dispositions légales pertinentes

[5] Il est utile de reproduire ici le texte de la disposition en cause, soit le paragraphe 58(3):

58. [ . . ]

(3) Le ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit désignée.

ainsi que le texte des autres dispositions auxquelles je me reporterai dans les présents motifs, soit les paragraphes 20(1) et (2), les articles 24 et 28, les paragraphes 37(2) [mod., *idem*, art. 2], 38(2) [mod., *idem*], 46(1), l’alinéa 59a) [mod., *idem*, art. 9] et le paragraphe 60(1):

20. (1) Un Indien n’est légalement en possession d’une terre dans une réserve que si, avec l’approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

(2) Le ministre peut délivrer à un Indien légalement en possession d’une terre dans une réserve un certificat, appelé certificat de possession, attestant son droit de posséder la terre y décrite.

[ . . ]

24. Un Indien qui est légalement en possession d’une terre dans une réserve peut transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de la terre, mais aucun transfert ou accord en vue du transfert du droit à la possession de terres dans une réserve n’est valable tant qu’il n’est pas approuvé par le ministre.

[ . . ]

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d’une bande est censé permettre à une personne, autre qu’un membre de cette bande, d’occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(2) Le ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d’un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

[ . . ]

37. . . .

(2) Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased nor an interest in them granted until they have been surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(2) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. . . .

(2) A band may, conditionally or unconditionally, designate, by way of a surrender to Her Majesty that is not absolute, any right or interest of the band and its members in all or part of a reserve, for the purpose of its being leased or a right or interest therein being granted.

. . .

46. (1) The Minister may declare the will of an Indian to be void in whole or in part if he is satisfied that

. . .

(d) the will purports to dispose of land in a reserve in a manner contrary to the interest of the band or contrary to this Act;

. . .

59. The Minister may, with the consent of the council of a band,

(a) reduce or adjust the amount payable to Her Majesty in respect of a transaction affecting absolutely surrendered lands, designated lands or other lands in a reserve or the rate of interest payable thereon; and

. . .

60. (1) The Governor in Council may at the request of a band grant to the band the right to exercise such control and management over lands in the reserve occupied by that band as the Governor in Council considers desirable.

### The Facts

[6] The respondents Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen and George Wilson (the locatees) are all members of the Tsartlip Indian Band. They share the right to possession of lots 5 and 5A in the South Saanich Indian Reserve No. 1 (the reserve) on Vancouver Island, pursuant to two Certificates of Possession issued under section 20 of the *Indian Act*. These Certificates were issued to the locatees by the Band with the approval of the Minister. They give the locatees rights of exclusive

37. [. . .]

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail ou faire l'objet d'un démembrement que si elles sont cédées conformément au paragraphe 38(2) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. [. . .]

(2) Aux fins de les donner à bail ou de les démembrer, une bande peut désigner par voie de cession à Sa Majesté, avec ou sans conditions, autre qu'à titre absolu, tous droits de la bande, et ceux de ses membres, sur tout ou partie d'une réserve.

[. . .]

46. (1) Le ministre peut déclarer nul, en totalité ou en partie, le testament d'un Indien, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes:

[. . .]

(d) le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi;

[. . .]

59. Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut:

a) réduire ou ajuster le montant payable à Sa Majesté à l'égard de toute opération touchant des terres cédées à titre absolu, des terres désignées ou toute autre terre située dans une réserve, ou le taux d'intérêt payable à cet égard;

[. . .]

60. (1) À la demande d'une bande, le gouverneur en conseil peut lui accorder le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve qu'elle occupe, le contrôle et l'administration qu'il estime désirables.

### Les faits

[6] Les intimés Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen et George Wilson (les occupants), sont tous membres de la bande indienne Tsartlip. Ils détiennent collectivement le droit d'occuper les lots 5 et 5A de la réserve indienne n° 1 de South Saanich (la réserve), sur l'île de Vancouver, par suite de deux certificats de possession délivrés en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. Ces certificats ont été délivrés aux occupants par la bande, avec l'approbation du ministre. Ils leur donnent le

possession and occupation of the lots. The locatees are also shareholders of the respondent Clydesdale Estate Holdings Ltd. (Clydesdale Estate).

[7] The locatees intended to develop through Clydesdale Estate a manufactured home park on Lot 5A for the use of non-Indians. They came to the Band Council on July 27, 1995. Band Council members advised them of problems associated with such a proposal, including the shortage of land for Band members' own housing, limits on the reserve's water and sewer capacity, the need for overall land-use planning on the reserve, the dangers of setting a precedent with such developments on Certificate of Possession lands, and the longstanding opposition of Band members to this particular type of commercial development on their reserve.

[8] The locatees were advised to bring the matter to a Band meeting scheduled for August. They attended the Band meeting on August 9, 1995 and another Band Council meeting on September 14, 1995. They were advised not to proceed.

[9] Later on, first by a letter from Chief and Council dated October 4, 1995, then at a meeting of the Council on October 23, 1995, then by another letter of a newly elected Band Council on November 9, 1995 and finally at a meeting of that new Band Council on November 30, 1995, they were advised to put their proposal on hold.

[10] Contrary to this consistent advice, the locatees arranged to have 25 manufactured homes placed on Lot 5A, between December 1995 and the end of January 1996. The homes were placed without any permit or lease being granted under the Act, or any authorization for the storage, treatment or discharge of sewage. This type of arrangement does not appear to be unusual on a reserve; it is an unauthorized arrangement referred to as a buckshee arrangement. The uncontradicted evidence is to the effect that Clydesdale Estate was leasing or intending to lease the homes to non-Natives (see, *infra*, paragraph 58).

droit exclusif de possession et d'occupation des lots. Les occupants sont aussi actionnaires de l'intimée Clydesdale Estate Holdings Ltd. (Clydesdale Estate).

[7] L'intention des occupants était d'installer, par le biais de Clydesdale Estate, un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur le lot 5A. Ils ont rencontré le conseil de bande le 27 juillet 1995. Les membres du conseil de bande ont fait état des problèmes liés à cette idée, notamment: la pénurie de terrains pour le logement des membres de la bande eux-mêmes, la capacité limitée de la réserve en alimentation d'eau et en égouts, la nécessité de planifier de façon globale l'utilisation des terres de la réserve, les dangers de créer un précédent en autorisant de tels lotissements sur les terres détenues en vertu de certificats de possession, et l'opposition traditionnelle des membres de la bande à ce type de lotissement commercial sur la réserve.

[8] On a suggéré aux occupants de soulever la question à une réunion de la bande prévue en août. Ils ont assisté à la réunion de la bande du 9 août 1995 ainsi qu'à une autre réunion, tenue le 14 septembre 1995. On leur a conseillé de ne pas donner suite à leur projet.

[9] Par la suite, on leur a conseillé de surseoir à l'exécution de leur projet, d'abord dans une lettre du chef et du conseil datée du 4 octobre 1995, ensuite lors d'une réunion du conseil le 23 octobre 1995, par une lettre du conseil de bande nouvellement élu le 9 novembre 1995, et finalement lors d'une réunion du nouveau conseil de bande le 30 novembre 1995.

[10] Nonobstant ces avis convergents, les occupants ont fait installer 25 maisons préfabriquées sur le lot 5A entre le mois de décembre 1995 et la fin de janvier 1996. Ces maisons ont été installées sans qu'il y ait eu délivrance de permis ou de bail en vertu de la Loi, ainsi que sans autorisation quant à l'emmagasinement, le traitement ou le déversement des eaux usées. Ce genre de situation ne semble pas être inhabituel sur les réserves; c'est une forme d'occupation non autorisée connue sous le nom d'entente buckshee. La preuve non contredite indique que Clydesdale Estate louait ou voulait louer les maisons en question à des non-Indiens (voir plus loin, au paragraphe 58).

[11] In early February 1996, a relative of one of the locatees contacted Mr. Gailus, a senior land management and leasing officer with the Department of Indian Affairs and Northern Development (the Department). The relative was requesting a meeting to discuss the procedure for leasing land under subsection 58(3) of the Act.

[12] On February 15, 1996, Mr. Gailus met with the locatees and their legal counsel. The locatees advised Mr. Gailus that they wished to bring the development into compliance with the Act through a lease agreement with Clydesdale Estate under subsection 58(3). They also advised Mr. Gailus that the Chief and Council of the Band opposed the development of a manufactured home park on lots 5 and 5A. The locatees were then given materials which outline the necessary procedures for leasing locatee land.

[13] On March 19, 1996, counsel for the Band reminded Mr. Gailus of the Band's understanding that the Department's policy "is not to approve any application for development on reserve land without having first obtained the consent of the Council" and advised Mr. Gailus "that the Band wishes to be involved in the processing of this proposed development application" (A.B., Vol. 3, at page 570).

[14] On March 21, 1996, Mr. Gailus assured the Band that all factors, including the views of the Band Council, would be examined in determining whether to approve the application for lease.

[15] On April 3, 1996, the locatees filed their application for lease, noting that the lease was to commence April 5, 1996.

[16] On April 23, 1996, the Band Council adopted a resolution requesting the Department "to act in their legal capacity to have this mobile home park development stopped and forthwith removed from the Tsartlip Reserve" (A.B., Vol. 3, at page 588). The Band Council met the next day with Mr. Montour, the Department's Associate Regional Director of the B.C.

[11] Au début de février 1996, le parent d'un des occupants est entré en contact avec M. Gailus, agent principal de la gestion et de la location des terres du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le Ministère). Cette personne désirait organiser une réunion pour discuter de la procédure à suivre pour octroyer un bail en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi.

[12] Le 15 février 1996, M. Gailus a rencontré les occupants et leur avocat. Les occupants ont indiqué à M. Gailus qu'ils voulaient rendre leur lotissement conforme à la Loi par le biais d'une entente de location avec Clydesdale Estate, conclue en vertu du paragraphe 58(3). Ils ont aussi informé M. Gailus que le chef et le conseil de bande s'opposaient au projet d'installer un lotissement de maisons préfabriquées sur les lots 5 et 5A. On a alors remis aux occupants la documentation qui indique la procédure à suivre pour louer les terres en question.

[13] Le 19 mars 1996, l'avocat de la bande a rappelé à M. Gailus qu'à leur avis, la politique du Ministère était [TRADUCTION] «de ne pas approuver une demande de lotissement sur les terres de la réserve sans avoir d'abord obtenu le consentement du conseil». Il a déclaré à M. Gailus que [TRADUCTION] «la bande désire participer à l'examen de la demande de lotissement» (D.A., vol. 3, à la page 570).

[14] Le 21 mars 1996, M. Gailus a confirmé à la bande que tous les facteurs en cause, y compris le point de vue du conseil de bande, seraient examinés avant qu'il ne soit décidé d'approuver ou non la demande d'octroi d'un bail.

[15] Le 3 avril 1996, les occupants ont déposé leur demande de bail, indiquant que l'entrée en vigueur était prévue pour le 5 avril 1996.

[16] Le 23 avril 1996, le conseil de bande a adopté une résolution demandant au Ministère [TRADUCTION] «d'utiliser son autorité en vertu de la loi pour arrêter l'installation de maisons préfabriquées et les faire enlever de la réserve Tsartlip» (D.A., vol. 3, à la page 588). Le lendemain, le conseil de bande a rencontré le directeur régional adjoint du Ministère

Region.

[17] On May 6, 1996, Mr. Gailus wrote to the Band Council, stating his understanding “that there had been an on-going dispute between Chief and Council and the locatees” regarding the development and suggesting “that all the parties meet in person . . . in order that you might make representations regarding any concerns which you have with this proposal” (A.B., Vol. 3, at page 590).

[18] On May 23, 1996, the Band Council wrote to the Minister directly, apprising him of its opposition to the development.

[19] On July 16, 1996, the Minister, in his reply to the May 23, 1996, letter, acknowledged that “[i]n determining whether to enter into a lease with a developer, my department must examine all legitimate concerns, including those of Chief and Council” (A.B., Vol. 2, at page 343).

[20] Throughout this period, extensive work, study and analysis was dedicated by the Department to the lease and to the development generally and, in particular, to the environmental issues of sewer and water services. Officials of the Department continuously corresponded with the Band Council keeping it abreast of all developments and seeking its input.

[21] In the second week of November 1996, the locatees cleared brush and trees from Lot 5 and constructed a new gravel road into the property. This was done without any notice to the Band Council or any authorization under the Act.

[22] On December 5, 1996, the Band Council wrote again to Mr. Gailus, requesting that no leases be signed without its consent (A.B., Vol. 3, at page 683).

[23] Starting in November, 1996, the Band Council took steps to develop a zoning by-law that would

pour la région de la Colombie-Britannique, M. Montour.

[17] Le 6 mai 1996, M. Gailus a écrit au conseil de bande, indiquant qu’il était informé [TRADUCTION] «qu’il y avait un différend entre les chef et conseil d’une part et les occupants d’autre part», au sujet du lotissement et suggérant que [TRADUCTION] «toutes les parties se rencontrent [. . .] afin que vous puissiez présenter vos inquiétudes face à ce projet» (D.A., vol. 3, à la page 590).

[18] Le 23 mai 1996, le conseil de bande a écrit directement au ministre pour l’informer qu’il s’opposait à ce lotissement.

[19] Dans sa réponse du 16 juillet 1996 à la lettre du 23 mai, le ministre a déclaré [TRADUCTION] «qu’en cherchant à déterminer s’il y a lieu de signer un bail avec le promoteur, le Ministère doit examiner toutes les inquiétudes légitimes, y compris celles du chef et du conseil» (D.A., vol. 2, à la page 343).

[20] Tout au long de cette période, le Ministère a fait des travaux, des études et des analyses importantes au sujet du bail ainsi que du lotissement, portant notamment sur les questions environnementales liées aux services d’eau et d’égouts. Les fonctionnaires du Ministère ont correspondu de façon continue avec le conseil de bande, afin de l’informer de la progression du dossier et d’obtenir sa participation.

[21] Durant la deuxième semaine de novembre 1996, les occupants ont défriché le lot 5 et ont construit une nouvelle route de gravier pour accéder à la propriété. Ces travaux ont été faits sans aucun préavis au conseil de bande et sans aucune autorisation en vertu de la Loi.

[22] Le 5 décembre 1996, le conseil de bande a écrit à nouveau à M. Gailus pour lui demander de ne signer aucun bail sans son consentement (D.A., vol. 3, à la page 683).

[23] Dès novembre 1996, le conseil de bande a pris des mesures pour rédiger un règlement de zonage afin

ensure the orderly and well-planned development of the reserve. The Band Council had been advised for some 15 years by Department officials and various consultants that that would be the best way to proceed, but until then the Band Council had resisted the idea, being of the view, as was expressed by Chief Simon Smith at a meeting held on November 30, 1995, that “we do not have to have a by-law, we trust people and respect the land” (A.B., Vol. 2, at page 330).

[24] The Minister not having assisted in the removal of the unauthorized development when requested, the Band Council approved a zoning by-law on December 23, 1996, pursuant to section 81 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15] of the Act. The by-law was not disallowed by the Minister and therefore, pursuant to section 82 of the Act, it became legally effective on January 31, 1997 (A.B., Vol. 2, at page 429).

[25] The by-law essentially designates the reserve as a Special Development Zone, and prohibits the use or development of reserve land for commercial activities that would substantially change or impact on land in the reserve, unless the Band Council approves such use or development as an appropriate use of land, with or without terms and conditions, after receiving an application from the proponent and advice from a Zoning Advisory Committee. The by-law provides, *inter alia*, for non-conforming uses: a use of land that was lawful when the by-law came into force could be continued as a non-conforming use (A.B., Vol. 2, at page 427).

[26] There has been no legal challenge to the by-law. It is understood that “[t]he coming into force of [the] by-law pursuant to section 82 of the *Indian Act* is not an expression of opinion by the Minister that the by-law is valid” (A.B., Vol. 2, at page 430).

[27] The locatees did not apply for or receive approval under the by-law for their development.

que les travaux de mise en valeur sur la réserve se fassent de façon ordonnée et planifiée. Il y avait déjà une quinzaine d’années que les fonctionnaires du Ministère et divers consultants avaient prévenu le conseil de bande que c’était là la meilleure façon d’agir. Le conseil de bande n’avait pas voulu donner suite à cette idée jusqu’alors, étant d’avis, comme l’a déclaré le chef Simon Smith lors d’une réunion tenue le 30 novembre 1995, que [TRADUCTION] «nous n’avons pas besoin d’un règlement, car nous faisons confiance aux gens et respectons la terre» (D.A., vol. 2, à la page 330).

[24] Comme le ministre n’avait pas procédé au démantèlement du lotissement non autorisé lorsqu’on le lui a demandé, le conseil de bande a adopté un règlement de zonage le 23 décembre 1996, en vertu de l’article 81 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 15] de la Loi. Comme ce règlement n’a pas été désavoué par le ministre, il est entré en vigueur le 31 janvier 1997, conformément à l’article 82 de la Loi (D.A., vol. 2, à la page 429).

[25] Pour l’essentiel, le règlement transforme la réserve en zone spéciale de développement, et il interdit le lotissement des terres de la réserve à des fins commerciales lorsque cela aurait des conséquences importantes sur les terres de la réserve, sauf si le conseil de bande considère qu’un tel lotissement est une utilisation appropriée des terres et l’approuve, avec ou sans conditions, après avoir reçu une demande du promoteur, ainsi que l’avis de son comité consultatif de zonage. Le règlement prévoit aussi certaines utilisations non conformes, notamment celles qui étaient autorisées au moment où le règlement est entré en vigueur (D.A., vol. 2, à la page 427).

[26] Personne n’a contesté la validité du règlement. On doit comprendre que [TRADUCTION] «l’entrée en vigueur du règlement, conformément à l’article 82 de la *Loi sur les Indiens*, ne constitue pas un avis du ministre quant à sa validité» (D.A., vol. 2, à la page 430).

[27] Les occupants n’ont ni sollicité ni obtenu une approbation pour leur lotissement en vertu du règlement.



[28] On March 21, 1997, the Band Council wrote to the Department summarizing the reasons why a lease should not be issued for the development:

First, the proponent have no secure arrangements in place for water or sewer services:

(1) As Wright Parry pointed out in the Report prepared for the Band, the proposed sewer treatment system is not acceptable: their conclusion of this agrees with the conclusion reached DPW officials.

(2) Wright Parry have also said that it would not be prudent to agree to a long-term connection to the Band's water system until we are certain that this will not increase existing problem, including the dangerously low pressure in some parts of the reserve. Therefore we will be writing to the proponents next week, advising them when they will be disconnected from the Band's water system. The proponents have no alternatives source of safe or reliable water.

(3) The proponents have not provided a detailed or reliable proposal for dealing with storm water disposal.

Second, in considering the requested lease, DIAND should be balancing whatever duty it owes to the [Certificate of Possession] holders with its fiduciary duties to the Band as a whole. This development is contrary to the interests of the Band as a whole:

(1) The development will cause harm to neighboring parts of the reserve, because of sewage and runoff problems.

(2) The proponents have known from the beginning that they were going ahead contrary to the wishes of the community and the Chief and Council.

(3) This development is not consistent with the Band's most recent proposed community plan. That plan is now being reviewed. This development is large, and will have a big impact on other parts of the reserve. It should not be authorized until it is clear that it is consistent with sound planning and management of the reserve as a whole.

(4) DIAND has for years been suggesting that the Band should be involved in planning and land management decisions for our reserve, through by-laws. We now have the Tsartlip Zoning By-law in place, which establishes a way to ensure that proposals like this one will be consistent with the interest of the whole Band. The proponents have not made application or received approval as required by that by-law. We want DIAND to respect and support our by-law.

[28] Le 21 mars 1997, le conseil de bande a écrit au Ministère pour résumer les motifs justifiant le refus d'octroyer un bail pour le lotissement en cause:

[TRADUCTION] Premièrement, le promoteur n'a pris aucune disposition sérieuse pour les services d'eau et d'égout:

1) Comme l'indique Wright Parry dans le rapport qu'il a préparé pour la bande, le système de traitement des eaux usées proposé n'est pas acceptable. Cette conclusion recoupe celle à laquelle sont arrivés les fonctionnaires du MTP.

2) Wright Parry a aussi déclaré qu'il ne serait pas prudent d'autoriser un raccordement à long terme au système d'alimentation en eau de la bande, à moins d'être certain que ceci n'aggraverait pas les problèmes existants, y compris la pression dangereusement basse dans certaines parties de la réserve. Par conséquent, nous allons écrire aux promoteurs la semaine prochaine, leur indiquant à quelle date nous allons mettre fin à leur raccordement au système d'alimentation en eau de la bande. Les promoteurs n'ont aucune autre source fiable d'eau potable à leur disposition.

3) Les promoteurs n'ont pas fourni un projet détaillé ou fiable visant la disposition des eaux pluviales.

Deuxièmement, dans son examen de la demande de bail, le MAINC devrait pondérer son obligation vis-à-vis les détenteurs des certificats de possession avec son obligation fiduciaire envers la bande dans son ensemble. Ce lotissement va à l'encontre des intérêts de la bande dans son ensemble:

1) Le lotissement va causer des dommages aux parties adjacentes de la réserve, à cause des problèmes liés au traitement des eaux usées et au ruissellement.

2) Les promoteurs savent depuis le début que leur projet est contraire aux souhaits de la communauté, ainsi qu'à ceux du chef et du conseil.

3) Ce lotissement ne cadre pas avec le récent plan communautaire proposé pour la bande. Ce plan est actuellement en voie de révision. Ce lotissement est grand, et il aura un impact important sur d'autres parties de la réserve. On ne devrait pas l'autoriser à moins qu'il ne soit clair qu'il cadre avec une planification et une gestion saine visant toute la réserve.

4) Pendant des années, le MAINC a suggéré à la bande de s'impliquer dans la planification et la gestion des terres de la réserve en adoptant des règlements. Nous avons maintenant un règlement de zonage de la réserve Tsartlip, règlement qui permet d'assurer que des propositions de ce type cadrent avec les intérêts de toute la bande. Les promoteurs n'ont pas fait la demande et ils n'ont pas obtenu l'autorisation exigée par ce règlement. Nous voulons que le MAINC respecte et appuie notre règlement.

(5) These last two matters are of special importance because our reserve was set aside under Treaty, as the village for the use of our Band's members.

Third, this whole development is the subject of litigation. An interlocutory injunction has been granted, but temporarily suspended. We suggest that DIAND should not consider granting a lease now, while this matter is before the Court, because the Band is asking the Supreme Court of British Columbia to grant a permanent injunction. [A.B., Vol. 2, at pp.485-486.]

[29] On April 10, 1997, the Department replied to the March 21, 1997, letter in the following terms:

Thank you for your letter of March 21, 1997 concerning the proposed lease of Lots 5 and 5A. Block 6 on the South Saanich reserve. We have read with interest the comments received from Wright Parry and will incorporate these comments and concerns into our assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act (CEAA)*.

In relation to the servicing issues raised in your letter, I have the following comments:

- 1) The proponent has submitted a modified proposal which has addressed those concerns outlined in the correspondence received from our engineers in Public Works. DIAND has proposed that the proponent demonstrate the feasibility of the proposed sewage treatment system prior to any decision regarding issuance of a permit under the *Indian Reserve Waste Disposal Regulations (IRWDR)*. I enclose for your reference, copies of subsequent correspondence related to that proposal.
- 2) In regard to water servicing issue, the proponents have been advised that it is their responsibility to ensure that potable water is provided to the subject site. Investigations have been carried out at the site, and have found sufficient water pressure. Our engineers are of the view that the addition of 41 manufactured homes to the Tsartlip band system would not lead to an increase in an already existing problem.
- 3) The issue of stormwater disposal also has been addressed. The proponents have presented a concept for dealing with increased stormwater which may result from their development. Before DIAND will execute a lease, as a matter of practice, we do not require a detailed plans. Detailed plans are however necessary prior to DIAND consenting to construction of such works.

I have difficulty accepting your premise that this development would be detrimental to the band as a whole. Section 58(3) of the *Indian Act* clearly allows the holder of a

5) Ces deux questions sont d'une grande importance, étant donné que notre réserve a été établie en vertu d'un traité comme le lieu de résidence des membres de la bande.

Troisièmement, ce lotissement fait l'objet d'un litige. L'injonction interlocutoire qui avait été accordée a été suspendue temporairement. Nous croyons que le MAINC ne devrait pas songer à octroyer un bail alors que la question est devant les tribunaux, la bande ayant demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'accorder une injonction permanente. [D.A., vol. 2, aux pp. 485 et 486.]

[29] Le 10 avril 1997, le ministère a répondu à la lettre du 21 mars 1997 de la façon suivante:

[TRADUCTION] Je vous remercie de votre lettre du 21 mars 1997 au sujet du bail proposé pour les lots 5 et 5A, bloc 6, de la réserve de South Saanich. C'est avec intérêt que nous avons pris connaissance des commentaires de Wright Parry et nous tiendrons compte de ces commentaires et inquiétudes dans notre évaluation menée en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE)*.

Quant aux questions que vous soulevez dans votre lettre au sujet des services, je veux faire les commentaires suivants:

- 1) Le promoteur a présenté un projet modifié qui tient compte des inquiétudes mentionnées dans la correspondance que nous avons reçue des ingénieurs de Travaux publics. Le MAINC a exprimé l'avis que le promoteur devait démontrer la faisabilité du système de traitement des eaux usées qu'il propose avant toute décision au sujet de la délivrance d'un permis en vertu du *Règlement sur la destruction des déchets dans les réserves indiennes (RDDRI)*. J'annexe à votre intention copie de la correspondance ultérieure au sujet de cette proposition.
- 2) Quant à la question de l'alimentation en eau, les promoteurs ont été informés qu'ils devaient assumer la responsabilité d'assurer l'alimentation en eau potable sur le site en question. Un examen mené sur les lieux a démontré qu'il y avait suffisamment de pression. Nos ingénieurs sont d'avis que l'ajout de 41 maisons préfabriquées au système de la bande indienne Tsartlip ne viendrait pas aggraver un problème existant.
- 3) La question de l'évacuation des eaux pluviales a aussi fait l'objet d'un examen. Les promoteurs ont présenté un concept pour faire face à l'augmentation des eaux pluviales qui pourrait résulter de leur lotissement. En général, le MAINC n'exige pas des plans détaillés avant d'octroyer un bail. Toutefois, de tels plans détaillés sont nécessaires avant que le MAINC n'autorise les travaux.

J'ai une certaine difficulté à accepter votre prémisse que ce lotissement serait contraire au bien-être général de la bande. Il est clair que le paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens*

certificate of possession to lease his land, without the consent of the Council of the band. Recent jurisprudence has upheld this right. However, as a matter of policy, DIAND has sought the input of the Chief and Council to the proposed development on reserve.

Although DIAND does not condone the actions of the locatees in constructing a part of the proposed leasehold without the consent of either the council of the day or the department, we are of the view that the alternatives to this project are untenable. Specifically, the removal of the current development or continued existence of this development without a lease in place are not viable options. It is not the policy of the department to dictate the removal of what is considered to be a "buckshee" arrangement, where those individuals present are there with the consent of the locatees.

The issuance of a lease represents a positive step to the department in the protection of the environment and the interests of the First Nation as a whole. In consideration of the issuance of the lease, the department has sought to ensure that the proponent has considered all environmental impacts of the proposed development, as well as the current development.

The department acknowledges that this project is not supported by the Chief and Council of the First Nation. However, the department has sought through an open environmental assessment process to consider and, where appropriate, to have the proponent address, the concerns raised by Chief and Council. These concerns will be addressed in our screening decision under CEEA.

In reference to your position regarding your by-law, the proponent has been made aware that its development may contravene the zoning by-law. However, I bring to your attention the fact that the proposed lease has always been contemplated to be April 1, 1996; which preceded the enactment of the by-law. Moreover, DIAND is not in a position to enforce a by-law enacted by a First Nation.

Finally, the issue of the Douglas Treaty has been raised. To apply the wording of the Douglas Treaty as widely as you propose would not allow any economic ventures on many of the reserves on Vancouver Island, and would in fact lead to a nullification of the four existing leases that are in place on the South Saanich reserve. It has been the policy of DIAND to interpret the Douglas Treaty liberally in order to allow for economic ventures on reserve, which could not have been foreseen in 1852. [A.B., Vol. 2, at pp. 487-488.]

[30] On May 1, 1997, the lease for lots 5 and 5A was issued to Clydesdale Estate. The lease was made

autorise le détenteur d'un certificat de possession à louer ses terres sans le consentement du Conseil de bande. La jurisprudence récente a confirmé ce droit. Toutefois, la politique du MAINC est d'obtenir le point de vue du chef et du conseil au sujet de tout lotissement proposé sur une réserve.

Bien que le MAINC n'appuie aucunement la construction par les occupants d'une partie du lotissement proposé sans le consentement du conseil d'alors ou du ministère, nous sommes d'avis que les options de rechange proposées ne sont pas envisageables. Notamment, les options de démantèlement du lotissement actuel ou son existence continue sans un bail ne nous semblent pas viables. Le Ministère n'a pas comme politique de dicter le démantèlement d'un lotissement en vertu d'une entente «buckshee», lorsque les personnes en cause ont le consentement des occupants.

Du point de vue du Ministère, la délivrance d'un bail est une étape positive dans la protection de l'environnement et des intérêts de la Première nation dans son ensemble. Comme condition de l'octroi du bail, le Ministère a cherché à s'assurer que le promoteur tienne compte de tous les effets environnementaux du lotissement actuel et proposé.

Le Ministère reconnaît que ce projet n'a pas l'appui du chef et du conseil de la Première nation. Toutefois, le Ministère a utilisé un processus d'évaluation environnementale ouvert pour examiner les inquiétudes présentées par le chef et le conseil et, au besoin, pour obtenir du promoteur qu'il en tienne compte. Ces inquiétudes seront prises en considération dans notre décision préliminaire en vertu de la LCEE.

Au sujet de la position que vous prenez par rapport à votre règlement, le promoteur a été informé que son lotissement pouvait contrevenir au règlement de zonage. Je veux toutefois attirer votre attention sur le fait qu'il a toujours été prévu que le bail en question entre en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1996, date qui est antérieure à l'adoption de votre règlement. De plus, le MAINC ne peut appliquer un règlement adopté par une Première nation.

Finalement, on a soulevé la question du traité Douglas. Si on devait interpréter les termes du traité Douglas aussi largement que vous le proposez, il ne pourrait y avoir aucune activité économique sur de nombreuses réserves de l'île de Vancouver et, en fait, il faudrait alors révoquer les quatre ententes de location qui existent présentement sur la réserve de South Saanich. Le MAINC a comme politique d'interpréter le traité Douglas assez largement afin de permettre la tenue d'activités économiques sur la réserve, qu'on n'aurait pas pu prévoir en 1852. [D.A., vol. 2, aux p. 487 et 488.]

[30] Un bail portant sur les lots 5 et 5A a été octroyé à Clydesdale Estate le 1<sup>er</sup> mai 1997. Le bail

to operate retroactively from April 1, 1996 and it was granted for a term of 18 months, expiring September 30, 1997 (A.B., Vol. 1, at page 52).

[31] Clauses 2.2 and 2.3 of the lease provide:

2.2 The Minister shall have the option to extend the term for a further period, if the Minister has determined that there is adequate sewer and water service available to the Premises.

2.3 If the Minister has determined there is adequate sewer and water service available to the Premises, the term of the Lease shall not exceed 24 years, 11 months and will expire on February 28, 2021. [A.B., Vol. 1, at p. 53.]

and Clause 12.6 requires the lessee,

. . . within ninety (90) days of the execution of this Lease, [to] provide the Minister with a detailed stormwater management plan. [A.B., Vol. 1, at p. 61.]

[32] The sole use under the lease is that permitted by Clause 4.1:

. . . the operation of a manufactured home park for residential single family dwelling. . . [A.B., Vol. 1, at p. 54.]

and Clause 14.1 ensures “compliance with laws” in the following terms:

The Lessee will at its expense observe and perform all of its obligations and all matters and things necessary or expedient to be observed or performed by it by virtue of any applicable law, statute, by-law, ordinance, regulation or lawful requirement of the federal, provincial or municipal government or authority, the Band Council or any public utility company lawfully acting under statutory power. [A.B., Vol. 1, at p. 62.]

#### Fiduciary obligation

[33] This Court, in *Boyer, supra*, has ruled that the Crown, when acting under subsection 58(3), is under no fiduciary obligation to the Band. The relevant passage from Marceau J.A.’s reasons is as follows (at pages 405-406):

entraint en vigueur rétroactivement le 1<sup>er</sup> avril 1996 et portait sur une période de 18 mois allant jusqu’au 30 septembre 1997 (D.A., vol. 1, à la page 52).

[31] Les clauses 2.2 et 2.3 du bail prévoient que:

[TRADUCTION]

2.2 Le ministre a l’option de prolonger le bail pour une période additionnelle, s’il est convaincu que les lieux sont pourvus de services d’égout et d’alimentation en eau adéquats.

2.3 Si le ministre est convaincu que les lieux sont pourvus de services d’égout et d’alimentation en eau adéquats, la durée totale du bail ne dépassera pas 24 ans et 11 mois, et il arrivera à échéance le 28 février 2021. [D.A., vol. 1, à la p. 53.]

La clause 12.6 prévoit que le titulaire du bail

[TRADUCTION] [. . .] devra fournir au ministre un plan détaillé pour la gestion des eaux pluviales, dans les quatre-vingt-dix (90) jours de la signature du bail. [D.A., vol. 1, à la p. 61.]

[32] La seule utilisation autorisée en vertu du bail est prévue à la clause 4.1:

[TRADUCTION] [. . .] l’exploitation d’un lotissement de maisons préfabriquées unifamiliales à des fins résidentielles [. . .] [D.A., vol. 1, à la p. 54.]

et la clause 14.1 assure de la façon suivante le «respect de la réglementation»:

[TRADUCTION] Le titulaire du bail devra assumer les frais liés au respect et à l’exécution de toutes ses obligations, et prendre toutes les mesures nécessaires ou utiles à leur respect et à leur exécution en vertu de toute loi, de tout règlement, de toute ordonnance ou de toute exigence légale imposée par les gouvernements fédéral, provinciaux ou municipaux, ainsi que par le conseil de bande ou par toute compagnie de services publics qui agit en vertu d’une loi. [D.A., vol. 1, à la p. 62.]

#### L’obligation fiduciaire

[33] Dans *Boyer*, précité, la Cour a jugé que la Couronne n’était soumise à aucune obligation fiduciaire envers la bande lorsqu’elle exerçait le pouvoir conféré par le paragraphe 58(3). Le passage pertinent des motifs du juge Marceau, J.C.A. est rédigé comme suit (aux pages 405 et 406):

I will say first that I have some difficulty in understanding how that submission can have a real role to play in the context of the action as instituted. The relief sought is not damages but a declaration that the lease is null and of no effect. I fail to see how the breach of a fiduciary duty on the part of the Minister in entering into a contract could have the effect of nullifying the contract itself when all legal requirements for its execution have been complied with. But in any event, I simply do not think that the Crown, when acting under subsection 58(3), is under any fiduciary obligation to the Band. The *Guerin* case was concerned with unallotted reserve lands which had been surrendered to the Crown for the purpose of a long term lease or a sale under favourable conditions to the Band, and as I read the judgment it is because of all of these circumstances that a duty, in the nature of a fiduciary duty, could be said to have arisen: indeed, it was the very interest of the Band with which the Minister had been entrusted as a result of the surrender and it was that interest he was dealing with in alienating the lands. When a lease is entered into pursuant to subsection 58(3), the circumstances are different altogether: no alienation is contemplated, the right to be transferred temporarily is the right to use which belongs to the individual Indian in possession and no interest of the Band can be affected (I repeat that of course I am talking about interest in a technical and legal sense; it is obvious that morally speaking the Band may always be concerned by the behaviour and attitude of its members). In my view, when he acts under subsection 58(3), the duty of the Minister is, so to speak, only toward the law: he cannot go beyond the power granted to him, which he would do if, under the guise of a lease, he was to proceed to what would be, for all practical purposes, an alienation of the land (certainly not the case here, the lease being for a term of 21 years with no special renewal clause); and he cannot let extraneous consideration enter into the exercise of his discretion, which would be the case if he was to take into account anything other than the benefit of the Indian in lawful possession of the land and at whose request he is acting. The duty of the Minister is simply not toward the Band. [My emphasis.]

[34] Counsel for the appellants was unable to refer the Court to any authority for his proposition that there exists a fiduciary duty, either to the band or to a member of the band or to both in cases concerning the management by the Minister of land in a reserve. Although the courts, and notably the Supreme Court of Canada, have made wide-ranging pronouncements regarding the special trust relationship between the

Je dirai tout d'abord que je saisis difficilement la pertinence réelle de cet argument dans le contexte de l'action telle qu'intentée. Le remède recherché ne consiste pas en une condamnation à des dommages-intérêts mais en un jugement déclaratoire portant que le bail est nul et ne doit avoir aucun effet. Je ne vois pas de quelle façon le manquement du Ministre à ses obligations de fiduciaire dans la conclusion d'un contrat rendrait nul le contrat lui-même alors que toutes les exigences juridiques relatives à sa passation ont été remplies. Quoi qu'il en soit, je ne crois tout simplement pas que la Couronne soit soumise à des obligations de fiduciaire lorsqu'elle exerce le pouvoir conféré par le paragraphe 58(3). Dans l'affaire *Guerin*, il était question de terrains non attribués faisant partie d'une réserve, terrains qui avaient été cédés à la Couronne afin qu'elle consente à leur sujet un bail à long terme ou vende ces terrains à des conditions favorables à la bande. Selon mon interprétation du jugement, c'est à cause de toutes ces circonstances qu'il a pu être dit qu'une obligation de caractère fiduciaire était née: en effet, l'intérêt même de la bande avait été confié au Ministre lors de la cession des terrains et était en jeu au moment de leur aliénation. Lorsqu'un bail est consenti en vertu du paragraphe 58(3), les circonstances sont entièrement différentes: aucune aliénation n'est envisagée et le droit qui sera transféré temporairement est le droit à l'usage d'un terrain, droit qui appartient individuellement à l'Indien qui en a possession, et aucun intérêt de la bande ne peut être touché (je répète qu'il va de soi que l'intérêt dont je parle ici a un sens technique et juridique; il est évident que, sur le plan moral, la bande peut toujours être concernée par le comportement et l'attitude de ses membres). Selon moi, l'obligation du Ministre, lorsqu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 58(3), se limite, pour ainsi dire, à ce que prévoit la loi: il ne peut excéder le pouvoir qui lui est conféré, ce qu'il ferait si, sous le couvert d'un bail, il procédait à ce qui constituerait, à toutes fins pratiques, une aliénation du terrain (ce n'est certainement pas le cas en l'espèce puisque la durée prévue pour le bail est de 21 ans et que celui-ci ne comporte aucune clause de renouvellement particulière); il ne peut non plus tenir compte de considérations non pertinentes dans l'exercice de sa discrétion, ce qui serait le cas s'il accordait de l'importance à quoi que ce soit d'autre que le profit de l'Indien en possession légitime à la demande duquel il agit. L'obligation du Ministre ne concerne tout simplement pas la bande. [Non souligné dans l'original.]

[34] L'avocat des appellants n'a pu renvoyer la Cour à aucun arrêt pour appuyer son allégation d'obligation fiduciaire envers la bande ou envers un membre de la bande, ou envers les deux, dans la gestion des terres d'une réserve par le ministre. Bien que les tribunaux, notamment la Cour suprême du Canada, aient fait des déclarations de grande portée au sujet de la relation spéciale entre la Couronne et les peuples autochtones

Crown and the Aboriginal peoples of Canada, they have not as of yet extended this fiduciary obligation to circumstances beyond those arising directly from the surrender of land or the infringement of an Aboriginal right recognized under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[35] Should an extension of the application of the concept of fiduciary duty be warranted, it most certainly would not be in circumstances such as the present ones. As recently noted by this Court in *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakum Indian Band* (1999), 247 N.R. 350 (F.C.A.), McDonald J.A. at paragraph 120 [page 383]:

. . . a fiduciary duty does not arise in every facet of Crown-Native relations nor is the content of the fiduciary responsibilities of the Crown identical in every transaction. . . .

The concept of fiduciary duty is remarkably unsuited, in my view, for the purpose of defining what is the role of the Minister when, in the exercise of his statutory duties with respect to the management of land in a reserve, he assesses the competing interests of a member of a band on the one hand, and of the band as a whole. The Minister has no interest in the outcome of his decision. The Crown does not stand to gain any benefit from the decision of the Minister. Whatever the decision, the lands will remain lands on the reserve. There is no adversarial relationship between the Crown and the band as a whole or the member of the band. There is no legitimate public purpose to be advanced by the Minister which would be adverse to the interest of the Aboriginal people. There is no “exploitation” by the Crown of the band’s or the locatee’s rights. (See *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, at page 383; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at page 371 and *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), at page 22.) Marceau J.A.’s conclusion in *Boyer* that there was no fiduciary duty to the band has withstood the passage of time.

[36] Furthermore, for the reasons given by Marceau J.A. in *Boyer*, it would be a futile exercise to embark

du Canada, ils n’ont pas encore étendu l’obligation fiduciaire à des situations autres que celles qui prennent directement naissance dans la cession de terres ou dans la transgression d’un droit autochtone reconnu en vertu du paragraphe 35(1) 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]].

[35] S’il y avait lieu d’étendre l’application du concept de l’obligation fiduciaire, ce ne serait certainement pas dans des circonstances comme celles qui existent en l’espèce. Comme la Cour l’a indiqué dans *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1999), 247 N.R. 350 (C.A.F.), le juge McDonald, J.C.A., au paragraphe 120 [page 383]:

[. . .] des obligations de fiduciaire ne prennent pas naissance dans le cadre de toutes les facettes des rapports entre la Couronne et les autochtones, et la teneur des obligations de fiduciaire de la Couronne n’est pas identique dans tous les cas.

À mon avis, le concept de l’obligation fiduciaire n’est pas du tout approprié lorsqu’il s’agit de définir le rôle du ministre quand, dans l’exercice des devoirs que lui impose la loi par rapport à la gestion des terres dans une réserve, il doit pondérer les intérêts divergents d’un membre de la bande d’une part, et de la bande d’autre part. Le ministre n’a pas d’intérêt à défendre dans une telle décision. La Couronne ne tirera aucun avantage de la décision du ministre. Quelle que soit cette décision, les terres resteront des terres sur la réserve. Il n’y a pas de relation conflictuelle entre la Couronne et la bande dans son ensemble ou un des membres de la bande. Il n’y a pas d’intérêt public légitime que le ministre doit défendre qui serait contraire à l’intérêt des peuples autochtones. La Couronne «n’exploite pas» les droits de la bande ou ceux de l’occupant. (Voir *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la page 383; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, à la p. 371 et *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), à la page 22.) La conclusion du juge Marceau dans *Boyer*, selon laquelle il n’y a pas d’obligation fiduciaire envers la bande, a résisté au passage du temps.

[36] De plus, pour les motifs énoncés par le juge Marceau dans *Boyer*, il serait futile de dissertar

into a long dissertation on fiduciary duty when the very remedy sought by the Band Council, i.e. a declaration that the lease is null and of no effect, is not a remedy available to sanction a breach of that duty. This Court expanded on the nature of the remedies available in *Semiahmoo*, *supra*, where the parties had agreed (at page 47) that the three main remedies available to the Court in order to remedy such a breach were: (1) the implementation of a constructive trust (which presumes some unjust enrichment on the part of the Crown), (2) an award of equitable damages, or (3) an accounting for profits (or a combination thereof).

[37] Counsel for the appellants is also obviously quite aware of the practical difficulties arising from the application of the concept of fiduciary duty in cases such as the present one. He is forced to argue (a) that if there is a fiduciary duty to a band, there is also one to the locatee, (b) that the Minister's fiduciary duty to both a band and a locatee consists in attempting to accommodate their conflicting interests and (c) that it is only where the issuance of a lease for the benefit of a locatee would be to the substantial detriment of a band as a whole, that the fiduciary duty to the band should prevail over the fiduciary duty to the locatee. It is not clear to me why counsel is insisting on having a ruling of this Court on the existence of a fiduciary duty when the circumstances of the case hardly invite such a ruling and when more traditional avenues are open to the appellants.

[38] What counsel is actually proposing under the label of fiduciary duty is the approach already followed in administrative law whenever competing interests are at issue before a decision maker, in this case the Minister: whether the Minister weighed the respective views of the persons affected by the decision and did so on the basis of proper considerations. While counsel did not concede the fragility and impracticability of his argument based on fiduciary duty, he nevertheless agreed that the Court could, if it wished, follow the more traditional route of applying administrative law principles.

longuement sur l'obligation fiduciaire alors que la réparation recherchée par le conseil de bande, savoir un jugement déclarant que le bail est nul et sans effet, n'est pas disponible pour en sanctionner la violation. La Cour a précisé la nature des réparations disponibles dans *Semiahmoo*, précité, où les parties ont convenu (à la page 47) que la Cour disposait de trois réparations principales afin de remédier à pareil manquement: 1) l'application d'une fiducie par interprétation (qui suppose une forme d'enrichissement sans cause de la Couronne); 2) l'octroi de dommages-intérêts en *equity*; ou 3) la reddition de comptes à l'égard des bénéficiaires (ou une combinaison des trois).

[37] L'avocat des appelants est manifestement tout à fait au courant des difficultés pratiques soulevées par l'application du concept d'obligation fiduciaire dans des affaires comme la présente. Il doit plaider a) que s'il existe une obligation fiduciaire envers la bande, il en existe une aussi envers l'occupant, b) que l'obligation fiduciaire du ministre envers la bande et l'occupant l'amène à essayer de concilier leurs intérêts conflictuels et c) que ce n'est que lorsque la délivrance d'un bail au bénéfice d'un occupant causerait un préjudice important à l'ensemble de la bande que l'obligation fiduciaire envers la bande devrait prévaloir sur l'obligation fiduciaire envers l'occupant. Je ne comprends pas exactement pourquoi l'avocat insiste pour obtenir une décision de la Cour au sujet de l'existence d'une obligation fiduciaire, alors que les circonstances en l'instance ne se prêtent pas à un tel jugement et qu'il existe des façons plus classiques de procéder.

[38] Ce que l'avocat propose sous l'étiquette de l'obligation fiduciaire correspond à l'approche adoptée en droit administratif lorsque des intérêts conflictuels doivent être tranchés par un décideur, en l'instance le ministre, savoir si le ministre a pondéré les points de vue respectifs des personnes touchées par la décision et s'il l'a fait en se fondant sur les facteurs appropriés. Bien que l'avocat n'ait pas admis que son argument fondé sur l'obligation fiduciaire était fragile et peu praticable, il a quand même admis que la Cour pouvait, si elle le désirait, suivre la voie plus traditionnelle de mise en œuvre des principes de droit administratif.

[39] In order, however, to follow this more traditional route, the Court must dispel the impression left by the passages which I have underlined in paragraph 33 in Marceau J.A.'s reasons that as there is no duty of the Minister towards a band, there is no need for him to strike a balance between the interests of a band and those of the locatee when a lease is granted under subsection 58(3).

[40] The words I have underlined must be read in context. In *Boyer*, a band opposed the granting of the lease as a matter of principle, it being of the view that the Minister had no authority under subsection 58(3) to enter into the lease without its formal consent. As Marceau J.A. put it at page 400:

I have no doubt that the only question that has to be determined in order to dispose of the case is whether or not the validity of this lease depended on the consent of the Band or its council.

and it is in answering the argument raised by that Band that consent was required under subsection 58(3) "by necessary implication . . . as an effect of the fiduciary obligation of the Crown toward the Band" (at page 401), that Marceau J.A. made the impugned statement.

[41] In *Boyer*, the proposed lease was with respect to the development of a full service marina and tourist facility on the St. Mary's River. The question of allowing non-Indians to reside on the reserve was not raised. No by-law was in issue. The sole question before the Court was a question of principle: whether the consent of the Band was required by the statute or as an effect of a fiduciary obligation. No mention was made of a possible prejudice to the Band and the idea of an administrative law duty on the Minister to weigh the conflicting interests of the Band and of the locatee was not mentioned nor explored. When Marceau J.A. at pages 405 and 406 stated that "no interest of the Band can be affected", that the Minister cannot "take into account anything other than the benefit of the Indian in lawful possession of the land and at whose request he is acting" and that "[t]he duty of the Minister is simply not toward the Band", he was

[39] Toutefois, pour suivre cette démarche plus classique, la Cour doit dissiper l'impression laissée par les passages que j'ai soulignés au paragraphe 33 des motifs du juge Marceau, J.C.A., savoir que comme il n'y a pas d'obligation fiduciaire du ministre vis-à-vis la bande, il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire qu'il pondère les intérêts de la bande et ceux de l'occupant en octroyant un bail conformément au paragraphe 58(3).

[40] Les termes que j'ai soulignés doivent être lus dans leur contexte. Dans *Boyer*, une bande s'opposait en principe à l'octroi d'un bail, étant d'avis que le ministre n'avait pas le pouvoir de signer un tel bail en vertu du paragraphe 58(3) sans son consentement formel. Comme le juge Marceau l'indique, à la page 400:

Je n'entretiens aucun doute sur le fait que la seule question dont il doit être décidé en l'espèce est celle de savoir si le consentement de la bande ou de son conseil était nécessaire à la validité de ce bail.

Le juge Marceau a fait la déclaration en cause en réponse à l'allégation de la bande que son consentement était requis en vertu du paragraphe 58(3) «parce qu'il découle implicitement et nécessairement du contexte [. . .] par l'effet de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'endroit de la bande» (à la page 401).

[41] Dans *Boyer*, le bail portait sur la mise en valeur d'un terrain par la construction d'une marina offrant des services complets et d'installations touristiques le long de la rivière St. Mary. La question de permettre à des non-Indiens de résider sur la réserve n'a pas été soulevée. Il n'y avait pas de règlement en cause. La seule question posée à la Cour en était une de principe, savoir si la loi ou une obligation fiduciaire exigeait le consentement de la bande. Il n'est pas fait mention d'un préjudice quelconque qui serait causé à la bande et on n'a pas non plus mentionné ou examiné le concept d'une obligation du ministre, en droit administratif, de pondérer les intérêts opposés de la bande et de l'occupant. Lorsque le juge Marceau, J.C.A. déclare, aux pages 405 et 406, que «aucun intérêt de la bande ne peut être touché», que le ministre ne peut tenir compte de considérations autres «que le profit de l'Indien en possession légitime à la demande duquel



merely addressing the situation where no interests of the Band were argued to be at stake. I find that the Court in *Boyer* did not rule out the need for balancing the interests at stake prior to granting a lease. The sole issue was whether the Band could veto a lease, and the answer was that it could not.

[42] My reading of *Boyer* is similar to that of the Minister as appears from the closing words of the analysis of the *Boyer* decision found in the Department's Land Management and Procedures Manual:

The department's policy of referring subsection 58(3) leases to the band council does not therefore give the band council a veto power. [Clause 6.3.1, A.B., Vol. 2, at p. 517.]

The evidence shows that as a matter of policy the Minister seeks the input of the Chief and Council with respect to any proposed development on a reserve (A.B., Vol. 2, at pages 343, 488 and 517), and goes so far as to request, where a proposed lease is for a term of 49 years or less, that "the band council should be asked to confirm that the proposed lease does not contravene approved land use plans or zoning by-laws" (at page 518).

#### Review of discretionary decision making

[43] The approach to review of discretionary decision making was recently canvassed by L'Heureux-Dubé J. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. She noted at paragraph 53 that:

. . . discretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law . . . , in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* . . . .

[44] I must first determine, using the pragmatic and functional approach, the appropriate standard of

il agit», et que «[l']obligation du Ministre ne concerne tout simplement pas la bande», il se penche seulement sur une situation où personne ne plaiderait que les intérêts de la bande étaient en cause. J'en conclus que dans *Boyer*, la Cour n'a pas exclu la nécessité de pondérer les intérêts en cause avant d'octroyer un bail. La seule question posée alors portait sur le droit de la bande d'opposer un veto à l'octroi du bail, question à laquelle on a répondu par la négative.

[42] Mon interprétation de *Boyer* recoupe celle du ministre, qui est exprimée à la fin de l'analyse de la décision *Boyer* et que l'on trouve dans le Guide de la gestion foncière et des procédures du Ministère:

La politique du Ministère qui consiste à soumettre au Conseil de bande toute location visée au paragraphe 58(3) ne confère pas pour autant un droit de veto à ce dernier. [Clause 6.3.1, D.A., vol. 2, à la p. 517.]

La preuve démontre que la politique suivie par le ministre est de demander l'avis du chef et du conseil quant à toute mise en valeur proposée sur la réserve (D.A., vol. 2, aux pages 343, 488 et 517), allant jusqu'à demander, lorsque le bail proposé est pour une durée de 49 ans ou moins, [TRADUCTION] «qu'on sollicite une confirmation de la part du conseil de bande que le bail envisagé ne contrevient pas aux plans officiels d'utilisation des terrains ou aux règlements de zonage» (à la page 518).

#### L'examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[43] Le juge L'Heureux-Dubé a analysé récemment la méthode de contrôle judiciaire en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Elle souligne, au paragraphe 53 que:

[. . .] l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manoeuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit [. . .], suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et des libertés* [. . .]

[44] En utilisant la méthode pragmatique et fonctionnelle, je dois d'abord déterminer la norme appli-

review for decisions made under subsection 58(3) of the Act. Four factors affecting the determination of that standard are outlined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 and applied in *Baker*.

[45] The first factor is that of privative clauses. The absence of a privative clause, as is the case here, militates in favour of a lower standard of deference.

[46] The second factor is that of the expertise of the decision maker, in this case the Minister. This is the most important category and, as noted by Bastarache J. in *Pushpanathan, supra*, at page 1007, it is closely related to the fourth category, that of the nature of the problem. In deciding whether to lease or not and in balancing the social, cultural, economic, environmental etc. interests of a member of a band and those of the band as a whole, the Minister has a broad and specialized expertise. This factor militates in favour of a higher degree of deference.

[47] The third factor is the purpose of the Act as a whole, and the provision in particular. As noted by Bastarache J. in *Pushpanathan, supra*, at page 1008, purpose and expertise often overlap. The purpose of subsection 58(3), as found in *Boyer, supra*, at page 406 is "to give the individual member of a Band a certain autonomy, a relative independence from the *dicta* of his Band council, when it comes to the exercise of his entrepreneurship and the development of his land". The purpose of the Act, however, is generally more band-oriented and reserve-oriented when what is at issue is the use of land in a reserve (see sections 20, 24, 28 and 38). I shall come back to these sections when examining the considerations that should guide the Minister when exercising his discretion.

[48] In the case at bar, while it is true that the ultimate purpose achieved by the decision is that of establishing rights as between parties, the process, because it relates to the wider context of Aboriginal

cable de contrôle des décisions prises en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi. Les quatre facteurs à prendre en considération pour déterminer cette norme de contrôle sont exposés dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et appliqués dans *Baker*.

[45] Le premier facteur porte sur les clauses privatives. L'absence d'une clause privative, comme en l'instance, milite en faveur d'une norme de retenue judiciaire moins exigeante.

[46] Le deuxième facteur porte sur l'expertise du décideur, le ministre en l'instance. C'est la catégorie la plus importante et, comme le souligne le juge Bastarache dans *Pushpanathan*, précité, à la page 1007, elle est liée de près à la quatrième catégorie, savoir la nature du problème. Lorsqu'il s'agit de décider d'octroyer un bail ou non et de pondérer les intérêts sociaux, culturels, économiques, environnementaux, etc., d'un membre de la bande vis-à-vis ceux de la bande dans son ensemble, le ministre a une grande expertise. Ce facteur milite en faveur d'une plus grande retenue judiciaire.

[47] Le troisième facteur est l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause. Comme l'indique le juge Bastarache dans *Pushpanathan*, précité, à la page 1008, l'objet et l'expertise se confondent souvent. Dans *Boyer*, précité, à la page 406, l'objet du paragraphe 58(3) est décrit comme suit: «d'accorder à chaque membre de la bande une certaine autonomie, et une indépendance relative à l'égard des *dicta* de son conseil de bande dans l'exercice de son esprit d'entreprise et la mise en valeur de son terrain». Toutefois, l'objet de la Loi va généralement plus dans le sens des intérêts généraux de la bande et de la réserve lorsqu'il s'agit de l'utilisation des terres de la réserve (voir les articles 20, 24, 28 et 38). Je reviendrai sur ces articles en examinant les facteurs qui devraient servir de guide au ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[48] En l'instance, même s'il est clair que le but ultime de la décision est d'établir les droits relatifs des diverses parties, le processus, du fait qu'il est rattaché au contexte plus large des droits autochtones, ressem-

rights, is more akin to “a delicate balancing between different constituencies” (*Pushpanathan, supra*, at page 1008) which invites a greater standard of deference. The administrative structure in place more closely resembles the polycentric model and calls for judicial restraint.

[49] The fourth factor is the nature of the problem in question, especially whether it relates to determination of law or facts. The decision about whether to grant a lease involves a considerable appreciation of the circumstances as they are viewed by the locatee and by a band respectively. No definite legal rules are to be applied or interpreted by the Minister. As in *Baker, supra*, at paragraph 61, “[g]iven the highly discretionary and fact-based nature of this decision, this is a factor militating in favour of deference”.

[50] Taking these factors together, I come to the conclusion that considerable deference should be accorded the Minister and that the appropriate standard of review is that of reasonableness.

#### Was the decision reasonable?

[51] The Minister, in deciding whether to lease or not, has a double duty, one to the individual holding the Certificate of Possession, the other to the band. There is no basis for the suggestion that one duty should necessarily prevail over the other in case of conflict. The question is to determine what considerations in a given case should lead the Minister to exercise his discretion in favour of one rather than in favour of the other.

[52] A reading of the Act as a whole suggests that the Minister is not at liberty to assess all applications for lease with the same considerations in mind. His “margin of manoeuvre”, to use the words of L’Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*, at paragraph 53, is not unlimited. We are dealing here with the use of land in a reserve by non-Indians and the Act contains enough provisions in this regard that dictate to a large extent the approach to be taken by the Minister.

[53] The basic principles are found in the part of the Act entitled “Possession of Lands in Reserves”.

ble plus à la réalisation d’un «équilibre délicat entre divers intérêts» (*Pushpanathan, précité*, à la page 1008). Cela favorise une norme plus élevée de retenue judiciaire. La structure administrative en place s’apparente davantage à un modèle polycentrique et suppose la retenue judiciaire.

[49] Le quatrième facteur est la nature du problème, savoir s’il s’agit d’une question de droit ou de fait. La décision d’octroyer ou non un bail comporte une grande appréciation des circonstances, selon les points de vue respectifs de l’occupant et de la bande. Le ministre n’a pas à appliquer ou à interpréter des règles de droit précises. Comme on le précise dans *Baker, précité*, au paragraphe 61, «[l]e fait que cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue».

[50] Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus que le ministre a droit à un niveau élevé de retenue judiciaire et que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

#### La décision était-elle raisonnable?

[51] En décidant d’octroyer un bail ou non, le ministre a une obligation double, l’une envers le titulaire du certificat de possession et l’autre envers la bande. Rien ne permet de dire qu’une de ces obligations prendra le pas sur l’autre en cas de conflit. Dans une affaire donnée, la question est donc de savoir quels critères amèneront le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l’une des parties plutôt que de l’autre.

[52] Prise comme un tout, la Loi indique que le ministre n’a pas l’entière liberté d’apprécier toutes les demandes de bail sur les mêmes bases. Pour utiliser la terminologie du juge L’Heureux-Dubé dans *Baker, précité*, au paragraphe 53, sa «marge de manoeuvre» n’est pas totale. En l’instance, il s’agit de l’utilisation des terres d’une réserve par des non-Indiens; or, la Loi contient assez de dispositions à ce sujet pour que l’approche à prendre par le ministre lui soit dictée dans une large mesure.

[53] Les principes de base se trouvent dans la partie de la Loi qui s’intitule «Possession de terres dans des

According to section 20, no Indian (a locatee) can possess land in a reserve unless the band council and then the Minister agree. According to section 24, a locatee can transfer his right to the possession of the land to another member of the band with the approval of the Minister; the consent of the band council is not required. According to subsection 28(1), a locatee cannot by lease or otherwise permit a non-band member to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve. Any such permit is void. The Minister, however, according to subsection 28(2), may authorize any person to so occupy or use a reserve for a period not exceeding one year; any longer period requires the consent of the band council.

[54] Reference may also be made to subsection 37(2), whereby, except where the Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased until they have been surrendered to the Crown by the band pursuant to subsection 38(2); to paragraph 46(1)(d) which authorizes the Minister to declare the will of an Indian to be void if the Minister is satisfied that “the will purports to dispose of land in a reserve in a manner contrary to the interest of the band or contrary to this Act”; to subsection 60(1), which empowers the Governor in Council to grant a band “the right to exercise such control and management over lands in the reserve . . . as the Governor in Council considers desirable” and to paragraph 59(a) which, as I read it, requires the consent of the band council when the amount of the rent set out in a lease is to be reduced or adjusted.

[55] The Act is therefore very much band-oriented where use of lands in the reserve is at issue and that is particularly so where lands in the reserve are to be occupied for a period exceeding one year by non-members of the band. The intent of Parliament, clearly, is to require the consent of the band council whenever a non-member of the band, and even more so a non-Indian, is to exercise any right on a reserve for a period longer than one year.

réserves». L'article 20 prévoit qu'un Indien (l'occupant) ne peut être en possession d'une terre dans une réserve sauf avec l'approbation du ministre et du conseil de bande. L'article 24 prévoit qu'un occupant peut transférer son droit à la possession de la terre à un autre membre de la bande, avec l'approbation du ministre. Dans ce cas, l'assentiment du conseil de bande n'est pas requis. Le paragraphe 28(1) prévoit qu'un occupant ne peut, au moyen d'un bail ou autrement, permettre à une personne, autre qu'un membre de la bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve. Un tel permis est nul. Toutefois, le paragraphe 28(2) prévoit que le ministre peut autoriser toute personne à occuper ou utiliser une réserve pour une période maximale d'un an. Une période plus longue exige le consentement du conseil de bande.

[54] On peut aussi se référer au paragraphe 37(2), qui prévoit que, sauf disposition contraire de la Loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail que si elles sont cédées à la Couronne par la bande, conformément au paragraphe 38(2); à l'alinéa 46(1)d), qui autorise le ministre à déclarer nul le testament d'un Indien s'il est convaincu que «le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi»; au paragraphe 60(1), qui autorise le gouverneur en conseil à accorder à une bande «le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve [. . .] le contrôle et l'administration qu'il estime désirables»; ainsi qu'à l'alinéa 59a), qui exige l'obtention du consentement du conseil de bande pour réduire ou ajuster le montant payable en vertu d'un bail.

[55] Par conséquent, la Loi protège vraiment les intérêts de la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve, notamment lorsque ces terres doivent être occupées pendant une période de plus d'un an par des personnes qui ne sont pas membres de la bande. Il est clair que l'intention du Parlement était d'exiger le consentement du conseil de bande chaque fois qu'une personne non-membre de la bande, et à plus forte raison un non-Indien, devait exercer un droit sur une réserve pendant une période de plus d'une année.

[56] It seems to me that subsection 58(3), which is found in that part of the Act which deals with “management of reserves”, has to be read and understood in such a way as not to conflict with the avowed intent of Parliament expressed in those parts of the Act which deal with the substantial rights of the Indians (as opposed to those parts which deal with the managerial rights of the Minister). The mere fact that the Band has originally agreed to let a locatee occupy and use a lot on the reserve cannot mean, in my understanding of the whole of the Act, that the Band has implicitly abandoned the right it has under subsection 28(2) to control the use of the lot by a non-member of the Band. To find otherwise could lead, theoretically, to the Minister granting, for example, a 99-year lease under subsection 58(3) to the benefits of non-Indians, thereby displacing the other provisions of the Act.

[57] While Parliament, as found in *Boyer*, stayed shy of giving a veto power to band councils with respect to leases granted under subsection 58(3), the Minister is bound, in my view, to give more weight to the concerns of a band as one gets closer to the type of lease that would be subject to subsection 28(2). The more a lease operates to the substantial detriment of the band as a whole the more the Minister must pay attention to the concerns expressed by the band.

[58] In the case at bar, the lease granted was for a period longer than one year and it gave the Minister the option to extend the term to 24 years and 11 months. The use permitted was “the operation of a manufactured home park for residential single family dwelling” and the uncontradicted evidence is to the effect that the lessee (an Indian corporation) did or would sublet to persons who are not members of the Band. Indeed, as recognized by the Trial Judge at paragraph 2 [page 355] of his reasons, the purpose of the lease “was to pursue the ongoing development of a manufactured home subdivision and to legitimize the existing occupation by non-natives on the Reserve known collectively as the Clydesdale Estates Residents Association”. There is also evidence that one important ground for the opposition of the Band to the

[56] Il m’apparaît que le paragraphe 58(3), qu’on trouve dans la partie de la Loi qui traite de «l’administration des réserves», doit être interprété de façon à ce qu’il n’entre pas en conflit avec l’intention expresse du Parlement, qui est exprimée dans les parties de la Loi qui traitent des droits des Indiens (à distinguer des parties qui traitent des droits de gestion du ministre). Le simple fait qu’une bande ait donné son accord pour qu’un Indien occupe et utilise un lot sur la réserve ne peut vouloir dire, selon mon interprétation de l’ensemble de la Loi, que la bande a abandonné implicitement le droit que lui reconnaît le paragraphe 28(2) de contrôler l’utilisation que fait du lot une personne qui n’est pas membre de la bande. Le fait de conclure autrement pourrait théoriquement autoriser le ministre à accorder, par exemple, un bail de 99 ans en vertu du paragraphe 58(3) au bénéfice de non-Indiens, ce qui aurait pour résultat de rendre sans objet les autres dispositions de la Loi.

[57] Bien que le Parlement, comme on l’a constaté dans *Boyer*, ne soit pas allé jusqu’à donner un droit de veto au conseil de bande lorsqu’il s’agit d’un bail octroyé en vertu du paragraphe 58(3), j’estime que le ministre est tenu de donner plus de poids aux inquiétudes de la bande si l’on se rapproche du genre de bail qui tomberait sous le coup du paragraphe 28(2). Plus un bail cause un préjudice substantiel à la bande dans son ensemble, plus le ministre doit prêter attention aux inquiétudes exprimées par la bande.

[58] En l’instance, le bail portait sur une période de plus d’un an et donnait l’option au ministre d’en prolonger le terme jusqu’à 24 ans et 11 mois. Il visait [TRADUCTION] «l’installation d’un lotissement de maisons préfabriquées unifamiliales à des fins résidentielles», et la preuve non contredite indique que le détenteur du bail (une compagnie indienne) avait l’intention de louer les unités à des personnes qui n’étaient pas membres de la bande. En fait, comme le reconnaît le juge de première instance au paragraphe 2 [page 355] de ses motifs, «[I]e but recherché était de poursuivre le développement d’un lotissement de maisons préfabriquées et de légitimer la présence d’occupants non-Indiens sur la réserve, connu collectivement sous le nom Clydesdale Estates Residents Association». La preuve démontre aussi qu’un des

proposed lease was the very fact that the homes would be rented to non-Natives. For example, a member of Council, John Elliott, noted, at the Band Council meeting of September 14, 1995, that:

I have seen this happen on other reserves, there are more non-natives than natives living on reserves. These trailer courts cause development explosion. [A.B., Vol. 1, at p. 310.]

[59] In the circumstances, there was an obligation on the Minister to satisfy himself that the concerns of the Band with respect to that long-term development which, they said, threatened their way of life *qua* Indian on their reserve, were unwarranted or were so minimal as compared to the benefits to the locatees as to warrant a conclusion that the lease should go ahead. The Minister did not meet that burden. His officer, Mr. Howe, in his letter dated April 10, 1997—which letter, for all practical purposes, contains the reasons for the decision of the Minister—merely states that “I have difficulty accepting your premise that this development would be detrimental to the band as a whole” (A.B., Vol. 2, at page 488). Such a general and condescending statement which ignores the basic fact that the proposed development was not for the benefit of the band, but for the benefit of non-Indians, and had both short- and long-term ramifications for the band as a whole, is evidence that the concerns of the Band were discarded without proper consideration. This is a fatal flaw in the decision of the Minister.

[60] There are other flaws.

[61] Despite the grave concern expressed by the Band with respect to the water, sewer and stormwater systems and despite the fact that the terms of the lease itself (Clauses 2.2 and 2.3) reveal that the Minister knew that these concerns had not been met, the Minister nevertheless decided to go ahead on May 1, 1997 with a lease expiring (subject to extension) on September 30, 1997. The lease provided that an extension would only be granted if by then the Minister “has determined that there is adequate sewer and

motifs principaux de l’opposition de la bande à l’octroi du bail était justement que les maisons seraient louées à des non-Indiens. À titre d’exemple, John Elliott, un membre du conseil, a souligné à la réunion du conseil de bande du 14 septembre 1995 que:

[TRADUCTION] J’ai déjà vu la chose se produire ailleurs, dans d’autres réserves où il y a plus de résidents non-Indiens que d’Indiens. Ces lotissements de maisons préfabriquées créent une mise en valeur incontrôlée. [D.A., vol. 1, à la p. 310.]

[59] En l’instance, le ministre avait le devoir de s’assurer que les inquiétudes de la bande au sujet de ce lotissement à long terme, dont les membres disaient que ce dernier menaçait leur mode de vie en tant qu’Indiens sur la réserve, n’avaient pas de fondement ou étaient peu importantes par rapport aux avantages escomptés par les occupants, ce qui aurait justifié l’octroi du bail. Le ministre ne s’est pas déchargé de cette responsabilité. Dans une lettre datée du 10 avril 1997, écrite par le représentant du ministre, M. Howe—lettre qui contient les motifs de la décision du ministre—ce dernier indique simplement qu’il [TRADUCTION] «a une certaine difficulté à accepter votre prémisse que ce lotissement serait contraire au bien-être général de la bande» (D.A., vol. 2, à la page 488). Une déclaration aussi générale et condescendante, qui ne tient pas du tout compte du fait que le lotissement proposé n’assurait aucun bénéfice à la bande, mais seulement à des non-Indiens, ni du fait qu’il avait des ramifications à court et à long terme pour la bande dans son ensemble, constitue une preuve que les inquiétudes de la bande ont été écartées sans examen réel. La décision du ministre souffre donc d’un vice irrémédiable.

[60] Il y a d’autres vices.

[61] Bien que la bande ait exprimé de sérieuses réserves quant au système d’alimentation en eau, d’égouts, et d’écoulement des eaux pluviales, et malgré le fait que les termes même du bail (clauses 2.2 et 2.3) indiquent que le ministre savait qu’on n’avait pas réglé ces problèmes, ce dernier a néanmoins décidé d’octroyer, le 1<sup>er</sup> mai 1997, un bail devant expirer le 30 septembre 1997 (avec option de prolongation). Le bail prévoyait que la prolongation ne serait accordée que lorsque le ministre serait

water service available to the Premises” and required the lessee to provide the Minister with a detailed stormwater management plan before August 1, 1997. It seems to me to be unreasonable for the Minister to rush to grant a lease, which is in any event retroactive, for an actual period of five months (May to September 1997) when the basic conditions of water and sewer services have not yet been met.

[62] The retroactivity of the lease in the circumstances of this case is another source of major concern. The Minister knew, when it executed the lease on May 1, 1997 retroactive to April 1, 1996, that a zoning by-law had been passed by the Band Council on December 23, 1996. The Minister not only knew of the by-law, he also had refrained from disallowing it (see subsection 82(2) of the Act). The Minister knew that under the by-law the proposed development would need to be scrutinized by a zoning advisory committee and then approved by the Band Council, which approval was an unlikely event. He had to have known that in making the lease retroactive to a point in time prior to the coming into force of the by-law, the locatees could avail themselves of the non-conforming use clause of the by-law and proceed without the approval of the Band Council. The Minister had a policy, prior to granting a lease, to ask a band council to confirm that a proposed lease does not contravene zoning by-laws (*supra*, paragraph 42). All the steps described in the documentation filed by the Minister with respect to applications for lease point to a prospective approach and counsel for the Minister recognized at the hearing that no reference was made in the documentation to retroactive leases. The lease, furthermore, is written in terms that do not provide for the retroactive compliance by the lessee with its obligations under the lease nor for the retroactive approval by the Minister of any building, structure or other improvement constructed on the premises prior to the execution of the lease on May 1, 1997.

[63] While I need not decide here whether the Minister is legally entitled to grant a retroactive lease,

[TRADUCTION] «convaincu que les lieux sont pourvus de services d'égouts et d'alimentation en eau adéquats» et il prévoyait que le détenteur du bail devait fournir au ministre un plan détaillé pour la gestion des eaux pluviales avant le 1<sup>er</sup> août 1997. Il ne me semble pas raisonnable que le ministre procède de façon aussi précipitée à l'octroi d'un bail, qui était de toute façon rétroactif, pour une période réelle de cinq mois (de mai à septembre 1997), alors qu'on n'a même pas encore satisfait aux conditions de base portant sur les services d'égouts et d'alimentation en eau.

[62] En l'instance, l'octroi rétroactif du bail est une autre source majeure d'inquiétudes. Lorsqu'il a signé le bail le 1<sup>er</sup> mai 1997, rétroactivement au 1<sup>er</sup> avril 1996, le ministre savait que le conseil de bande avait adopté un règlement de zonage le 23 décembre 1996. Non seulement le ministre connaissait-il l'existence du règlement, mais il ne s'y était pas opposé (voir le paragraphe 82(2) de la Loi). Le ministre savait qu'en vertu du règlement, le lotissement en cause serait étudié par le comité consultatif de zonage pour ensuite être soumis à l'approbation du conseil de bande, laquelle était peu probable. Il devait savoir qu'en rendant le bail rétroactif à une date antérieure à l'entrée en vigueur du règlement, les occupants pouvaient s'appuyer sur la clause du règlement portant sur les usages non conformes et procéder sans l'approbation du conseil de bande. Avant d'accorder un bail, la politique du ministre est de demander au conseil de bande de confirmer que le bail proposé ne contrevient pas au règlement de zonage (voir le paragraphe 42). Toutes les étapes décrites dans la documentation déposée par le ministre au sujet des demandes de bail indiquent l'utilisation d'une approche prospective, et l'avocat du ministre a admis à l'audience que rien dans la documentation ne traitait de l'octroi d'un bail rétroactif. De plus, rien dans le bail n'exige que les titulaires du bail doivent indiquer de façon rétroactive qu'ils satisfaisaient aux obligations de ce bail, non plus qu'ils aient à obtenir une approbation rétroactive du ministre pour toute construction, structure ou autres travaux entrepris sur les terrains avant la signature du bail le 1<sup>er</sup> mai 1997.

[63] Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'instance que je décide si le ministre a le droit d'accorder un

the fact is that in a case such as this one, where the Minister owes a particularly onerous duty to the Band, the very concept of a lease exempted from compliance with a by-law because of its retroactivity simply does not make sense.

[64] When looking at all the circumstances, one cannot but conclude that the Minister granted a lease that operates to the substantial detriment of the Band without proper consideration of the major concerns voiced by the Band. His decision is unreasonable.

#### Disposition

[65] The appeal will be allowed, the decision of the Trial Judge will be set aside, the application for judicial review of the decision of the Minister of Indian Affairs and Northern Development dated May 1, 1997 will be granted, the decision of the Minister will be set aside and the lease between Her Majesty the Queen in right of Canada and Clydesdale Estate Holdings Ltd., dated May 1, 1997 but effective April 1, 1996 will be declared void and of no effect.

[66] The appellants are entitled to their costs here and below against the Minister.

ROBERTSON J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

bail rétroactif, il n'en demeure pas moins que dans une affaire où le ministre a un devoir particulièrement lourd envers la bande, le concept même d'un bail exonéré de l'application d'un règlement en raison de sa rétroactivité n'a tout simplement aucun sens.

[64] Au vu de toutes les circonstances, on ne peut que conclure que le ministre a accordé un bail qui cause un préjudice substantiel à la bande sans pour autant avoir examiné de façon adéquate les préoccupations exprimées par la bande. Sa décision était donc déraisonnable.

#### Dispositif

[65] L'appel est accueilli, la décision du juge de première instance est infirmée, la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien en date du 1<sup>er</sup> mai 1997 est accueillie, la décision du ministre est annulée et le bail entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Clydesdale Estate Holdings Ltd., daté du 1<sup>er</sup> mai 1997 mais en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 1996, est déclaré nul et sans effet.

[66] Les appelants ont droit aux dépens contre le ministre, en première instance et en cette Cour.

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

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



A-198-98

A-198-98

**Ali Reza Muktari** (*Appellant*)**Ali Reza Muktari** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*intimé*)**INDEXED AS: MOKTARI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: MOKTARI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**Court of Appeal, Robertson, Rothstein and McDonald  
J.J.A.—Edmonton, November 30, 1999.Cour d'appel, juges Robertson, Rothstein et  
McDonald, J.C.A.—Edmonton, 30 novembre 1999.

*Administrative law — Judicial review — Declarations — Jurisdiction in Federal Court to grant declaratory relief in judicial review proceedings brought pursuant to Federal Court Act, s. 18 — Where action seeking declaration paralleling judicial review application seeking same relief, statement of claim should be struck as disclosing no reasonable cause of action.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Compétence de la Cour fédérale de rendre un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Lorsque la réparation demandée dans l'action est un jugement déclaratoire et qu'une demande parallèle de contrôle judiciaire est présentée en vue de l'obtention de la même réparation, la déclaration devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Jurisdiction in Federal Court to grant declaratory relief in judicial review proceedings brought pursuant to Federal Court Act, s. 18 — Where action seeking declaration paralleling judicial review application seeking same relief, statement of claim should be struck as disclosing no reasonable cause of action — To permit parallel proceedings arising from single decision would diminish capacity of Court to dispense justice in expedient, efficient manner.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Compétence de la Cour fédérale de rendre un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Lorsque la réparation demandée dans l'action est un jugement déclaratoire et qu'une demande parallèle de contrôle judiciaire est présentée en vue de l'obtention de la même réparation, la déclaration devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action — Si des procédures parallèles découlant d'une seule décision pouvaient être engagées, il serait plus difficile pour la Cour de rendre justice avec célérité et d'une façon efficace.*

*Citizenship and Immigration — Judicial review — Action for declarations Immigration Act, s. 52 unconstitutional and Charter rights infringed paralleling application for judicial review seeking same relief — Statement of claim should be struck as disclosing no reasonable cause of action — Availability of declaratory relief upon judicial review as much matter of statutory interpretation as of practical necessity in immigration law field — Given number of judicial review applications in immigration matters, initiation of parallel but unnecessary proceedings not in best interests of justice.*

*Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Action intentée en vue de l'obtention de jugements déclaratoires portant que l'art. 52 de la Loi sur l'immigration est inconstitutionnel et qu'il a été porté atteinte aux droits reconnus par la Charte, une demande de contrôle judiciaire visant à l'obtention de la même réparation ayant également été présentée — La déclaration devrait être radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action — Dans le domaine du droit de l'immigration, le droit d'obtenir un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire est autant une question d'interprétation de la loi qu'une question de nécessité pratique — Étant donné le grand nombre de demandes de contrôle judiciaire présentées en matière d'immigration, l'introduction de procédures parallèles mais inutiles va à l'encontre de la justice.*

The appellant, an Iranian army deserter, was admitted to Canada as a Convention refugee but was subsequently convicted of trafficking in narcotics. A ministerial danger opinion was issued and a removal order made. The appellant sought to be removed to a country other than Iran, his country of citizenship, where he feared he would be in danger. A senior immigration officer denied that request. The appellant filed an application for leave to seek judicial review of that decision in the Federal Court. He also commenced an action by filing, with the same Court, a statement of claim seeking various declarations, including a declaration that section 52 of the *Immigration Act* was unconstitutional and that some of his Charter rights had been infringed. A Motions Judge allowed a motion to dismiss the action and dismissed a cross-application to stay the judicial review proceedings pending the outcome of the action. This was an appeal from that decision.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The true issue underlying this appeal was whether the declaratory relief sought could be obtained only by way of action and not judicial review. The Court has jurisdiction to grant declaratory relief in judicial review proceedings brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*. While there have been differing views expressed on this issue in the Trial Division, statements of claim should be struck for disclosing no reasonable cause of action where the relief being sought in the action is a declaration and a parallel judicial review application has been brought seeking the same result. More often than not, the constitutional issues raised in immigration proceedings can be conveniently dealt with in a judicial review proceeding.

While the 1992 amendments to the *Federal Court Act* were aimed at effecting significant changes in the law governing judicial review in this Court, to permit parallel proceedings arising from a single decision would diminish the capacity of this Court to dispense justice in an expedient and efficient manner. The right to obtain declaratory relief in judicial review proceedings is as much a matter of statutory interpretation as it is a matter of practical necessity especially in the field of immigration law. One need only look at the thousands of judicial review applications processed by the Trial Division of this Court in any one year to appreciate that the initiation of parallel but unnecessary proceedings can only work against the best interests of justice.

L'appelant, qui était membre de l'armée iranienne, avait déserté; il a été admis au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention, mais il a subséquemment été déclaré coupable de trafic de stupéfiants. Une lettre d'opinion selon laquelle l'appelant constituait un danger a été délivrée par le ministre et une mesure de renvoi a été prise. L'appelant a demandé à être renvoyé dans un pays autre que l'Iran, son pays de citoyenneté, où il craignait d'être en danger. Un agent principal a rejeté cette demande. L'appelant a présenté devant la Cour fédérale une demande d'autorisation en vue du contrôle judiciaire de cette décision. Il a également intenté une action en déposant, auprès de la même Cour, une déclaration dans laquelle il sollicitait divers jugements déclaratoires et notamment un jugement déclaratoire portant que l'article 52 de la *Loi sur l'immigration* était inconstitutionnel et qu'il avait été porté atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par la Charte. Le juge des requêtes a accueilli une requête visant à faire rejeter l'action et a rejeté une demande reconventionnelle de suspension de la procédure de contrôle judiciaire en attendant l'issue de l'action. Il s'agissait d'un appel de cette décision.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

La véritable question sous-tendant cet appel était de savoir si le jugement déclaratoire sollicité pouvait être obtenu uniquement au moyen d'une action plutôt qu'au moyen d'un contrôle judiciaire. La Cour possède la compétence voulue pour rendre un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Des avis divergents ont été exprimés sur ce point par la Section de première instance, mais les déclarations devraient être radiées pour le motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action lorsque la réparation demandée dans l'action est un jugement déclaratoire et qu'une demande parallèle de contrôle judiciaire a été présentée en vue de l'obtention de la même réparation. Dans la plupart des cas, les questions constitutionnelles soulevées dans les procédures d'immigration peuvent être tranchées d'une façon appropriée dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire.

Les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur la Cour fédérale* visaient à modifier en profondeur les règles de droit régissant le contrôle judiciaire devant cette Cour, mais si des procédures parallèles découlant d'une seule décision pouvaient être engagées, il serait plus difficile pour cette Cour de rendre justice avec célérité et d'une façon efficace. Le droit d'obtenir un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire est autant une question d'interprétation de la loi qu'une question de nécessité pratique, en particulier dans le domaine du droit de l'immigration. Il suffit de mentionner les milliers de demandes de contrôle judiciaire que la Section de première instance de cette Cour traite au cours d'une année donnée pour se rendre compte que l'introduction de procédures parallèles mais inutiles peut uniquement aller à l'encontre de la justice.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

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

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.4(2) (as enacted *idem*, s. 5).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 52 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 42), 53(1)(d) (as am. *idem*, s. 43; 1995, c. 15, s. 12).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404; (1999), 157 F.T.R. 161; 242 N.R. 173 (C.A.); *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 612; (1994), 22 Imm. L.R. (2d) 105; 73 F.T.R. 279 (T.D.); *Gowrinathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 702 (C.A.) (QL).

## REFERRED TO:

*Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 166 N.R. 57 (C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision allowing a motion to dismiss the appellant's action for declaratory relief, which paralleled an application for judicial review seeking the same result. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Wendy A. Danson* for appellant.  
*William B. Hardstaff* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*McCuaig Desrochers*, Edmonton, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## 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].

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.4(2) (édicte, *idem*, art. 5).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 52 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 7; L.C. 1992, ch. 49, art. 42), 53(1)(d) (mod. *idem*, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404; (1999), 157 F.T.R. 161; 242 N.R. 173 (C.A.); *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 612; (1994), 22 Imm. L.R. (2d) 105; 73 F.T.R. 279 (1<sup>er</sup> inst.); *Gowrinathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 702 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 166 N.R. 57 (C.A.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance accueillant une requête visant au rejet de l'action que l'appelant avait intentée en vue d'obtenir un jugement déclaratoire alors qu'une demande parallèle de contrôle judiciaire visant à l'obtention du même résultat avait été présentée. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Wendy A. Danson* pour l'appelant.  
*William B. Hardstaff* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McCuaig Desrochers*, Edmonton, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

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

[1] ROBERTSON J.A.: After deserting the Iranian army, the appellant gained admission to Canada as a Convention refugee in April of 1990. In June of 1994 he was convicted of trafficking in narcotics. On May 13, 1996 the Minister of Citizenship and Immigration issued an opinion letter under paragraph 53(1)(d) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12)] that the appellant constitutes a “danger to the public”. As a result of that opinion letter, the appellant lost the right not to be “refouled” to Iran. On September 5, 1996 a removal order was made against the appellant. No attempt to execute the removal order was made until November of 1997 when the appellant had completed his sentence for the trafficking offence. On November 18, 1997 the appellant’s solicitor requested that the appellant be entitled to be removed to a country other than Iran, under section 52 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 42] of the Act. That request was denied by a senior immigration officer (SIO) who confirmed the appellant’s removal from Canada to Iran.

[2] On November 18, 1997 the appellant filed an application for leave to seek judicial review of the SIO’s decision denying his request and, as well, a statement of claim. In his statement of claim, the appellant sought various declarations, including a declaration that section 52 is unconstitutional and that the appellant’s rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] had been infringed (in reality two of the declarations amount to an application for an order of prohibition and *mandamus* respectively).

[3] By motion filed January 6, 1998 the respondent herein sought an order dismissing the appellant’s

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: L’appelant, qui était membre de l’armée iranienne, avait déserté; il a été admis au Canada à titre de réfugié au sens de la Convention au mois d’avril 1990. Au mois de juin 1994, il a été déclaré coupable de trafic de stupéfiants. Le 13 mai 1996, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a délivré, en vertu de l’alinéa 53(1)d) de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12)], une lettre d’opinion selon laquelle l’appelant constituait un «danger pour le public». Par suite de cette lettre d’opinion, l’appelant a perdu le droit de ne pas être renvoyé en Iran. Le 5 septembre 1996, une mesure de renvoi a été prise contre l’appelant. On n’a tenté d’exécuter la mesure de renvoi qu’au mois de novembre 1997, lorsque l’appelant avait fini de purger la peine qui lui avait été infligée à l’égard de l’infraction de trafic. Le 18 novembre 1997, l’avocate de l’appelant a demandé que son client ait le droit d’être renvoyé dans un pays autre que l’Iran, en vertu de l’article 52 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 7; L.C. 1992, ch. 49, art. 42] de la Loi. Un agent principal (l’AP) a rejeté la demande et a confirmé que l’appelant serait renvoyé en Iran.

[2] Le 18 novembre 1997, l’appelant a présenté une demande d’autorisation en vue du contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’AP avait rejeté sa demande et a en outre déposé une déclaration. Dans sa déclaration, l’appelant sollicitait divers jugements déclaratoires et notamment un jugement déclaratoire portant que l’article 52 est inconstitutionnel et qu’il a été porté atteinte aux droits qui lui sont reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]] (en fait, deux des jugements déclaratoires s’apparentent à une demande en vue de l’obtention d’ordonnances de prohibition et de *mandamus* respectivement).

[3] Par une requête qui a été présentée le 6 janvier 1998, l’intimé a sollicité une ordonnance rejetant

action on the ground that it disclosed no reasonable cause of action and amounted to an abuse of process. The latter allegation was premised on the belief that the relief being sought could be obtained in the judicial review application. By cross-application the appellant sought a stay of his judicial review application pending determination of his action for a declaration of constitutional invalidity. On March 3, 1998 the respondent's motion to dismiss the action was granted. The cross-application to stay the judicial review proceedings pending the outcome of the action was dismissed. Both orders were issued without written reasons.

[4] The jurisprudence of this Court makes it clear that we possess the jurisdiction to hear constitutional challenges to legislation in judicial review proceedings: see *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404 (C.A.). This is true whether or not the decision-maker (e.g. a SIO) possesses the jurisdiction to make constitutional rulings. To hold otherwise would mean that the Federal Court would be prevented from acting in circumstances where a tribunal commits a jurisdictional error or error of law by basing its decision on a provision which is not constitutionally valid. The true issue underlying this appeal is whether the declaratory relief sought by the appellant can be obtained only by way of action and not judicial review. In our view, this Court possesses the jurisdiction to grant declaratory relief in judicial review proceedings brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)]. We acknowledge that there have been differing views expressed on this issue in the Trial Division. However, we are all of the view that the cases in which statements of claim have been struck for disclosing no reasonable cause of action where the relief being sought in the action was by declaration and a parallel judicial review application has been brought seeking the same result are to be followed.

l'action de l'appelant pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action et qu'elle équivalait à un abus de procédure. Cette dernière allégation était fondée sur la conviction que la réparation demandée pouvait être obtenue au moyen de la demande de contrôle judiciaire. Au moyen d'une demande reconventionnelle, l'appelant sollicitait la suspension de la demande de contrôle judiciaire qu'il avait présentée en attendant qu'il soit statué sur l'action concernant la déclaration d'inconstitutionnalité. Le 3 mars 1998, la requête que l'intimé avait présentée en vue de faire rejeter l'action a été accueillie. La demande reconventionnelle de suspension de la procédure de contrôle judiciaire en attendant l'issue de l'action a été rejetée. Les deux ordonnances ont été rendues sans que des motifs soient prononcés par écrit.

[4] La jurisprudence de cette Cour montre clairement que nous avons compétence pour entendre les contestations constitutionnelles de dispositions législatives dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire: voir *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.). Cela est vrai indépendamment de la question de savoir si le décideur (c'est-à-dire l'AP) possède la compétence voulue pour rendre des décisions constitutionnelles. Statuer autrement signifierait que la Cour fédérale ne pourrait pas agir lorsqu'un tribunal commet une erreur de compétence ou une erreur de droit en fondant sa décision sur une disposition inconstitutionnelle. La véritable question qui sous-tend cet appel est de savoir si le jugement déclaratoire sollicité par l'appelant peut être obtenu uniquement au moyen d'une action plutôt qu'au moyen d'un contrôle judiciaire. À notre avis, cette Cour possède la compétence voulue pour rendre un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu 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)]. Nous reconnaissons que des avis divergents ont été exprimés sur ce point par la Section de première instance. Toutefois, nous estimons tous qu'il faut suivre les affaires dans lesquelles les déclarations ont été radiées parce qu'elles ne révélaient aucune cause raisonnable d'action, la réparation demandée dans l'action étant un jugement déclaratoire et une demande parallèle de contrôle judiciaire ayant été présentée en vue de l'obtention de la même réparation.

[5] For example, in *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 612 (T.D.), at page 622 the Motions Judge held that “any doubt as to how challenges against federal boards, commissions or other tribunals should be brought to this Court was clarified [with the 1992 amendments to section 18]. This includes claims for declaratory relief. The proper procedure is an application for judicial review.” As well, this Court in *Gowrinathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 702 (C.A.) (QL) upheld a Motions Judge’s decision to strike a statement of claim on the basis that injunctive and declaratory relief should be pursued in judicial review proceedings as opposed to an action. This is not to deny that in a proper case the judicial review proceeding may be converted to an action as provided for in subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*. As to the relevant criteria see *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.). More often than not the constitutional issues raised in immigration proceedings can be conveniently dealt with in a judicial review proceeding.

[6] We hasten to add that while the 1992 amendments to the *Federal Court Act* were aimed at effecting significant changes in the law governing judicial review in this Court, it is equally obvious that to permit parallel proceedings arising from a single decision would diminish the capacity of this Court to dispense justice in an expedient and efficient manner. The confusion over whether declaratory relief is available in judicial review proceedings has caused some litigants to initiate a judicial review application in this Court and then commence an action, for example, in the superior court of a province for the purpose of challenging the constitutional validity of the applicable legislation: the complexities of the situation are outlined fully in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206 (C.A.). In our view the right to seek and obtain declaratory relief in judicial review proceedings

[5] Ainsi, dans la décision *Chan c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 2 C.F. 612 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 622, le juge des requêtes a statué qu’il n’existait plus «aucun doute sur la procédure à suivre pour contester devant cette Cour les décisions des offices fédéraux, y compris la procédure des recours en jugement déclaratoire [compte tenu des modifications apportées à l’article 18 en 1992]. Cette procédure est celle de la demande de contrôle judiciaire». De plus, dans la décision *Gowrinathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 702 (C.A.) (QL), cette Cour a confirmé la décision du juge des requêtes, qui avait radié une déclaration pour le motif qu’une réparation de la nature d’une injonction et d’un jugement déclaratoire devrait être demandée au moyen d’une procédure de contrôle judiciaire par opposition à une action. Cela ne veut pas pour autant dire que, le cas échéant, la procédure de contrôle judiciaire ne peut pas être transformée en une action, comme le prévoit le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*. En ce qui concerne le critère pertinent, voir *Macinnis c. Canada (Procureur générale)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.). Dans la plupart des cas, les questions constitutionnelles soulevées dans les procédures d’immigration peuvent être tranchées d’une façon appropriée dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire.

[6] Nous nous empressons d’ajouter que les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur la Cour fédérale* visaient à modifier en profondeur les règles de droit régissant le contrôle judiciaire devant cette Cour, mais il est également évident que si des procédures parallèles découlant d’une seule décision pouvaient être engagées, il serait plus difficile pour cette Cour de rendre justice avec célérité et d’une façon efficace. La confusion qui règne au sujet de la question de savoir si un jugement déclaratoire peut être demandé dans une procédure de contrôle judiciaire a amené certains plaideurs à présenter une demande de contrôle judiciaire devant cette Cour, puis à tenter une action, par exemple devant la cour supérieure d’une province, afin de contester la constitutionnalité des dispositions législatives applicables: les subtilités de la situation sont énoncées d’une façon exhaustive dans la décision *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

is as much a matter of statutory interpretation as it is a matter of practical necessity especially in the field of immigration law. One need only look at the thousands of judicial review applications processed by the Trial Division of this Court in any one year to appreciate that the initiation of parallel but unnecessary proceedings can only work against the best interests of justice.

[7] For these reasons the appeal must be dismissed. There will be no award as to costs.

*l'Immigration*), [1999] 4 C.F. 206 (C.A.). À notre avis, le droit de solliciter et d'obtenir un jugement déclaratoire dans une procédure de contrôle judiciaire est autant une question d'interprétation de la loi qu'une question de nécessité pratique, en particulier dans le domaine du droit de l'immigration. Il suffit de mentionner les milliers de demandes de contrôle judiciaire que la Section de première instance de cette Cour traite au cours d'une année donnée pour se rendre compte que l'introduction de procédures parallèles mais inutiles peut uniquement aller à l'encontre de la justice.

[7] Pour ces motifs, l'appel est rejeté. Les dépens ne sont pas adjugés.

IMM-843-98

IMM-843-98

**Guo Yong Biao** (*Applicant*)**Guo Yong Biao** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)*INDEXED AS: BIAO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: BIAO c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Nadon J.—Montréal, July 6; Ottawa, November 5, 1999.

Section de première instance, juge Nadon—Montréal, 6 juillet; Ottawa, 5 novembre 1999.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of visa officer's denial of application for permanent residence as investor — Applicant having certificate of selection issued by Quebec Immigration — Given disparity between salary, net worth, visa officer requesting documents establishing source of funds to ensure legality thereof — Immigration Act, s. 9(3) requiring production of documentation as required by visa officer to establish admission not contrary to Act, regulations — Given applicant's income, net worth, visa officer's request proper, visa denied on appropriate grounds i.e. unable to verify applicant's admissibility with respects to s. 19 without documentation requested — Burden on applicant to prove entry into Canada would not contravene Act — Applicant not meeting obligation under s. 9(3) — Canada-Québec Accord, s. 12 indicating Quebec having exclusive jurisdiction over selection, Canada having exclusive jurisdiction over admissibility — Accord not precluding federal immigration authorities from verifying origin of applicant's assets to determine whether should be admitted to Canada — Accord providing for exchange of information, documents between Canada, Quebec — Provincial authorities may examine source of funds for selection purposes; federal authorities may examine source of funds in determining admissibility — Serious question of general importance certified: does Canada-Québec Accord limit visa officer's jurisdiction to question source of funds of Quebec-destined applicant for permanent residence in Canada, in order to establish admissibility?*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire du rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente présentée par le demandeur à titre d'investisseur — Le demandeur avait un certificat de sélection délivré par Immigration Québec — Compte tenu de l'écart entre le salaire du demandeur et sa valeur nette, l'agent des visas a demandé des pièces établissant la source des fonds en vue de s'assurer de leur légalité — L'art. 9(3) de la Loi sur l'immigration exige la production des pièces que l'agent des visas exige pour établir que l'admission ne contreviendrait pas à la Loi ou à ses règlements — Étant donné le revenu du demandeur et sa valeur nette, la demande de l'agent des visas était légitime et le visa a été refusé pour des motifs légitimes, à savoir parce que l'agent des visas ne pouvait pas vérifier l'admissibilité du demandeur en vertu de l'art. 19 sans avoir les pièces demandées — Il incombe au demandeur de prouver que son admission au Canada ne contrevient pas à la Loi — Le demandeur ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu de l'art. 9(3) — L'art. 12 de l'Accord Canada-Québec montre que le Québec a une compétence exclusive sur la question de la sélection et que le Canada a une compétence exclusive sur la question de l'admissibilité — L'Accord n'empêche pas les autorités fédérales de l'Immigration de vérifier l'origine des actifs d'un demandeur afin de pouvoir déterminer s'il doit être admis au Canada — L'Accord prévoit la transmission de renseignements et de documents entre le Canada et le Québec — Les autorités provinciales peuvent vérifier la source des fonds aux fins de la sélection; les autorités fédérales peuvent vérifier la source des fonds aux fins de l'admissibilité — Question grave de portée générale certifiée: L'Accord Canada-Québec limite-t-il la compétence de l'agent des visas de remettre en question la source des fonds d'une personne à destination du Québec qui demande à résider en permanence au Canada afin d'établir l'admissibilité de cette dernière?*

This was an application for judicial review of the visa officer's dismissal of the applicant's application for permanent residence. The applicant is a Chinese citizen who

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente du demandeur. Le demandeur est un citoyen chinois qui a



submitted a permanent residence application, along with a certificate of selection already issued by Quebec Immigration. In his application under the investor category in Quebec, the applicant indicated that he had assets of a value of \$500,000. In his application for permanent residence he indicated that his monthly salary was the equivalent of about \$3,000. Yet he indicated that his personal net worth was \$1,911,000. Because of the disparity between the applicant's salary and his net worth the visa officer requested documents establishing the source of the applicant's funds to ensure that they derived from legitimate activities. *Immigration Act*, subsection 9(3) requires the production of such documentation as may be required by a visa officer for the purpose of establishing that the applicant's admission would not be contrary to the Act or regulations. The visa officer concluded that as the documents provided by the Quebec immigration authorities did not shed sufficient light on the source of the applicant's funds, and he was unable to make a final determination on the issue of admissibility to Canada. During a subsequent interview, the applicant neither explained the discrepancies between his original claim and subsequent documentation, nor demonstrated the source of his assets by pointing to personal and business tax returns, bank records, and/or audited accounts. Additional documents subsequently submitted did not satisfy the visa officer. The visa officer denied the application for permanent residence.

The applicant submitted that the lawfulness of an investor's source of funds is considered by Quebec before the issuance of a certificate of selection. He argued that the verification of an applicant's qualifications for the investor category was exclusively within Quebec's jurisdiction, pointing to the definition of "investor" in *Regulation respecting the selection of foreign nationals*, which includes net assets of at least \$500,000 accumulated through legal activities. He also relied on the Canada-Québec Accord, which provides that once Quebec has issued a certificate of selection, Canada must admit the immigrant as long as he does not belong to an inadmissible category of persons. The applicant submitted that, when the visa officer requested proof of his source of funds, he imported criteria not envisaged by the Act and fettered his discretion. The applicant also submitted that the visa officer violated the principle of legitimate expectation by reviewing his qualifications as an investor, and caused an unwarranted delay in the processing of his application.

The issues were whether the visa officer acted outside his jurisdiction when he requested proof of the applicant's source of funds, and whether assessing an applicant's admissibility can include a verification of his source of funds.

présenté une demande de résidence permanente avec une attestation de sélection délivrée par Immigration Québec. Dans la demande qu'il avait présentée à titre d'investisseur au Québec, le demandeur avait déclaré qu'il possédait des actifs d'une valeur de 500 000 \$. Dans sa demande de résidence permanente, il avait déclaré que son salaire mensuel était l'équivalent d'environ 3 000 \$. Pourtant, il avait déclaré que sa valeur nette personnelle était de 1 911 000 \$. Compte tenu de l'écart entre le salaire du demandeur et sa valeur nette, l'agent des visas a demandé des pièces établissant la source des fonds du demandeur en vue de s'assurer qu'ils provenaient d'activités légitimes. Le paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'immigration* exige la production des pièces que l'agent des visas exige pour établir que l'admission du demandeur ne contreviendrait pas à la Loi ou à ses règlements. L'agent des visas a conclu qu'étant donné que les pièces produites par les autorités d'immigration Québec ne jetaient pas suffisamment de lumière sur la source des fonds du demandeur, il ne pouvait pas prendre une décision définitive au sujet de la question de l'admissibilité au Canada. Au cours d'une entrevue subséquente, le demandeur n'a pas pu expliquer les écarts entre sa déclaration initiale et les pièces subséquentes, et il n'a pas pu démontrer la source de ses actifs au moyen de déclarations de revenus personnelles et de déclarations de revenus d'entreprise, de documents bancaires ou de comptes apurés. Les pièces additionnelles qui ont subséquemment été soumises ne satisfaisaient pas l'agent des visas. L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente.

Le demandeur a soutenu que le Québec tient compte du caractère légitime de la source des fonds d'un investisseur avant de délivrer un certificat de sélection. Il a soutenu que la vérification des qualités du demandeur à titre d'investisseur relevait exclusivement de la compétence du Québec, en signalant que la définition du mot «investisseur» énoncée dans le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* s'applique à l'investisseur qui dispose d'un avoir net d'au moins 500 000 \$ qu'il a accumulé par des activités licites. Il s'est également fondé sur l'Accord Canada-Québec, qui prévoit qu'une fois que le Québec a délivré un certificat de sélection, le Canada doit admettre l'immigrant dans la mesure où il n'appartient pas à une catégorie non admissible. Le demandeur a soutenu que lorsque l'agent des visas lui a demandé d'établir la source de ses fonds, il a tenu compte de critères non prévus par la Loi et qu'il a porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire. Le demandeur a également soutenu que l'agent des visas avait violé le principe de l'attente légitime en appréciant son aptitude à titre d'investisseur, et qu'il a occasionné un retard injustifiable dans le traitement de sa demande.

Il s'agissait de savoir si l'agent des visas avait agi en dehors de sa compétence lorsqu'il a demandé au demandeur d'établir la source des fonds et si l'appréciation de l'admissibilité du demandeur peut inclure une vérification de la source de ses fonds.

*Held*, the application should be dismissed.

Given the applicant's annual income and declared net worth, the visa officer's request was proper and the visa was denied on appropriate grounds, i.e. that he was unable to verify the admissibility of the applicant with respect to section 19 without the documentation he had requested on numerous occasions. The visa officer had the power to request these documents by virtue of *Immigration Act*, subsection 9(3) and the applicant had the burden of proving that his entry into Canada would not contravene the Act. The applicant had not met the obligation imposed by subsection 9(3) nor had he discharged the burden set out in section 8. A visa officer has both the right and the duty to require an applicant to produce documents which the officer believes are necessary to consider an application.

In seeking proof concerning the applicant's funds in order to determine whether he was admissible, the visa officer was not acting outside his jurisdiction. Paragraph 12(a) of the Canada-Québec Accord makes it clear that, while Quebec has exclusive jurisdiction over selection, Canada has exclusive jurisdiction over admissibility. However, neither the spirit nor the letter of the Accord precludes federal immigration authorities from verifying the origin of an applicant's assets in order to be able to determine whether that applicant should be granted admission to Canada. On the contrary, section 26 of Annex A of the Accord provides for an exchange of information and documents between Canada and Quebec so that each may exercise its proper authority. Thus, both the provincial and the federal authorities may examine the source of an applicant's funds, the former for the purpose of selection, and the latter for the purpose of determining admissibility. The visa officer's request was lawful and reasonable, as the documents sought related to the question of admissibility.

The delay of approximately five months between the day of the interview and the day the visa officer made the decision regarding permanent residence was not unreasonable. Furthermore, the applicant's submission that the visa officer had violated the principle of procedural fairness and the doctrine of legitimate expectation by conducting an interview based on the selection criteria for investors and by failing to inform the applicant outright of the real purpose of the interview, was without merit. The visa officer had explained to the applicant why the interview was necessary, and the nature of the documents sought.

The following question was certified: Does the Canada-Québec Accord limit the jurisdiction of the visa officer to question the source of funds of a Quebec-destined applicant for permanent residence in Canada, in order to establish the applicant's admissibility? This was a serious question of

*Jugement*: la demande est rejetée.

Étant donné le revenu annuel et la valeur nette déclarée du demandeur, la demande de l'agent des visas était légitime et le visa a été refusé pour des motifs légitimes, à savoir parce que l'agent des visas ne pouvait pas vérifier l'admissibilité du demandeur en vertu de l'article 19 sans avoir les pièces qu'il avait demandées à maintes reprises. L'agent des visas était autorisé à demander ces pièces en vertu du paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'immigration* et il incombait au demandeur de prouver que son admission au Canada ne contrevenait pas à la Loi. Le demandeur ne s'était pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu du paragraphe 9(3) et il ne s'était pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 8. L'agent des visas a le droit et l'obligation d'exiger que le demandeur produise des pièces qui, selon lui, sont nécessaires à l'examen de la demande.

En demandant une preuve concernant les fonds du demandeur afin de pouvoir déterminer si celui-ci était admissible, l'agent des visas n'agissait pas en dehors de sa compétence. L'alinéa 12a) de l'Accord Canada-Québec montre clairement que le Québec a une compétence exclusive sur la question de la sélection et que le Canada a une compétence exclusive sur la question de l'admissibilité. Toutefois, ni l'esprit ni la lettre de l'Accord n'empêchent les autorités fédérales de l'immigration de vérifier l'origine des actifs d'un demandeur afin de pouvoir déterminer s'il doit être admis au Canada. Au contraire, l'article 26 de l'annexe A de l'Accord prévoit la transmission de renseignements et de documents entre le Canada et le Québec, de façon que chacun puisse exercer ses responsabilités. Par conséquent, les autorités provinciales et les autorités fédérales peuvent vérifier la source des fonds du demandeur, les premières aux fins de la sélection et les dernières aux fins de l'admissibilité. La demande de l'agent des visas était légitime et raisonnable puisque les pièces demandées se rapportaient à la question de l'admissibilité.

La période d'environ cinq mois qui s'est écoulée entre le jour où l'entrevue a eu lieu et le jour où l'agent des visas a pris la décision relative à la résidence permanente n'était pas déraisonnable. En outre, la prétention du demandeur selon laquelle l'agent des visas avait violé le principe de l'équité procédurale et la doctrine de l'attente légitime en menant une entrevue fondée sur les critères de sélection applicables aux investisseurs et en omettant d'informer le demandeur clairement du but réel de l'entrevue n'était pas fondée. L'agent des visas avait expliqué au demandeur pourquoi l'entrevue était nécessaire, et la nature des pièces sollicitées.

La question suivante a été certifiée: L'Accord Canada-Québec limite-t-il la compétence de l'agent des visas de remettre en question la source des fonds d'une personne à destination du Québec qui demande à résider en permanence au Canada afin d'établir l'admissibilité de cette dernière? Il

general importance. It went beyond the applicant's situation and affects all applicants to Quebec in the investor category. The Federal Court of Appeal has not examined the question of jurisdiction as set out in the Canada-Québec Accord. Whether the source of an applicant's funds constitutes an element of admissibility is a question of law. And, if the visa officer did not have jurisdiction to examine the source of the applicant's funds, his decision would be invalid and the application for judicial review would have to be allowed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada-Québec Accord Relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens*. Employment and Immigration Canada, February 5, 1991, s. 12, Annex A, s. 26, Annex D, s. 3a).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 9(3),(4) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83), (2) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, ss. 11, 122; 1995, c. 15, s. 2).

*Regulation respecting the selection of foreign nationals*, R.R.Q. 1981, c. M-23.1, r. 2, s. 21(d) (as am. by O.C. 1725-92, s. 3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kaur v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1995), 98 F.T.R. 91 (F.C.T.D.); *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Singh (Gurmit) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 106 F.T.R. 66 (F.C.T.D.); *Huynh v. Canada*, [1995] 1 F.C. 633; (1994), 88 F.T.R. 60 (T.D.); aff'd [1996] 2 F.C. 976; (1996), 134 D.L.R. (4th) 612; 34 Imm. L.R. (2d) 199; 197 N.R. 62 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a visa officer's denial of the applicant's application for permanent residence, notwithstanding that a certificate of selection had been issued by Quebec Immigration, on the ground that he had not satisfactorily demonstrated that his net worth was derived from legal sources. Application dismissed, and the following

s'agissait d'une question grave de portée générale. La question ne se rapportait pas uniquement à la situation du demandeur, mais elle concernait tous les demandeurs appartenant à la catégorie des investisseurs, au Québec. La Cour d'appel fédérale n'a pas examiné la question de la compétence telle qu'elle est énoncée dans l'Accord Canada-Québec. La question de savoir si la source des fonds du demandeur constitue un élément de l'admissibilité est une question de droit. Si l'agent de visas n'avait pas compétence pour déterminer la source des fonds du demandeur, sa décision serait invalide et la demande de contrôle judiciaire devrait être accueillie.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Accord Canada-Québec Relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*. Emploi et Immigration Canada, le 5 février 1991, art. 12, annexe A, art. 26, annexe D, art. 3a).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 8(1), 9(3),(4) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83), (2) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11, 122; 1995, ch. 15, art. 2).

*Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, R.R.Q. 1981, ch. M-23.1, r. 2, art. 21d) (mod. par décret 1725-92, art. 3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Kaur c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al.* (1995), 98 F.T.R. 91 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Singh (Gurmit) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 106 F.T.R. 66 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Huynh c. Canada*, [1995] 1 C.F. 633; (1994), 88 F.T.R. 60 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1996] 2 C.F. 976; (1996), 134 D.L.R. (4th) 612; 34 Imm. L.R. (2d) 199; 197 N.R. 62 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente du demandeur, même si un certificat de sélection avait été délivré par Immigration Québec, pour le motif que celui-ci n'avait pas démontré d'une façon satisfaisante que sa valeur nette était tirée de sources licites. Demande rejetée; la question suivante a été

question was certified: does the Canada-Quebec Accord limit the jurisdiction of the visa officer to question the source of funds of a Quebec-destined applicant for permanent residence in Canada, in order to establish the applicant's admissibility?

## APPEARANCES:

*Julius H. Grey* for applicant.

*Marie-Claude Demers* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Grey, Casgrain*, Montréal, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] NADON J.: This is an application for judicial review of the decision of visa officer Gregory Chubak (the visa officer) dated January 26, 1998, pursuant to which the visa officer dismissed the applicant's application for permanent residence.

[2] The applicant is a Chinese citizen who submitted a permanent residence application on January 24, 1997, along with a certificate of selection already issued by Quebec Immigration on May 20, 1996.

[3] In his application under the investor category in Quebec, the applicant indicated that he had assets of a value of \$500,000. In his application for permanent residence, the Applicant indicated that his salary was 20,000 RMB (Chinese currency) per month. This amount equals approximately C\$3,000. Further, the applicant indicated that his personal net worth, at the time of the filing of his application, was \$1,911,000.

[4] To ensure that the applicant's considerable funds derived from legitimate activities, the visa officer asked the applicant to provide documents establishing the source of these funds. As the visa officer states in paragraph 11 of his affidavit:

certifiée: L'Accord Canada-Québec limite-t-il la compétence de l'agent des visas de remettre en question la source des fonds d'une personne à destination du Québec qui demande à résider en permanence au Canada afin d'établir l'admissibilité de cette dernière?

## ONT COMPARU:

*Julius H. Grey* pour le demandeur.

*Marie-Claude Demers* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Grey, Casgrain*, Montréal, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NADON: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas Gregory Chubak (l'agent des visas) a rejeté, le 26 janvier 1998, la demande de résidence permanente du demandeur.

[2] Le demandeur est un citoyen chinois qui a présenté une demande de résidence permanente le 24 janvier 1997 avec une attestation de sélection délivrée par Immigration Québec le 20 mai 1996.

[3] Dans la demande qu'il a présentée à titre d'investisseur au Québec, le demandeur a déclaré qu'il avait des actifs d'une valeur de 500 000 \$. Dans sa demande de résidence permanente, il a déclaré que son salaire mensuel était de 20 000 RMB (en argent chinois). Ce montant équivaut à environ 3 000 \$CAN. En outre, le demandeur a déclaré que sa valeur nette personnelle, au moment où la demande avait été présentée, était de 1 911 000 \$.

[4] Afin de s'assurer que ces actifs considérables provenaient d'activités légitimes, l'agent des visas a demandé au demandeur de produire des pièces établissant leur source. Comme le dit l'agent des visas au paragraphe 11 de son affidavit:

... considering the wide disparity between the Applicant's prior salary and work history and his personal net worth and apparent income, I felt it imperative to seek satisfactory evidence as to the source of the applicant's funds in order to render a proper decision with respect to the issue of criminality. Without satisfactory evidence thereof, I could not be satisfied that the funds and property he claimed as his own had been obtained and accumulated through legal and legitimate means.

The visa officer, following a review of the documents provided by the Quebec immigration authorities, concluded that these documents did not shed sufficient light on the source of the applicant's funds. As a result, he was unable to make a final determination on the issue of admissibility to Canada.

[5] The visa officer based his request for this documentation on subsection 9(3) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] (the Act) which provides:

9. (1) . . .

(3) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by a visa officer and shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.

[6] When the applicant produced documents that did not satisfy him, the visa officer scheduled an interview to allow the applicant to establish his admissibility to Canada and to respond to questions about the nature of his business and the source of his funds—in particular, how he obtained \$100,000 Canadian dollars to buy equity in his State business despite an annual income of approximately \$12,500 Canadian dollars in 1992, 1993 and 1994, and why he claimed to have earned significantly more in subsequent documentation, compared to his original claim.

[7] During the course of this interview, the applicant was unable to explain the nature of the discrepancies, nor was he able to demonstrate the source of his

[TRADUCTION]

[ . . . ] compte tenu de l'écart important qui existe entre le salaire antérieur du demandeur, ses antécédents professionnels, sa valeur nette personnelle et son revenu apparent, j'ai cru qu'il était impérieux de demander une preuve satisfaisante au sujet de la source des fonds du demandeur afin de pouvoir prendre une décision appropriée au sujet de la question de la criminalité. En l'absence d'une preuve satisfaisante, je ne pourrais pas être convaincu que les fonds et les biens que le demandeur revendique comme étant les siens ont été obtenus et accumulés par des moyens légaux et légitimes.

À la suite d'un examen des pièces produites par les autorités d'immigration Québec, l'agent des visas a conclu que ces documents ne jetaient pas suffisamment la lumière sur la source des fonds du demandeur. L'agent des visas n'a donc pas pu prendre une décision définitive au sujet de l'admissibilité du demandeur au Canada.

[5] L'agent des visas a fondé sa demande, en ce qui concerne les pièces, sur le paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (la Loi), qui prévoit ce qui suit:

9. (1) [ . . . ]

(3) Toute personne doit répondre franchement aux questions de l'agent des visas et produire toutes les pièces qu'exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

[6] Le demandeur ayant produit des pièces non satisfaisantes, l'agent des visas a organisé une entrevue en vue de lui permettre d'établir qu'il était admissible au Canada et de répondre aux questions soulevées au sujet de la nature de son entreprise et de la source de ses fonds, en particulier la façon dont il avait obtenu 100 000 \$ en argent canadien pour acheter des actions dans son entreprise américaine même si son revenu annuel était d'environ 12 500 \$ CAN en 1992, en 1993 et en 1994, et la raison pour laquelle il avait déclaré, dans des pièces subséquentes, un revenu beaucoup plus élevé que celui qui était déclaré dans la demande initiale.

[7] Pendant l'entrevue, le demandeur n'a pas pu expliquer la nature des écarts, et il n'a pas pu démontrer la source de ses actifs au moyen de déclarations

assets by pointing to personal and business tax returns, bank records, and/or audited accounts.

[8] The visa officer gave the applicant the opportunity to resubmit documents that would establish the origin of his funds and, on December 15, 1997, the applicant submitted additional documents. However, these documents were unsubstantiated and did not satisfy the visa officer with respect to the applicant's source of assets. .

[9] On January 26, 1998, the visa officer wrote to the applicant to inform him that his application for permanent residence was denied. The letter states, in part, as follows:

For your application to succeed, you must demonstrate that your admission to Canada would not be contrary to any provisions of the Immigration Act and regulations including a determination that you are not a member of the inadmissible class of persons described in subsection 19(1) of the Act. The Immigration Act clearly places the burden of proof on the applicant. Without the verifiable supporting documents, I cannot accept your claims and contradictory and unsubstantiated documentation as proof of your source of funds. This leads me to question if your personal net worth was derived from legitimate activities as you claim. Your failure to adequately account for the origins of your personal net worth denies me the opportunity to complete a comprehensive and proper assessment in your case.

You have failed to comply with the requirements of subsection 9(3) of the *Immigration Act*, which reads:

9(3) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by a visa officer and shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.

You do not meet the requirements of subsection 9(3) because you have not complied with our repeated request for documents that satisfactorily demonstrate that your personal net worth is derived from legal and legitimate sources which may have included, but were not limited to the following: personal and business tax returns, business contracts, bank records, audited accounts or any other verifiable documentation.

## ISSUES

[10] The applicant seeks to quash the visa officer's decision and to have the matter remitted back to a

de revenus personnelles et de déclarations de revenus d'entreprises, de documents bancaires ou de comptes apurés.

[8] L'agent des visas a donné au demandeur la possibilité de lui soumettre de nouveau des pièces susceptibles d'établir la provenance de ses fonds et, le 15 décembre 1997, le demandeur a soumis des pièces additionnelles. Toutefois, ces pièces n'étaient pas corroborées et ne satisfaisaient pas l'agent des visas en ce qui concerne la source des actifs du demandeur.

[9] Le 26 janvier 1998, l'agent des visas a écrit au demandeur pour l'informer que sa demande de résidence permanente était rejetée. La lettre est en partie ainsi libellée:

[TRADUCTION] Pour qu'il soit fait droit à votre demande, vous devez établir que votre admission au Canada ne contreviendrait pas aux dispositions de la Loi sur l'immigration et de son règlement d'application, et notamment que vous n'appartenez pas à une catégorie non admissible visée au paragraphe 19(1) de la Loi. La Loi sur l'immigration impose clairement la charge de la preuve au demandeur. En l'absence de pièces justificatives susceptibles d'être vérifiées, je ne puis retenir vos allégations et vos pièces contradictoires et non corroborées comme preuve de la source de vos fonds. Cela m'amène à me demander si votre valeur nette personnelle était attribuable à des activités légitimes, comme vous l'affirmez. Votre omission de rendre compte d'une façon adéquate du fondement de votre valeur nette personnelle m'empêche d'effectuer une appréciation exhaustive appropriée de votre cas.

Vous n'avez pas satisfait aux exigences du paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'immigration*, qui est ainsi libellé:

9(3) Toute personne doit répondre franchement aux questions de l'agent des visas et produire toutes les pièces qu'exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

Vous ne remplissez pas les conditions du paragraphe 9(3) parce que vous n'avez pas répondu aux demandes réitérées que nous avons faites en vue d'obtenir des pièces établissant d'une façon satisfaisante que votre valeur nette personnelle est attribuable à des sources légales et légitimes, (notamment: déclarations de revenus personnelles et déclarations de revenus d'entreprises, contrats commerciaux, documents bancaires, comptes apurés ou toute autre pièce vérifiable).

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[10] Le demandeur sollicite l'annulation de la décision de l'agent des visas et le renvoi de l'affaire

different visa officer for redetermination. In his memorandum of arguments, the applicant raises the following issues:

(i) Has the visa officer acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise his jurisdiction in view of:

(a) the *Immigration Act* and the *Canada-Quebec Accord* signed between the Government of Quebec and the Government of Canada with respect to the selection of immigrants?

(b) the unreasonable delay in the processing of the Applicant's application for permanent residence resulting from the visa officers [sic] unlawful exercise of jurisdiction;

(ii) Has the visa officer acted in a manner which is manifestly unreasonable or assessed Applicant based on criteria extraneous and/or contrary to the *Immigration Act* read in light of the *Canada-Quebec Accord*?

(iii) Has the visa officer violated the principles of natural justice and procedural fairness or the doctrine of legitimate expectation?

#### APPLICANT'S POSITION

[11] The applicant makes a distinction between verifying criminality and verifying the source of funds and submits that the lawfulness of an investor's source of funds is considered by Quebec before the issuance of a certificate of selection. The applicant points to the definition of "investor" set out in subsection 21(d) of the *Regulation respecting the selection of foreign nationals*<sup>1</sup> and argues that the verification of an applicant's qualifications for this category falls exclusively within Quebec's jurisdiction. The provision reads as follows:

21. . . .

(d) is designated as an "investor" if:

i. he has at least 3 years of experience in management:  
– in a farming commercial or industrial business that is profitable and legal;

. . .

ii. he has net assets of at least \$500 000 that he has accumulated through legal economic activities;

à un agent des visas différent pour réexamen. Dans son exposé des points d'argument, le demandeur soulève les questions suivantes:

[TRADUCTION]

(i) L'agent des visas a-t-il agi sans avoir la compétence voulue, a-t-il outrepassé sa compétence ou a-t-il refusé d'exercer sa compétence compte tenu:

a) de la *Loi sur l'immigration* et de l'*Accord Canada-Québec* qui a été signé par le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada à l'égard de la sélection des immigrants?

b) du délai déraisonnable dans lequel la demande de résidence permanente a été traitée, par suite de l'exercice illégitime de sa compétence?

(ii) L'agent des visas a-t-il agi d'une façon manifestement déraisonnable ou a-t-il apprécié le demandeur en se fondant sur des critères étrangers ou contraires à la *Loi sur l'immigration*, interprétée à la lumière de l'*Accord Canada-Québec*?

(iii) L'agent des visas a-t-il violé les principes de justice naturelle et d'équité procédurale ou la doctrine de l'attente légitime?

#### POSITION DU DEMANDEUR

[11] Le demandeur fait une distinction entre la détermination de la criminalité et la détermination de la source des fonds; il soutient que le Québec tient compte du caractère légitime de la source des fonds d'un investisseur avant de délivrer un certificat de sélection. Le demandeur signale la définition du mot «investisseur» énoncée au paragraphe 21d) du *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*<sup>1</sup> et soutient que l'appréciation de l'aptitude du demandeur à l'égard de cette catégorie relève exclusivement de la compétence du Québec. La disposition se lit comme suit:

21. [. . .]

d) qui est désigné «investisseur» s'il:

i. a une expérience en gestion d'au moins trois ans:  
– dans une entreprise agricole, commerciale ou industrielle, rentable et licite;

[. . .]

ii. dispose d'un avoir net d'au moins 500 000 \$ qu'il a accumulé par des activités économiques licites;

...

iii. he comes to settle and to invest in Québec in accordance with the provisions of this Regulation;

[12] The applicant also relies on the following provisions of the Canada-Québec Accord,<sup>2</sup> which provide that once Quebec has issued a certificate of selection, Canada must admit the immigrant as long as s/he does not belong to an inadmissible category of persons as defined by the Act. Paragraph 12(b) of the Accord provides:

12. . . .

(b) Canada shall admit any immigrant destined to Québec who meets Québec's selection criteria, if the immigrant is not in an inadmissible class under the law of Canada.

Further, with respect to immigrants in the investor category, paragraph 3a) of Annex D of the Accord stipulates:

3. The parties agree to maintain the following mechanisms applicable to the admission of investor immigrants destined to Québec:

a) Where an immigrant investor satisfied the requirements of the Québec regulations respecting the selection of foreign nationals, including the definition of investors, minimum investment, eligible business or commercial venture and guarantee, Canada shall then, subject to statutory requirements for admission to Canada, issue that immigrant an immigrant visa.

[13] The applicant submits that, when the visa officer asked for proof of his source of funds, the visa officer imported criteria not envisaged by the Act to assess his admissibility, and consequently, fettered his discretion.

[14] Moreover, the applicant submits that the visa officer violated the principle of legitimate expectation by reviewing the applicant's qualifications as an investor, a subject over which Quebec has exclusive jurisdiction. The applicant argues that an assessment of personal net worth falls outside the ambit of a federal visa officer's powers. Accordingly, the applicant submits that, in so far as he is entitled to demand that the competent federal or provincial authority act

[. . .]

iii. vient s'établir au Québec et y investir conformément aux dispositions du présent règlement;

[12] Le demandeur se fonde également sur les dispositions suivantes de l'Accord Canada-Québec<sup>2</sup>, qui prévoit qu'une fois que le Québec a délivré un certificat de sélection, le Canada doit admettre l'immigrant dans la mesure où il n'appartient pas à une catégorie non admissible au sens de la Loi. L'alinéa 12b) de l'Accord prévoit ce qui suit:

12. [. . .]

b) Le Canada doit admettre tout immigrant à destination du Québec qui satisfait aux critères de sélection du Québec, si cet immigrant n'appartient pas à une catégorie inadmissible selon la loi fédérale.

En outre, en ce qui concerne les immigrants appartenant à la catégorie des investisseurs, l'alinéa 3a) de l'annexe D de l'Accord stipule ce qui suit:

3. Les parties entendent reconduire les modalités suivantes de la sélection et de l'admission des immigrants investisseurs se destinant au Québec:

a) dans la mesure où un immigrant investisseur satisfait aux exigences du règlement québécois sur la sélection des ressortissants étrangers, notamment en regard des définitions d'investisseur, de placement minimal, d'entreprise ou de commerce admissible et de garantie, le Canada donnera une suite favorable à la sélection positive du Québec sous réserve des exigences statutaires d'admission du Canada.

[13] Le demandeur soutient que, lorsque l'agent des visas lui a demandé d'établir la source de ses fonds, l'agent des visas a tenu compte de critères non prévus par la Loi en vue d'apprécier son admissibilité et qu'il a donc porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire.

[14] En outre, le demandeur soutient que l'agent des visas a violé le principe de l'attente légitime en appréciant son aptitude à titre d'investisseur, soit une matière sur laquelle le Québec a une compétence exclusive. Le demandeur affirme qu'une appréciation de sa valeur nette personnelle ne relève pas des pouvoirs de l'agent fédéral des visas. Il soutient que dans la mesure où il a le droit d'exiger que l'autorité fédérale ou provinciale compétente agisse dans les



within its jurisdiction, the visa officer violated the applicant's legitimate expectation.

[15] The applicant claims that this alleged breach caused an unwarranted delay in the processing of his application, which prejudiced him and violated the principle of procedural fairness which requires a decision to be made in a timely manner.

[16] As an alternative argument, the applicant submits that if the Court accepts that the verification of admissibility includes proof of one's source of funds, none of the evidence suggests that the applicant is a member of an inadmissible class. Accordingly, the applicant argues that the visa officer's decision to deny him a visa is unreasonable and that it creates a presumption of criminality which he highly contests.

#### RESPONDENT'S POSITION

[17] The respondent submits that, by virtue of subsection 9(3) of the Act, a visa officer can require the applicant to produce documentation which establishes that his admission into Canada would not contravene the Act. Moreover, the respondent notes that, according to subsection 8(1) of the Act, the burden of proving that one's admission would not be contrary to the Act rests on a person seeking entry and that the applicant did not discharge himself of this burden in this case.

[18] The respondent further submits that the origin of the applicant's assets is a relevant component to his admissibility because this could determine whether the applicant belongs to a category of inadmissible people set out in subsections 19(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83] and (2) [as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 77; c. 49, ss. 11, 122; 1995, c. 15, s. 2] of the Act. As such, the respondent argues that the visa officer had the right to ask the applicant to produce proof of his source of funds in order to verify that his admission did not contravene the Act.

limites de ses compétences, l'agent des visas a violé l'attente légitime qu'il avait.

[15] Le demandeur affirme que cette présumée violation a occasionné un retard injustifiable dans le traitement de sa demande, de sorte qu'il a subi un préjudice et que le principe de l'équité procédurale, qui exige qu'une décision soit prise en temps opportun, a été violé.

[16] Subsidiairement, le demandeur soutient que si la Cour reconnaît que l'appréciation de l'admissibilité comprend l'examen de la preuve relative à la source des fonds d'une personne, aucun élément de preuve ne montre que le demandeur appartient à une catégorie non admissible. Il affirme que la décision de l'agent des visas de lui refuser un visa est donc déraisonnable et que cela crée une présomption de criminalité qu'il conteste fortement.

#### POSITION DU DÉFENDEUR

[17] Le défendeur soutient que, en vertu du paragraphe 9(3) de la Loi, l'agent des visas peut exiger que le demandeur produise des pièces établissant que son admission au Canada ne contreviendrait pas à la Loi. En outre, le défendeur fait remarquer que, selon le paragraphe 8(1) de la Loi, il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la Loi et que le demandeur ne s'est pas acquitté de cette obligation en l'espèce.

[18] Le défendeur soutient en outre que l'origine des actifs du demandeur influe sur son admissibilité parce que cela permettrait de déterminer si celui-ci appartient à une catégorie non admissible visée aux paragraphes 19(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83] et (2) [mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 77; ch. 49, art. 11, 122; 1995, ch. 15, art. 2] de la Loi. Il affirme que l'agent des visas avait donc le droit de demander au demandeur de prouver la source des fonds afin de s'assurer que l'admission de celui-ci ne contrevenait pas à la Loi.

## ANALYSIS

[19] The main issue in this case is whether the visa officer acted outside his jurisdiction when he requested proof of the applicant's source of funds. Related to this issue is whether assessing an applicant's admissibility can include a verification of his source of funds.

[20] In the present case, the visa officer was concerned about the origin of the applicant's assets because, notwithstanding an annual revenue of approximately \$12,500, the applicant declared a personal net worth of \$1,911,000. In my view, the visa officer's request was proper and he denied the visa on appropriate grounds, namely, that he was unable to verify the admissibility of the applicant with respect to section 19 of the Act without the documentation he had requested on numerous occasions.

[21] The visa officer had the power to request these documents by virtue of subsection 9(3) of the Act and the applicant had the burden of proving that his entry into Canada would not contravene the Act. The applicant did not meet his obligation under subsection 9(3) nor did he discharge himself of the burden set out in section 8 of the Act. As a result, the visa officer could not be satisfied that admitting the applicant would not contravene the Act and accordingly, it was within his authority to deny the application. As subsection 9(4) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] of the Act states:

9. . . .

(4) Subject to subsection (5), where a visa officer is satisfied that it would not be contrary to this Act or the regulations to grant landing or entry, as the case may be, to a person who has made an application pursuant to subsection (1) and to the person's dependants, the visa officer may issue a visa to that person and to each of that person's accompanying dependants for the purpose of identifying the holder thereof as an immigrant or a visitor, as the case may be, who, in the opinion of the visa officer, meets the requirements of this Act and the regulations.

[22] This Court has held that a visa officer has both the right and the duty to require an applicant to produce documents which the officer believes are

## ANALYSE

[19] En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si l'agent des visas a agi en dehors de sa compétence lorsqu'il a demandé au demandeur d'établir la source des fonds. La question de savoir si l'appréciation de l'admissibilité du demandeur peut inclure une vérification de la source des fonds est liée à cette question.

[20] En l'espèce, la question de l'origine des actifs intéressait l'agent des visas parce que, même si le revenu annuel du demandeur était d'environ 12 500 \$, ce dernier avait déclaré que sa valeur nette personnelle était de 1 911 000 \$. À mon avis, la demande de l'agent des visas était légitime et l'agent a refusé d'accorder le visa pour des motifs légitimes, à savoir parce qu'il ne pouvait pas vérifier l'admissibilité du demandeur en vertu de l'article 19 de la Loi sans avoir les pièces qu'il avait demandées à maintes reprises.

[21] L'agent des visas était autorisé à demander ces pièces en vertu du paragraphe 9(3) de la Loi et il incombait au demandeur de prouver que son admission au Canada ne contreviendrait pas à la Loi. Le demandeur ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu du paragraphe 9(3) et il ne s'est pas non plus acquitté de l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 8 de la Loi. L'agent des visas ne pouvait donc pas être convaincu que l'admission du demandeur ne contreviendrait pas à la Loi et il était donc autorisé à rejeter la demande. Comme le prévoit le paragraphe 9(4) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4] de la Loi:

9. [ . . ]

(4) Sous réserve du paragraphe (5), l'agent des visas qui est convaincu que l'établissement ou le séjour au Canada du demandeur et des personnes à sa charge ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements peut délivrer à ce dernier et aux personnes à charge qui l'accompagnent un visa précisant leur qualité d'immigrant ou de visiteur et attestant qu'à son avis, ils satisfont aux exigences de la présente loi et de ses règlements.

[22] Cette Cour a statué que l'agent des visas a le droit et l'obligation d'exiger que le demandeur produise les pièces qui, selon lui, sont nécessaires à

necessary for him or her to consider an application. Rothstein J., in *Kaur v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1995), 98 F.T.R. 91 (F.C.T.D.), at page 92 opined as follows:

Where documentation is properly sought by the visa officer and is not produced, the applicant cannot be granted admission, as she is a person who has not complied with a request lawfully made under the **Immigration Act**.

[23] When the visa officer sought proof of the applicant's funds in order to determine whether the applicant was admissible, he was not acting outside his jurisdiction. Paragraph 12(a) of the Canada-Québec Accord makes it perfectly clear that Quebec has exclusive jurisdiction over selection and Canada has exclusive jurisdiction over admissibility. However, neither the spirit nor the letter of the Accord precludes federal immigration authorities from verifying the origin of an applicant's assets in order to be able to determine whether that applicant should be granted admission to Canada. On the contrary, section 26 of Annex A of the Accord provides for an exchange of information and documents between Canada and Quebec so that each may exercise its proper authority:

26. . . . the parties will provide each other with all information and all documents necessary to the exercise of their responsibilities under the Accord.

Thus, both the provincial and the federal authorities may examine the source of an applicant's funds, the former for the purpose of selection, and the latter for the purpose of admissibility.

[24] In the circumstances of this case, it was appropriate, in my view, for the visa officer to verify the source of the applicant's funds, given the great disparity between his annual income and his personal net worth. The visa officer's request was lawful and reasonable, as the documents sought related to the question of admissibility.

#### Delay

[25] The applicant submits that the delay between the day of the interview and the day the visa officer made the decision regarding permanent residence was

l'examen de la demande. Dans la décision *Kaur c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al.* (1995), 98 F.T.R. 91 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 92 le juge Rothstein a fait remarquer ce qui suit:

Lorsque l'agent des visas demande à juste titre d'obtenir diverses pièces et que ces dernières ne sont pas produites, le requérant ne peut obtenir son admission, car il ne s'est pas conformé à une demande faite légitimement en vertu de la **Loi sur l'immigration**.

[23] Lorsque l'agent des visas a demandé la preuve de l'origine des fonds afin de pouvoir déterminer si le demandeur était admissible, il n'agissait pas en dehors de sa compétence. L'alinéa 12a) de l'Accord Canada-Québec montre clairement que le Québec a une compétence exclusive sur la question de la sélection et que le Canada a une compétence exclusive sur la question de l'admissibilité. Toutefois, ni l'esprit ni la lettre de l'Accord n'empêchent les autorités fédérales de l'immigration de vérifier l'origine des actifs d'un demandeur afin de pouvoir déterminer s'il doit être admis au Canada. Au contraire, l'article 26 de l'annexe A de l'Accord prévoit la transmission de renseignements et de documents entre le Canada et le Québec, de façon que chacun puisse exercer ses responsabilités:

26. [. . .] les deux parties se transmettent tous les renseignements et tous les documents nécessaires à l'exercice de leurs responsabilités respectives prévues à l'Accord.

Par conséquent, les autorités provinciales et les autorités fédérales peuvent vérifier la source des fonds du demandeur, les premières aux fins de la sélection et les dernières aux fins de l'admissibilité.

[24] Eu égard aux circonstances de l'espèce, il était à mon avis approprié pour l'agent des visas de vérifier la source des fonds du demandeur, étant donné l'écart important entre le revenu annuel et la valeur nette personnelle. La demande de l'agent des visas était légitime et raisonnable puisque les pièces demandées se rapportaient à la question de l'admissibilité.

#### Retard

[25] Le demandeur soutient que le temps qui s'est écoulé entre le jour où l'entrevue a eu lieu et le jour où l'agent des visas a pris la décision relative à la

unreasonable as per *Singh (Gurmit) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 106 F.T.R. 66 (F.C.T.D.). The delay was approximately five months (August 1997 to January 1998).

[26] The respondent submits that the delay between the interview and the communication of the decision can be explained by the applicant not providing the documents demanded for more than three months.

[27] I am satisfied that there was no unreasonable delay in this case.

#### Legitimate Expectation

[28] The applicant submits that the visa officer violated the principle of procedural fairness and the doctrine of legitimate expectation by conducting an interview based on the selection criteria for investors and by failing to inform the applicant outright of the real purpose of the interview.

[29] On the evidence before me, I am satisfied that the visa officer explained to the applicant why the interview was necessary. In paragraph 14 of his affidavit, the visa officer states the following:

14. On August 21, 1997, I interviewed the applicant to establish his admissibility in Canada. At the outset of the interview, I explained to the applicant and confirmed with him the purpose of the interview, reiterating that the interview was not one of selection, but was related exclusively to the matter of admissibility

[30] Moreover, at page 2 of his letter to the applicant, dated January 26, 1998, the officer explained the nature of the documents sought on numerous occasions:

You were counselled in detail what was required of you by way of documentary evidence. You were asked to produce coherent documentation in the form of personal and business tax returns, business contracts, bank records, audited accounts or any other verifiable means in order to document the origins of your personal net worth.

résidence permanente était déraisonnable selon la décision *Singh (Gurmit) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 106 F.T.R. 66 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il s'était écoulé environ cinq mois (du mois d'août 1997 au mois de janvier 1998).

[26] Le défendeur soutient que le temps qui s'est écoulé entre le jour de l'entrevue et le jour où la décision a été communiquée peut s'expliquer par le fait que, pendant plus de trois mois, le demandeur n'a pas produit les pièces demandées.

[27] Je suis convaincu qu'en l'espèce, le délai n'était pas déraisonnable.

#### L'attente légitime

[28] Le demandeur soutient que l'agent des visas a violé le principe de l'équité procédurale et la doctrine de l'attente légitime en menant une entrevue fondée sur les critères de sélection applicables aux investisseurs et en omettant de l'informer clairement du but réel de l'entrevue.

[29] Compte tenu de la preuve dont je dispose, je suis convaincu que l'agent des visas a expliqué au demandeur pourquoi l'entrevue était nécessaire. Au paragraphe 14 de son affidavit, l'agent des visas déclare ce qui suit:

#### [TRADUCTION]

14. Le 21 août 1997, j'ai eu une entrevue avec le demandeur afin d'établir s'il était admissible au Canada. Au début de l'entrevue, j'ai expliqué au demandeur le but de l'entrevue en réitérant qu'il ne s'agissait pas d'une entrevue de sélection, mais que seule la question de l'admissibilité serait examinée.

[30] En outre, à la page 2 de la lettre qu'il a envoyée au demandeur le 26 janvier 1998, l'agent a expliqué la nature des pièces qu'il avait à maintes reprises sollicitées:

[TRADUCTION] On vous a expliqué en détail la preuve documentaire que vous deviez fournir. On vous a demandé de produire des pièces cohérentes sous la forme de déclarations de revenus personnelles ou de déclarations de revenus d'entreprises, de contrats commerciaux, de documents bancaires, de comptes apurés ou sous toute autre forme vérifiable, afin de justifier votre valeur nette personnelle.

[31] The applicant's submissions on this issue are without merit.

[32] For all of the above-noted reasons, this application shall be dismissed.

[33] Counsel for the applicant has suggested that the following two questions be certified:

1. Does the Canadian Visa Officer exceed his jurisdiction when he analyses the funds available to the investor as to the source and quantity, matters which have already been studied by Immigration Quebec which issued a Certificate of Selection?
2. Did the Visa Officer breach natural justice in not disclosing to the applicant his belief that he had claimed to have \$1,911,000 CAD, not apparent anywhere else in the record and not giving him a chance to answer this?

[34] I shall begin with the second question proposed by the applicant. In my view, this question should not be certified. Firstly, the applicant never raised this issue in his application for judicial review of the visa officer's decision. In his memorandum of argument, the applicant submits that "the federal Visa Officer violated the principle of procedural fairness and the doctrine of legitimate expectation by conducting an interview based on the selection criteria for investors and by failing to inform the Applicant outright of the real purpose of the interview" (paragraph 50 of the memorandum).

[35] This is the only submission the applicant makes on this issue, and is clearly more general than the question he now wants to certify. In my view, the question which the applicant wants to certify is subsumed and implicit in the original submission, in so far as it reflects a more particularized form of his original submission. That is, the submission in the memorandum indicates that the visa officer should have informed him that the real purpose of the interview was to verify his source of funds, whereas the question he now submits for certification suggests that the visa officer should have given him the opportunity to specifically address the discrepancy between

[31] Les arguments que le demandeur a invoqués sur ce point ne sont pas fondés.

[32] Pour les motifs susmentionnés, cette demande est rejetée.

[33] L'avocat du demandeur a soutenu que les deux questions ci-après énoncées devaient être certifiées:

[TRADUCTION]

1. L'agent des visas canadien excède-t-il sa compétence lorsqu'il analyse les fonds dont dispose l'investisseur en ce qui concerne leur source et leur quantité, soit des questions qu'Immigration Québec, qui a délivré un certificat de sélection, a déjà examinées?
2. L'agent des visas a-t-il violé les règles de justice naturelle en ne faisant pas savoir au demandeur qu'il croyait qu'il avait déclaré avoir 1 911 000 \$CAN, déclaration qui ne figurait nulle part ailleurs dans le dossier, et en ne lui donnant pas la possibilité de répondre?

[34] J'examinerai d'abord la seconde question que le demandeur a proposée. À mon avis, cette question ne devrait pas être certifiée. Premièrement, le demandeur n'a jamais soulevé cette question dans la demande de contrôle judiciaire qu'il a présentée à la suite de la décision de l'agent des visas. Dans son exposé des points d'argument, le demandeur soutient que [TRADUCTION] «l'agent fédéral des visas a violé le principe de l'équité procédurale et la doctrine de l'attente légitime en menant une entrevue fondée sur les critères de sélection applicables aux investisseurs et en omettant de l'informer clairement du but réel de l'entrevue» (paragraphe 50 de l'exposé).

[35] Il s'agit de l'unique argument que le demandeur invoque sur ce point; cet argument est clairement d'une nature plus générale que la question dont le demandeur sollicite maintenant la certification. À mon avis, la question que le demandeur veut faire certifier est comprise dans l'argument initial et en fait implicitement partie, dans la mesure où elle constitue une forme plus précise de l'argument initial, c'est-à-dire que selon l'argument figurant dans l'exposé, l'agent des visas aurait dû informer le demandeur que l'entrevue visait en fait à vérifier la source de ses fonds, alors que selon la question dont on demande maintenant la certification, l'agent des visas aurait dû donner

C\$1,911,000 and his annual income. To my mind, arguing that the visa officer should have disclosed the real purpose of the interview (which was to determine the source of the applicant's funds and, incidentally, the cause of the discrepancy) and arguing that the visa officer should have disclosed his belief that the applicant had claimed almost \$2 million amounts to the same thing: either way, the purpose of the interview was to determine the source of the applicant's funds.

[36] Where the problem arises, however, for the purpose of deciding whether to certify this question, is that the applicant never pursued the issue of disclosure. He certainly did not go beyond the general argument that the visa officer should have disclosed the real purpose of the interview. Therefore, the applicant never addressed (or contested) the \$1,911,000 figure quoted by the visa officer in his affidavit, even though the figure appears to be much higher than the one provided by the applicant in his application for selection certificate (i.e., \$500,000).

[37] Secondly, and more importantly, the second question proposed by the applicant is not a serious question of general importance. Counsel for the Minister, in her written submissions of October 21, 1999, makes the following point in regard to the second question proposed for certification:

[TRANSLATION] With regard to the second question proposed by the applicant, first we would like to emphasize that no specific submission was made by the applicant on this point in his memorandum pertaining to the application for judicial review.

However that may be, the respondent maintains that it is by no means a "serious question of general importance" within the meaning of section 83 of the Act. In fact, as the Federal Court of Appeal clearly stated in *Liyagamage*<sup>3</sup> the question proposed for certification must go beyond the interests of the immediate parties, which is clearly not the case of the second question proposed by the applicant.

[38] I agree with the position taken by the respondent regarding the second question. In my view, the question proposed by the applicant is limited to the

la possibilité au demandeur d'expliquer expressément l'écart entre le montant de 1 911 000 \$CAN et son revenu annuel. À mon avis, soutenir que l'agent des visas aurait dû révéler le but véritable de l'entrevue (à savoir, déterminer la source des fonds du demandeur et accessoirement la cause de l'écart) et soutenir que l'agent des visas aurait dû révéler qu'il croyait que le demandeur avait déclaré près de deux millions de dollars équivaut à la même chose: d'une façon ou d'une autre, l'entrevue visait à déterminer la source des fonds du demandeur.

[36] Toutefois, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il faut certifier cette question, il y a un problème, à savoir que le demandeur n'a jamais poursuivi la question de la divulgation. Il s'est contenté de soutenir d'une façon générale que l'agent des visas aurait dû divulguer le but véritable de l'entrevue. Le demandeur n'a donc jamais expliqué (ou réfuté) le chiffre de 1 911 000 \$ que l'agent des visas avait mentionné dans son affidavit, même si ce chiffre semble beaucoup plus élevé que celui qu'il avait déclaré dans la demande qu'il avait présentée en vue d'obtenir un certificat de sélection (soit 500 000 \$).

[37] Deuxièmement, fait encore plus important, la deuxième question que le demandeur a proposée n'est pas une question grave de portée générale. Dans ses observations écrites du 21 octobre 1999, l'avocate du ministre souligne ce qui suit au sujet de la deuxième question:

En ce qui concerne la deuxième question proposée par le demandeur, nous désirons souligner, tout d'abord, que celui-ci, dans son mémoire relatif à la demande de contrôle judiciaire, ne présentait aucun argument précis à cet égard.

Quoi qu'il en soit, le défendeur soutient qu'il ne s'agit nullement d'une «question grave de portée nationale» [sic] au sens de l'article 83 de la Loi. En effet, tel que la Cour d'appel fédérale l'a clairement indiqué dans l'affaire *Liyagamage*<sup>3</sup>, la question dont est demandée la certification doit dépasser l'intérêt des parties, ce qui n'est clairement pas le cas de cette deuxième question proposée par le demandeur.

[38] Je souscris à la position que le défendeur a prise à l'égard de la deuxième question. À mon avis, la question que le demandeur a proposée est limitée

particular circumstances of the case and addresses only the immediate interests of the applicant. Consequently, the second question shall not be certified.

[39] I now turn to the first question proposed by the applicant. Only “serious questions of general importance” should be certified. Such questions must transcend both the particular circumstances of the case as well as the immediate interests of the parties. As this Court has stated, “a certified question . . . is not about the case at bar: The question must seek to clarify an undecided legal point of general importance” (see *Huynh v. Canada*, [1995] 1 F.C. 633 (T.D.), at page 651 and affirmed by F.C.A. at [1996] 2 F.C. 976).

[40] In her written submissions, counsel for the respondent also takes the position that this first question should not be certified. Counsel submits, however, that should the Court be of the view that there should be certification, that the proper question for certification is the following:

Does the Canada-Quebec Accord limit the jurisdiction of the visa officer to question the source of funds of a Quebec-destined applicant for permanent residence in Canada, in order to establish the applicant’s admissibility?

[41] In my view, the question, as reformulated by the respondent, ought to be certified. In *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, Décary J.A., for the Federal Court of Appeal, explained at page 5 the basis of certification as follows:

In order to be certified pursuant to s. 83(1), a question must be one which, in the opinion of the motions judge, transcends the interests of the immediate parties to the litigation and contemplates issues of broad significance or general application (see the useful analysis of the concept of “importance” by Catzman, J., in *Rankin v. McLeod, Young, Weir Ltd. et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 569 (H.C.), but it must also be one that is determinative of the appeal. The certification process contemplated by s. 83 of the **Immigration Act** is neither to be equated with the reference process established by s. 18.3 of the **Federal Court Act**, nor is it to be used as a tool to obtain from the Court of

aux circonstances particulières de l’affaire et vise uniquement son intérêt immédiat. Par conséquent, la deuxième question ne sera pas certifiée.

[39] J’examinerai maintenant la première question proposée par le demandeur. Seules les «questions graves de portée générale» devraient être certifiées. Pareilles questions doivent aller au-delà des circonstances particulières de l’affaire et de l’intérêt immédiat des parties. Comme cette Cour l’a dit: «La question certifiée [. . .] ne porte pas sur celle-ci [l’affaire particulière]. La question doit viser à clarifier un point de droit de portée générale qui n’est pas réglé» (voir *Huynh c. Canada*, [1995] 1 C.F. 633 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 651, confirmé par la Cour d’appel fédérale dans [1996] 2 C.F. 976).

[40] Dans ses observations écrites, l’avocate du défendeur affirme également que cette première question ne devrait pas être certifiée. Toutefois, elle soutient que si la Cour se prononçait en faveur de la certification, la question qu’il convient de certifier est la suivante:

[TRADUCTION] L’Accord Canada-Québec limite-t-il la compétence de l’agent des visas de remettre en question la source des fonds d’une personne à destination du Québec qui demande à résider en permanence au Canada, afin d’établir l’admissibilité de cette dernière?

[41] À mon avis, la question, telle qu’elle a de nouveau été libellée par le défendeur, devrait être certifiée. Dans l’arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, le juge Décary, au nom de la Cour d’appel fédérale, a expliqué comme suit, à la page 5, le fondement de la certification:

Lorsqu’il certifie une question sous le régime du paragraphe 83(1), le juge des requêtes doit être d’avis que cette question transcende les intérêts des parties au litige, qu’elle aborde des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale (voir l’excellente analyse de la notion d’«importance» qui est faite par le juge Catzman dans la décision *Rankin v. McLeod, Young, Weir Ltd. et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 569 (H.C.)) et qu’elle est aussi déterminante quant à l’issue de l’appel. Le processus de certification qui est visé à l’article 83 de la **Loi sur l’immigration** ne doit pas être assimilé au processus de renvoi prévu à l’article 18.3 de la **Loi sur la Cour fédérale** ni être

Appeal declaratory judgments on fine questions which need not be decided in order to dispose of a particular case.

[42] The first question, as reformulated by counsel for the respondent, meets the conditions set out by Décary J.A. in *Liyanagamage*. Firstly, the question goes beyond the applicant's situation and affects all applicants to Quebec in the investor category. Secondly, the Court of Appeal has not examined the question of jurisdiction as set out in the Canada-Quebec Accord. Thirdly, whether the source of an applicant's funds constitutes an element of admissibility is a question of law. Finally, if the visa officer did not have jurisdiction to examine the source of the applicant's funds, his decision would be invalid and the application for judicial review would be allowed.

[43] I am therefore of the view that the following question should be certified:

Does the Canada-Québec Accord limit the jurisdiction of the visa officer to question the source of funds of a Quebec-destined applicant for permanent residence in Canada, in order to establish the applicant's admissibility?

<sup>1</sup> R.R.Q. 1981, c. M-23.1, r. 2 [as am. by O.C. 1725-92, s. 3].

<sup>2</sup> *Canada-Québec Accord Relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens* (signed February 5, 1991).

<sup>3</sup> *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

utilisé comme un moyen d'obtenir, de la Cour d'appel, des jugements déclaratoires à l'égard de questions subtiles qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour régler une affaire donnée.

[42] La première question, telle qu'elle a de nouveau été libellée par l'avocate du défendeur, remplit les conditions énoncées par le juge Décary, J.C.A. dans l'arrêt *Liyanagamage*. Premièrement, la question ne se rapporte pas uniquement à la situation du demandeur, mais elle concerne tous les demandeurs appartenant à la catégorie des investisseurs, au Québec. Deuxièmement, la Cour d'appel n'a pas examiné la question de la compétence telle qu'elle est énoncée dans l'Accord Canada-Québec. Troisièmement, la question de savoir si la source des fonds constitue un élément de l'admissibilité est une question de droit. Enfin, si l'agent des visas n'avait pas compétence pour déterminer la source des fonds du demandeur, sa décision serait invalide et la demande de contrôle judiciaire serait accueillie.

[43] À mon avis, la question suivante devrait donc être certifiée:

L'Accord Canada-Québec limite-t-il la compétence de l'agent des visas de remettre en question la source des fonds d'une personne à destination du Québec qui demande à résider en permanence au Canada, afin d'établir l'admissibilité de cette dernière?

<sup>1</sup> R.R.Q. 1981, ch. M-23.1, r. 2 [mod. par décret 1725-92, art. 3].

<sup>2</sup> *Accord Canada-Québec Relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains* (signé le 5 février 1991).

<sup>3</sup> *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).



T-2107-98

**Eric Scheuneman (Applicant)**

v.

**Attorney General of Canada (Respondent)****INDEXED AS: SCHEUNEMAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)**

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, October 18, 21 and November 15, 1999.

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Reasonable apprehension of bias — Standard of review — Procedural fairness — Judicial review of P.S.S.R.B. Adjudicator's denial of applicant's grievance of termination — After Minister's arguments, applicant presenting 349-page submission including amendments claiming additional relief — Adjudicator accepting all exhibits adduced by Minister, including letter written by applicant, CHRC complaint form — Attempting to continue hearings after noon until advised hearings scheduled to last only mornings because of applicant's disability (chronic fatigue syndrome) — Reasons addressing some, but not all of issues raised by applicant during hearing — Describing \$10 million damages claim as "contradiction", "ridiculous abuse of grievance process" — Rejected applicant's proposed amendments — (1) Viewed realistically, practically, informed person would not conclude reasonable apprehension Adjudicator biased based on deference to Minister's counsel, comments concerning applicant's efforts to increase relief sought — As master of own procedure, within Adjudicator's discretion to admit CHRC form, weigh relevancy — Admission per se not establishing bias — No additional cogent evidence inferring bias — (2)(a) Balancing factors set out in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) for determining appropriate standard of review, duty of fairness not requiring every argument, issue raised during PSSRA hearing be acknowledged in written reasons — (i) Rights-oriented nature of adjudicator's decision, powers granted by PSSRA favouring greater procedural safeguards — (ii) Adjudicator's decision final under statutory scheme — (iii) That importance of decision for applicant primarily financial militating only moderately in favour of strong procedural safeguards — (iv) P.S.S.R.B. Rules of procedure requiring decision to contain "summary" of evidence, suggesting fewer procedural safeguards called for — (b) PSSRA, s. 25 giving Board power to accept evidence as in its discretion sees fit, whether or not admissible in Court — Suggesting minimum of procedural safeguards vis-à-vis admission of evidence — Balanced with other Baker factors, Adjudicator not required by rules of procedural fairness to refuse to admit document given to applicant just prior to hearing — (c) Absence of record of proceedings breaching rules of*

T-2107-98

**Eric Scheuneman (demandeur)**

c.

**Le procureur général du Canada (défendeur)****RÉPERTORIÉ: SCHEUNEMAN c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 18 et 21 octobre et 15 novembre 1999.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Crainte raisonnable de partialité — Norme de contrôle — Équité procédurale — Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre de la C.R.T.F.P. rejetant le grief présenté par le demandeur contre son licenciement — Après la présentation des arguments du ministre, le demandeur a déposé des prétentions écrites de 349 pages, y compris des modifications pour demander un redressement additionnel — L'arbitre a accepté le dépôt de toutes les pièces déposées par le ministre, y compris une lettre écrite par le demandeur et un formulaire de plainte de la CCDDP — Tentative de continuer l'audience en après-midi, jusqu'à ce qu'on l'informe que les audiences n'étaient prévues qu'en matinée à cause de l'incapacité du demandeur (syndrome de fatigue chronique) — Les motifs ne traitent que d'une partie des questions soulevées par le demandeur à l'audience — Description de la réclamation de 10 millions de dollars comme une «contradiction», «abus ridicule de la procédure de règlement de griefs» — Rejet des modifications proposées par le demandeur — 1) De façon réaliste et pratique, une personne bien renseignée conclurait-elle à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de l'arbitre du fait qu'il s'en remettait constamment à l'avocat du ministre et qu'il a fait certains commentaires au sujet de la tentative du demandeur de bonifier le redressement demandé — Maître de sa propre procédure, l'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter le formulaire de la CCDDP et d'en évaluer la pertinence — Cette acceptation ne peut donc en soi justifier la revendication de partialité — Aucune preuve supplémentaire convaincante n'a été présentée pour indiquer l'existence de partialité — 2)(a) Ponderant les facteurs énoncés dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) pour déterminer la norme appropriée de contrôle, l'obligation d'équité n'exige pas que les motifs écrits fassent état de toutes les questions soulevées à l'audience de la C.R.T.F.P. — (i) Vu le fait que la nature de la décision de l'arbitre porte sur des droits et vu les pouvoirs que la LRTFP lui accorde, une protection procédurale plus importante est indiquée — (ii) Les arbitres sont les décideurs de dernier recours en vertu du régime législatif — (iii) Le fait que l'importance de la décision pour le demandeur était d'abord de nature financière fait qu'une*

*natural justice only if frustrating Court's hearing of appeal or review — As Court able to decide all matters on material before it, lack of transcripts not resulting in breach of natural justice.*

*Public Service — Termination of employment — Judicial review of P.S.S.R.B. Adjudicator's denial of grievance of termination after eight years on leave without pay — Adjudicator denying amendments to pleadings to claim additional relief — Applying test in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) for identifying appropriate rules of procedural fairness, standard of review patent unreasonableness — Critical factor that Adjudicator's decision within area of expertise — Nature of question involving interpretation, application of procedural matters — Adjudicator's expertise lies in deciding procedural matters — No regulations cover procedure governing manner in which grievances referred to adjudication — P.S.S.R.B. Regulations, s. 11 providing where procedural matter not provided for by Regulations arising during proceeding before Board, matter dealt with as Board directing — Supporting conclusion certain amount of deference owed to Adjudicator's decision — Purpose of PSSRA administrative, but terms under which Board operates exception to administrative nature of PSSRA — Adjudicator's decisions establishing rights as between employees, public service — That Adjudicator's role under s. 92 rights-oriented favouring greater procedural requirements — Adjudicator relying on Burchill v. Attorney General of Canada — Burchill standing for proposition grievor may not amend grievance in respect of nature of acts complained of after beginning presentation of grievance at hearing — Not wrongly relied upon even though applicant sought to amend relief sought not acts complained of — Adjudicator not exercising discretion in patently unreasonable manner — As to error of fact, Adjudicator in better position than Court on judicial review — None of findings impugned by applicant outside Adjudicator's expertise — Though not necessarily agreeing with every finding of fact, not Court's role to substitute its opinion for that of Adjudicator.*

*protection procédurale importante est moins essentielle — (iv) Les Règles de procédure de la C.R.T.F.P. précisent que la décision contient un « sommaire » de la preuve, ce qui va dans le sens d'une protection procédurale moins importante — (b) L'art. 25 de la LRTFP donne le pouvoir à la Commission d'accepter la preuve qu'elle juge appropriée, qu'elle soit ou non admissible en justice — Indique qu'une protection procédurale minimale est nécessaire en matière d'acceptation de preuve — En pondérant avec les autres facteurs de Baker, l'arbitre n'était pas tenu en vertu des règles de l'équité procédurale de refuser le dépôt du document remis au demandeur juste avant l'audience — (c) L'absence d'une transcription des procédures ne viole les règles de justice naturelle que si elle empêche les cours de statuer sur une demande d'appel ou de révision — Comme la Cour peut trancher les questions au vu des documents qui lui sont présentés, l'absence d'une transcription ne constitue pas une violation des règles de la justice naturelle.*

*Fonction publique — Fin d'emploi — Contrôle judiciaire du rejet par l'arbitre de la C.R.T.F.P. d'un grief contre un licenciement après huit ans de congé sans solde — L'arbitre rejette les modifications aux actes de procédure visant à réclamer un redressement additionnel — En appliquant le critère de Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) pour déterminer les règles applicables d'équité procédurale, la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable — Le facteur décisif: la décision de l'arbitre se situe dans le domaine d'expertise de l'arbitre — La question supposait l'interprétation et l'application de règles de procédure — L'expertise de l'arbitre consiste à décider de questions de procédure — Aucun règlement ne traite de la procédure applicable en cas de renvoi d'un grief à l'arbitrage — L'art. 11 du Règlement de la C.R.T.F.P. prévoit que toute question d'ordre procédural qui survient au cours d'une procédure devant la Commission et qui n'est pas prévue au Règlement est traitée de la manière ordonnée par la Commission — Appuie la conclusion qu'une certaine retenue judiciaire est requise face à la décision de l'arbitre — L'objectif de la LRTFP est de nature administrative, mais les dispositions régissant les arbitres font exception à la nature administrative de la Loi — Les décisions des arbitres établissent les droits des employés et de l'administration publique — Comme le rôle de l'arbitre en vertu de l'art. 92 porte sur l'adjudication de droits, il faut pouvoir compter sur des protections procédurales plus importantes — L'arbitre s'est appuyé sur Burchill c. Procureur général du Canada — L'arrêt Burchill précise qu'un employé s'estimant lésé ne peut modifier son grief en ce qui concerne la nature des gestes reprochés, dès lors que l'audition de son grief est commencée — On ne s'est pas appuyé à tort sur cet arrêt, même si le demandeur voulait modifier le redressement demandé et non la nature des gestes reprochés — L'arbitre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable — Au sujet des erreurs de fait, l'arbitre est beaucoup mieux placé que la Cour ne l'est dans le cadre du contrôle judiciaire —*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Judicial review of Public Service Staff Relations Board's denial of grievance of termination — Applicant afflicted with chronic fatigue syndrome in 1985 — On leave without pay for eight years prior to termination — Question whether suffered discrimination on ground of disability not having much precedential value, considered as question of mixed fact, law requiring review according to standard of correctness — Treasury Board policy under which granted leave without pay flexible enough to accommodate even those whose illness preventing them from returning to work for many years — Treatment of applicant not prima facie discriminatory under Charter, s. 15(1) — No evidence applicant suffered discrimination as result of not being able to peruse transcript of hearing.*

This was an application for judicial review of the Public Service Staff Relations Board's denial of the applicant's grievance of the termination of his employment by Natural Resources Canada. The applicant, a branch head, was afflicted with chronic fatigue syndrome in 1985. In 1988, after his sick leave credits were exhausted, he was granted leave without pay pursuant to a Treasury Board policy which stipulated that normally such leave would terminate within two years, but permitted extensions in exceptional circumstances. After the applicant refused to attend a medical appointment in November 1996 he was terminated for cause. The applicant grieved his termination under the *Public Service Staff Relations Act* (PSSRA). The grievance requested damages, but did not attach a dollar amount. After the Ministry had presented its arguments, the applicant submitted a 349-page written submission wherein he claimed \$200,000 for damages, \$2,000,000 for a conspiracy to violate his Charter rights and \$10,000,000 in related punitive damages. The Adjudicator accepted all of the exhibits adduced by the Minister, including a letter written by the applicant and a Canadian Human Rights Commission complaint form completed earlier by the applicant making allegations concerning the Ministry. The Adjudicator sought at least once to continue the hearings into the afternoon, but was advised that, because of the applicant's disability, the hearings were scheduled to last only during the mornings. He ruled that he had jurisdiction to consider Charter arguments and entertained the applicant's Charter submissions. In his decision the Adjudicator addressed some, but not all of the issues and objections raised by the

*Les conclusions contestées par le demandeur tombent toutes dans le cadre de l'expertise de l'arbitre — Bien que la Cour ne soit pas nécessairement toujours d'accord avec les conclusions de fait, ce n'est pas son rôle de substituer son avis à celui de l'arbitre.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant le grief présenté contre un licenciement — En 1985, le demandeur a été diagnostiqué comme souffrant du syndrome de fatigue chronique — En congé sans solde pendant huit ans avant son licenciement — La question de savoir si le demandeur a été victime de discrimination au motif de son incapacité ne peut faire jurisprudence et elle est abordée comme une question mixte de fait et de droit, ce qui fait que la norme applicable est celle de la décision correcte — La politique du Conseil du Trésor en vertu de laquelle le congé sans solde a été accordé est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée — Le traitement accordé au demandeur n'est pas discriminatoire à première vue au sens de l'art. 15(1) de la Charte — Aucune preuve que le demandeur a fait l'objet d'une discrimination parce qu'il n'a pu obtenir une transcription de l'audience.*

Il s'agissait de la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant le grief présenté par le demandeur contre son licenciement par Ressources naturelles Canada. En 1985, le demandeur, un chef de section, a été diagnostiqué comme souffrant du syndrome de fatigue chronique. Après l'épuisement de ses crédits de congés de maladie en 1988, il s'est vu accorder un congé sans solde en vertu d'une politique du Conseil du Trésor qui précisait qu'un tel congé devait prendre fin après deux ans, tout en autorisant sa prolongation en cas de circonstances exceptionnelles. Après que le demandeur eût refusé de se présenter à un rendez-vous médical, il a fait l'objet d'un licenciement motivé en novembre 1996. Le demandeur a présenté un grief au sujet de son licenciement, en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP). Le grief visait l'octroi de dommages sans préciser de somme. Après que le Ministère eût présenté ses arguments, le demandeur a déposé des prétentions écrites de 349 pages, dans lequel il fixe le montant des dommages à 200 000 \$, en plus de réclamer 2 000 000 \$ pour complot en vue de violer les droits que lui garantit la Charte et 10 000 000 \$ de dommages punitifs connexes. L'arbitre a accepté le dépôt de toutes les pièces déposées par le ministre, y compris une lettre écrite par le demandeur et un formulaire de plainte à la Commission canadienne des droits de la personne que le demandeur avait préparé et dans lequel il portait certaines accusations contre le Ministère. L'arbitre a voulu, au moins une fois, continuer l'audience en après-midi, mais on l'a informé que les audiences n'étaient prévues qu'en matinée

applicant during the hearing. He described the \$10,000,000 claim as a "contradiction" and a "ridiculous abuse of the grievance process", and rejected all of the proposed amendments, relying on *Burchill v. Attorney General of Canada*. He also rejected the applicant's claim that the Ministry had breached his Charter rights.

The issues were: (1) whether there was a reasonable apprehension that the Adjudicator was personally biased against the applicant; (2) whether the Adjudicator breached other principles of natural justice and procedural fairness; (3) whether the Adjudicator erred in law; (4) whether the Adjudicator committed a jurisdictional error by ignoring relevant considerations; (5) whether the Adjudicator made an erroneous finding of fact; and (6) whether the Ministry violated the applicant's rights under the Charter.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) The test for personal (as distinguished from institutional) bias is whether an informed person viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would conclude that there was a reasonable apprehension of bias. In support of his claim of bias, the applicant submitted that the Adjudicator showed consistent deference to counsel for the Minister. Viewed realistically and practically, the Court could not conclude that this evidence raised a reasonable apprehension of bias. The applicant also maintained that the admission into evidence of the Canadian Human Rights Commission complaint form and two references to it in the Adjudicator's reasons were improper and demonstrated that the Adjudicator was "spiteful". As master of his own procedure, it was within the Adjudicator's discretion to admit the form and weigh its relevance when developing his reasons. The admission of the form *per se* could not ground the applicant's claim; the applicant needed some additional cogent evidence inferring bias, which he did not adduce. As to the Adjudicator's comments concerning the applicant's attempt to increase the relief sought by amending his claim, they would not lead an informed person, viewing the matter realistically and practically, to conclude that the Adjudicator was prejudiced against the applicant.

(2)(i) The applicant submitted that the duty of fairness required the Adjudicator to comment on, or at least acknowledge, certain issues raised and statements made by the applicant during the hearing. It is settled law that a tribunal is not required in its written reasons to refer to every issue raised by the parties or to every finding leading

à cause de l'incapacité du demandeur. Il a conclu qu'il avait compétence pour entendre des arguments fondés sur la Charte et il a entendus ceux du demandeur. Dans ses motifs, l'arbitre traite d'une partie seulement des questions et objections soulevées par le demandeur à l'audience. Il a décrit la réclamation de 10 000 000 \$ comme une «contradiction» et un «abus ridicule de la procédure de règlement des griefs» et rejeté toutes les modifications proposées en se fondant sur *Burchill c. Procureur général du Canada*. Il a aussi rejeté l'allégation du demandeur que le Ministère avait violé les droits que lui garantit la Charte.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) y avait-il une crainte raisonnable de partialité de l'arbitre vis-à-vis le demandeur par suite d'un préjugé personnel à son égard? 2) l'arbitre avait-il violé d'autres principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale? 3) l'arbitre avait-il commis une erreur de droit? 4) l'arbitre avait-il commis une erreur juridictionnelle en ne tenant pas compte de considérations pertinentes? 5) l'arbitre avait-il commis une erreur de fait? et 6) le Ministère avait-il violé les droits garantis au demandeur par la Charte?

*Arrêt*: la demande est rejetée.

1) Le critère applicable en matière de partialité personnelle (à distinguer de la partialité systémique) est le suivant: une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique, conclurait-elle à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité? À l'appui de son allégation de partialité, le demandeur a soutenu que l'arbitre s'en remettait constamment à l'avocat du Ministère. En étudiant cette preuve de façon réaliste et pratique, la Cour ne peut conclure qu'elle établit une crainte raisonnable de partialité. Le demandeur soutient aussi que l'autorisation de déposer en preuve le formulaire de plainte de la Commission canadienne des droits de la personne et les deux références à ce sujet dans les motifs de l'arbitre sont mal fondés, et qu'ils démontrent que l'arbitre a été «malveillant». L'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter le formulaire et d'en évaluer la pertinence au moment de rédiger ses motifs. Le fait que le formulaire ait été accepté ne peut donc en soi justifier la revendication du demandeur; il faut un élément de preuve supplémentaire convaincant pour indiquer l'existence de partialité et le demandeur n'en a pas présenté. Quant aux commentaires de l'arbitre au sujet de la tentative du demandeur de bonifier le redressement demandé en modifiant sa réclamation, ils n'amèneraient pas une personne bien renseignée, qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, à conclure que l'arbitre a fait preuve de partialité envers le demandeur.

2)(i) Le demandeur soutient que le devoir d'équité oblige l'arbitre à commenter ou, au moins, à mentionner certaines questions soulevées et certaines déclarations faites par le demandeur à l'audience. Il est bien établi en droit qu'un tribunal n'est pas tenu de faire état, dans ses motifs écrits, de toutes les questions soulevées par les parties ou de toutes

to the ultimate conclusion. On analysing the factors for identifying the appropriate rules of procedural fairness set out by L'Heureux-Dubé J. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the above-mentioned principle continues to accurately reflect the law in relation to the contents of a tribunal's reasons. The first factor referred to in *Baker* is the nature of the decision being made. The role of an adjudication hearing is to establish the rights of employees in respect of a collective agreement, arbitral award or actions by the public service. Establishing an employee's rights requires the determination of questions of fact and of law during the hearing. To help the adjudicator conduct hearings, the PSSRA grants him some of the powers of a superior court of general jurisdiction. The rights-oriented nature of an adjudicator's decision and the powers granted to him or her by the PSSRA militate in favour of greater procedural safeguards. The second factor referred to in *Baker* is the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which a tribunal operates. The statute does not provide for an appeal from an adjudicator's decision, though an employee may seek judicial review thereof. Thus adjudicators are final decisionmakers in respect of employee grievances. The third factor is the importance of the decision to the individual affected. The primary ramification of the decision for the applicant was financial in nature, thus militating only moderately in favour of strong procedural safeguards. The fourth relevant factor is the practice concerning procedure which the tribunal has developed over time. *P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, 1993*, paragraph 83(c) requires an adjudicator's decision to contain a "summary" of the evidence and representations, suggesting that fewer procedural safeguards are called for. Balancing all of these factors, an adjudicator's duty of fairness does not require that every argument and issue raised during a hearing under the PSSRA be acknowledged in the written reasons.

(ii) Allegations that the Adjudicator attempted to speed up the schedule, thus displaying disregard for the applicant's disability and contempt towards him personally were just that — mere allegations which were not accepted in light of other affidavit evidence.

(iii) The applicant's third submission relevant to procedural fairness was that the Adjudicator improperly admitted evidence tendered by the respondent, including one document which was disclosed to the applicant just prior to the hearing, and the CHRC complaint form. As to the first document, the *Baker* factors considered above applied. In addition, PSSRA, section 25 provides that the Board has the power to receive and accept such evidence as in its discretion it sees fit, whether admissible in a court of law or not. This section strongly suggests that only a minimum of procedural safeguards *vis-à-vis* the admission of evidence at a PSSRA hearing are required. Balanced with the other factors detailed in *Baker* the Adjudicator was not required

les conclusions qui ont mené à sa décision. Après analyse des facteurs énumérés par le juge L'Heureux-Dubé dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, le principe susmentionné reflète toujours l'état du droit quant au contenu des motifs d'un tribunal. Le premier facteur mentionné dans *Baker* est la nature de la décision rendue. La nature d'une audience d'arbitrage tient à son rôle dans la détermination des droits des employés en vertu de la convention collective, d'une sentence arbitrale, ou face aux décisions prises par l'administration publique. La détermination des droits d'un employé exige que des questions de fait et de droit soient tranchées à l'audience. Afin d'aider l'arbitre dans la conduite des audiences, la LRTFP lui accorde certains pouvoirs d'une cour supérieure de compétence générale. Le fait que la nature de la décision de l'arbitre porte sur des droits, et les pouvoirs que la LRTFP lui accorde, vont dans le sens d'une protection procédurale plus importante. Le deuxième facteur mentionné dans *Baker* est la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant le tribunal. Aucun appel n'est prévu contre la décision d'un arbitre, bien qu'un employé puisse demander le contrôle judiciaire. Les arbitres sont donc les décideurs de dernier recours relativement au grief d'un employé. Le troisième facteur est l'importance de la décision pour la personne visée. Étant donné que l'importance de la décision pour le demandeur était d'abord de nature financière, une protection procédurale importante est moins essentielle. Le quatrième facteur pertinent est la pratique de l'organisme quant à sa propre procédure. L'alinéa 83c) du *Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P. (1993)* porte que la décision de l'arbitre contient un «sommaire» de la preuve et des observations, ce qui va dans le sens d'une protection procédurale moins importante. Ponderant tous ces facteurs, le devoir d'équité procédurale de l'arbitre n'exige pas que tous les arguments présentés et toutes les questions soulevées dans le cadre d'une audition en vertu de la LRTFP soient mentionnés dans les motifs écrits.

(ii) Les allégations que l'arbitre a voulu accélérer le processus, ne tenant pas compte de l'incapacité du demandeur, et qu'il a fait preuve de mépris à son endroit, ne sont rien d'autre que des allégations et elles n'ont pas été retenues au vu du contenu des autres affidavits.

(iii) La troisième allégation du demandeur qui touche à l'équité procédurale veut que l'arbitre a eu tort d'admettre la preuve du défendeur, notamment un document qui a été communiqué au demandeur juste avant l'audience et le formulaire de réclamation présenté à la CCDP. Quant au premier document, les facteurs énumérés dans *Baker* examinés précédemment s'appliquent. De plus, l'article 25 de la LRTFP prévoit que la Commission peut recevoir et accepter les éléments de preuve qu'elle juge appropriés, qu'ils soient admissibles ou non en justice. Cet article indique fortement que seule une protection procédurale minimale est nécessaire en matière d'admission d'éléments de preuve lors d'une audience tenue en vertu de la LRTFP.

by the rules of procedural fairness to refuse the document given to the applicant just prior to the hearing. Admission of the CHRC complaint form was neither a breach of *Privacy Act*, sections 7 and 8, nor a breach of the rules of procedural fairness.

(iv) The applicant argued that the Board's policy of not recording the proceedings breached a requirement of natural justice. Absence of a recording will only breach the rules of natural justice only if it frustrates the court in hearing an appeal or judicial review. As neither the PSSRA nor the P.S.S.R.B. Regulations require that transcripts be made, it had to be determined whether the record allowed the Court to properly dispose of the application. The Court had before it the Adjudicator's written reasons, the record before him and affidavits from the applicant and the respondent's witness testifying as to what occurred at the hearings. As the Court was able to decide all matters based on the material before it, lack of a transcript would not result in a breach of natural justice.

(3) The applicant submitted that the Adjudicator erred in law when he denied the applicant's attempts to amend his pleadings during the hearing to claim additional relief. This was a discretionary decision which involved an interpretation and application of procedural rules, a matter within the Adjudicator's expertise. No regulations cover the procedure governing the manner in which grievances may be referred to adjudication. P.S.S.R.B. Regulations, section 11 provides that where a procedural matter that is not provided for by the Regulations arises during the course of a proceeding before the Board, the matter shall be dealt with in such manner as the Board directs. That the decision was within the Adjudicator's realm of expertise supported the conclusion that a certain amount of deference be shown to the Adjudicator's decision. The purpose of the PSSRA is administrative in that it creates the Board to regulate the relationship between employees and their unions, and the federal public service, but the terms under which adjudicators operate are an exception to that administrative scheme. Adjudicators' decisions establish rights as between employees and the public service, thus favouring greater procedural requirements. Adopting the test in *Baker*, the appropriate standard of review was patent unreasonableness, the critical factor being that the Adjudicator's decision was within his area of expertise.

*Burchill* stands in part for the proposition that a grievor may not amend his grievance in respect of the nature of the acts complained of once he has begun presenting his grievance at a hearing. It was not wrongly relied upon, even

En pondérant ceci avec les facteurs susmentionnés tirés de *Baker*, l'arbitre n'était pas tenu, en vertu des règles de l'équité procédurale, de refuser le dépôt du document remis au demandeur juste avant l'audience. Le fait d'admettre le formulaire de plainte de la CCDP ne constituait pas une contravention aux articles 7 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, non plus qu'une violation des règles de l'équité procédurale.

(iv) Le demandeur soutient que la politique de la Commission de ne pas enregistrer ses audiences enfreint une des exigences de la justice naturelle. L'absence d'une transcription ne viole les règles de justice naturelle que si elle empêche les cours de statuer sur une demande d'appel ou de révision. Comme ni la LRTFP ni le Règlement de la C.R.T.F.P. ne prescrivent la transcription, il faut décider si le dossier permet à la Cour de statuer convenablement sur la demande. La Cour est saisie des motifs écrits de l'arbitre, du dossier qui lui était présenté, et des affidavits du demandeur et du témoin du défendeur portant sur le déroulement de l'audience. Comme la Cour peut trancher les questions en l'instance au vu des documents qui lui sont présentés, l'absence de transcription ne constitue pas une violation de la justice naturelle.

3) Le demandeur soutient que l'arbitre a commis une erreur de droit en rejetant sa demande de modifier ses actes de procédure à l'audience pour réclamer un redressement additionnel. La décision en cause était de nature discrétionnaire et elle supposait l'interprétation et l'application de règles de procédure, qui est du domaine de l'expertise de l'arbitre. Aucun règlement ne traite de la procédure applicable en cas de renvoi d'un grief à l'arbitrage. L'article 11 du Règlement de la C.R.T.P.F. prévoit que toute question d'ordre procédural qui survient au cours d'une procédure devant la Commission et qui n'est pas prévue au Règlement est traitée de la manière ordonnée par la Commission. Le fait que la décision se situe dans le domaine d'expertise de l'arbitre appuie la conclusion qu'une certaine retenue judiciaire est requise face à la décision de l'arbitre. L'objectif de la LRTPF est de nature administrative, en ce qu'elle crée la Commission pour régir les relations entre les employés et leur syndicat, d'une part, et la fonction publique fédérale, d'autre part. Les dispositions régissant les arbitres font toutefois exception à la nature administrative de la Loi. Les décisions des arbitres établissent les droits des employés et de l'administration publique, il faut pouvoir compter sur des protections procédurales plus importantes. En adoptant le critère de *Baker*, la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. Le facteur clé en l'occurrence est le fait que la décision de l'arbitre se situe dans le cadre de son expertise.

L'arrêt *Burchill* précise notamment qu'un employé s'estimant lésé ne peut modifier son grief en ce qui concerne la nature des gestes reprochés, dès lors que l'audition de son grief est commencée. On ne s'est pas appuyé à tort sur cet

though the applicant sought to amend the relief he sought as opposed to the acts complained of. There was no defect on the face of the Adjudicator's reasons. The Adjudicator did not exercise his discretion in a patently unreasonable manner.

(4) The applicant submitted that the Adjudicator did not consider some of his evidence. There was no evidence that the Adjudicator did not read all submitted materials prior to the end of the hearing. Not citing every shred of evidence adduced by the applicant, but rather citing the respondent's evidence, was not proof that the Adjudicator read none of it, but merely indicated the weight that the Adjudicator attributed after considering each part of the 349 pages. That the Adjudicator did not agree with the applicant was not proof that the applicant's submissions were left unconsidered.

(5) An adjudicator is in a much better position to ascertain facts than a court on judicial review. None of the findings impugned by the applicant were outside the Adjudicator's expertise. The proper standard of review was patent unreasonableness. Though the Court did not necessarily agree with every finding of fact, it was not the Court's role to substitute its opinion simply because it differed from that of the Adjudicator.

(6) The applicant alleged that the Adjudicator erred in not finding the actions of the Ministry in breach of Charter, subsection 15(1). As the applicant's circumstances and the Ministry's actions were fairly unique, the question was not of much precedential value and was considered to be one of mixed law and fact. As the interpretation and application of the Charter falls outside of a PSSRA adjudicator's area of expertise, the question of mixed fact and law called for a standard of correctness to be observed.

The relevant prohibited ground of discrimination was the applicant's disability. The Treasury Board policy under which Ministry officials granted the applicant leave without pay in 1988 was flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years. It therefore did not discriminate against the applicant. The applicant's leave status was discontinued only after eight years, and only because he would remain unable to return to work for the foreseeable future. The actions of departmental employees in implementing the policy were not discriminatory. The treatment of the applicant was not *prima facie* discriminatory pursuant to subsection 15(1). The Adjudicator was, therefore, correct on the question of whether there was sufficient evidence to found a claim of discrimination.

arrêt, même si le demandeur voulait modifier le redressement demandé et non la nature des gestes reprochés. Les motifs de l'arbitre n'étaient pas viciés à leur face même. L'arbitre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable.

4) Le demandeur soutient que l'arbitre n'a pas tenu compte d'éléments de preuve qu'il a présentés. Rien dans la preuve ne démontre que l'arbitre n'a pas lu tous les documents présentés avant la fin de l'audience. Le fait que l'arbitre n'a pas cité chaque élément de preuve présenté par le demandeur, mais a cité plutôt celle du défendeur, ne prouve aucunement qu'il ne l'a pas lue, mais reflète simplement le poids que l'arbitre a donné aux 349 pages après les avoir étudiées. Le fait que l'arbitre n'a pas donné raison au demandeur ne prouve nullement qu'il n'a pas examiné les prétentions du demandeur.

5) L'arbitre est beaucoup mieux placé pour juger des faits que la Cour ne l'est dans le cadre du contrôle judiciaire. Les conclusions contestées par le demandeur tombent toutes dans le cadre de l'expertise de l'arbitre. La norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. Bien que la Cour n'arrivait pas nécessairement toujours aux mêmes conclusions de fait, ce n'était pas son rôle de substituer son avis à celui de l'arbitre pour ce motif.

6) Le demandeur soutient que l'arbitre a commis une erreur en ne concluant pas que le Ministère avait violé le paragraphe 15(1) de la Charte. Comme la situation du demandeur et les gestes posés par le Ministère sont de nature assez exceptionnelle, la question ne peut faire jurisprudence et elle est abordée comme une question mixte de fait et de droit. Comme l'interprétation et l'application de la Charte ne font pas partie du domaine d'expertise d'un arbitre agissant en vertu de la LRTFP, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique à cette question mixte de fait et de droit.

Le motif prohibé de discrimination pertinent est l'incapacité du demandeur. La politique du Conseil du Trésor en vertu de laquelle les fonctionnaires du Ministère ont accordé un congé sans solde au demandeur en 1988 est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée. Cette politique n'est donc pas discriminatoire à l'encontre du demandeur. Le demandeur n'a perdu le statut d'employé sans solde qu'après une absence de huit ans et seulement parce qu'il ne pouvait revenir travailler dans un avenir prévisible. Les actions des fonctionnaires du Ministère dans la mise en œuvre de la politique ne peuvent donc être qualifiées de discriminatoires. Le traitement accordé au demandeur n'est pas discriminatoire à première vue au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. L'arbitre avait donc raison de conclure comme il l'a fait sur la question de savoir s'il y avait une preuve suffisante pour étayer l'existence d'une discrimination.

There was no evidence that the applicant suffered discrimination as a result of not being able to peruse a transcript of the hearing.

Il n'y a aucune preuve que le demandeur a fait l'objet d'une discrimination parce qu'il n'a pu obtenir une transcription de l'audience.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 10, 44(4)(a).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 11(2)(g) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 7, 8(2)(b),(d).  
*P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, 1993*, SOR/93-348, s. 83(c).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 21(1), 25, 92(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68), 96.1 (as enacted *idem*, s. 70), 99, 100(1),(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; 73 CLLC 14,193; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

##### DISTINGUISHED:

*Barry v. Canada (Treasury Board)* (1997), 221 N.R. 223 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Public*

#### 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. 15(1).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 10, 44(4)a).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2)(g) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 7, 8(2)(b),d).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 21(1), 25, 92(1)(b) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68), 96.1 (édicte, *idem*, art. 70), 99, 100(1),(3).  
*Règlements et règles de procédure de la C.R.T.F.P. 1993*, DORS/93-348, art. 83c).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Union internationale des employés de service, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; 73 CLLC 14,193; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Barry c. Canada (Conseil du Trésor)* (1997), 221 N.R. 223 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Alliance*



*Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *Perera v. Canada*, [1998] 3 F.C. 381; (1998), 158 D.L.R. (4th) 341; 225 N.R. 161 (C.A.); *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.

## CONSIDERED:

*Burchill v. Attorney General of Canada*, [1981] 1 F.C. 109; (1980), 37 N.R. 530 (C.A.); *Rhéaume v. Canada* (1992), 11 Admin. L.R. (2d) 124; 153 N.R. 270 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; (1998), 160 D.L.R. (4th) 1; [1999] 6 W.W.R. 453; 10 Admin. L.R. (3d) 1; 168 Sask. R. 104; 226 N.R. 319; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145.

## AUTHORS CITED

*Shorter Oxford English Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1989, "summary".  
*Treasury Board Manual*. Personnel Management Component: Compensation. Ottawa: Treasury Board of Canada.

APPLICATION for judicial review of the Public Service Staff Relations Board's denial of the applicant's grievance of his termination on the grounds of bias, breach of principles of natural justice and procedural fairness, and violation of Charter, section 15 rights. Application dismissed.

## APPEARANCES:

Eric Scheuneman applicant on his own behalf.  
*Stéphane Arcelin* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *Perera c. Canada*, [1998] 3 C.F. 381; (1998), 158 D.L.R. (4th) 341; 225 N.R. 161 (C.A.); *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.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Burchill c. Procureur général du Canada*, [1981] 1 C.F. 109; (1980), 37 N.R. 530 (C.A.); *Rhéaume c. Canada* (1992), 11 Admin. L.R. (2d) 124; 153 N.R. 270 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; (1998), 160 D.L.R. (4th) 1; [1999] 6 W.W.R. 453; 10 Admin. L.R. (3d) 1; 168 Sask. R. 104; 226 N.R. 319; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145.

## DOCTRINE

*Manuel du Conseil du Trésor*. Module—Gestion du personnel: Rémunération. Ottawa: Conseil du Trésor du Canada.  
*Shorter Oxford English Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1989, «summary».

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet par la Commission des relations de travail dans la fonction publique du grief logé par le demandeur contre son licenciement, pour cause de partialité, violation des principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale, et violation des droits reconnus par l'article 15 de la Charte. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

Eric Scheuneman, demandeur, en son propre nom.  
*Stéphane Arcelin* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur.

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

[1] CULLEN J.: This is an application for judicial review brought pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. The applicant seeks an order quashing a decision by the Public Service Staff Relations Board, dated October 20, 1998 [[1998] C.P.S.S.R.B. No. 93 (QL)], denying a grievance by the applicant against his termination by Natural Resources Canada. The applicant also seeks an order finding in favour of his grievance or, in the alternative, an order requiring the Public Service Staff Relations Board to redetermine his grievance.

[2] On the first day of hearings, the applicant asked that, due to his disabilities, he be allowed to make further written submissions in lieu of oral representations. Counsel for the respondent eventually accepted his new submissions for the most part, although he asked the Court to make a determination in respect of certain portions to which he maintained an objection. Because of the circumstances, both parties agreed that it would be appropriate for the Court to render a decision on the record.

[3] Both parties also agreed to adjourn the hearings *sine die* in order to allow the Court an opportunity to study the new submissions, rule on their admissibility and to draft any questions it might still have. In the event, this last step proved unnecessary. As for the admissibility of the submissions, the Court cannot admit those portions which consist of new evidence.

#### Facts

[4] The applicant is the former Head, Technology and Industry Development, Energy Technology Branch, Natural Resources Canada (hereinafter the Ministry). On June 4, 1984 he began working part-time from his home. Sometime in 1985 he acquired candidiasis and Myalgic Encephalomyelitis (hereinafter chronic fatigue syndrome). Eventually, the respondent

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

[1] LE JUGE CULLEN: La présente demande de contrôle judiciaire a été déposée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. Le demandeur sollicite une ordonnance annulant la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, datée du 20 octobre 1998 [[1998] C.R.T.F.P.C. n° 93 (QL)], rejetant le grief présenté par le demandeur contre son licenciement par Ressources naturelles Canada. Le demandeur veut aussi obtenir une ordonnance accueillant son grief, ou, subsidiairement, une ordonnance intimant à la Commission des relations de travail dans la fonction publique de tenir une nouvelle audition de son grief.

[2] Le premier jour de l'audience, le demandeur a fait état de son incapacité et demandé l'autorisation de fournir de nouvelles prétentions écrites en remplacement de sa plaidoirie orale. L'avocat du défendeur a accepté qu'on dépose une bonne partie des nouvelles prétentions, demandant toutefois des directives à la Cour au sujet de certaines parties auxquelles il s'objectait. Dans les circonstances, les deux parties étaient d'accord pour que la Cour se prononce expressément à ce sujet.

[3] Les deux parties ont également convenu d'un ajournement *sine die* pour que la Cour puisse examiner les nouvelles prétentions et décider si elles pouvaient être déposées ou non, et pour qu'elle énonce toute question résiduelle. Cette dernière étape n'a pas été nécessaire. Quant aux prétentions en cause, la Cour ne peut autoriser le dépôt de celles qui constituent de nouveaux éléments de preuve.

#### Les faits

[4] Le demandeur est l'ancien chef, Développement de la technologie et de l'industrie, Direction de la technologie de l'énergie, de Ressources naturelles Canada (ci-après le Ministère). Le 4 juin 1984, il a commencé à travailler à temps partiel à son domicile. En 1985, on a diagnostiqué une candidose et une encéphalo-myélite myalgique (ci-après le syndrome de

attempted to secure a return to work by the applicant but his return to full-time work in the summer of 1988 only resulted in him having to go on sick leave as a result of stress. After his sick leave credits had been exhausted, his supervisors granted him leave without pay on September 19, 1988. The Treasury Board policy [*Treasury Board Manual*. Personnel Management Component: Compensation, Appendix A] under which his supervisors granted this leave provides (respondent's record at Tab 30):

When employees are unable to work due to illness or injury and have exhausted their sick leave credits or injury on duty leave, managers must consider granting leave without pay.

Where it is clear that the employee will not be able to return to duty within the foreseeable future, managers must consider granting such leave without pay for a period sufficient to enable the employee to make the necessary personal adjustments and preparations for separation from the Public Service on medical grounds.

Where management is satisfied that there is a good chance the employee will be able to return to duty within a reasonable period of time (the length of which will vary according to the circumstances of the case), leave without pay provides an option to bridge the employment gap. Management must regularly re-examine all such cases to ensure that continuation of leave without pay is warranted by current medical evidence.

Management must decide upon the termination date for such leave without pay within two years of the leave's commencement, although it can, in some circumstances, be extended to accommodate exceptional cases.

The period of such leave without pay must be flexible enough to allow managers to accommodate the needs of employees with special recovery problems, including their retraining.

[5] The applicant remained unfit to return to work and was laid off in 1989, though, this was successfully grieved and the applicant reinstated with the status of leave without pay. The Ministry inquired about the health of the applicant in 1990 and 1992 and was provided with doctor's certificates stating that he continued to be incapacitated. In early 1994, the Ministry asked whether the applicant would be able to return to work or whether he would be seeking a medical retirement. The applicant rejected both options, seeking to remain on leave without pay. The

fatigue chronique). Par la suite, le défendeur a essayé d'obtenir que le demandeur reprenne le travail à temps plein, mais cette reprise s'est soldée à l'été 1988 par un congé de maladie lié au stress. Après l'épuisement de ses crédits de congés de maladie, la direction lui a accordé un congé sans solde le 19 septembre 1988. La politique du Conseil du Trésor [*Manuel du Conseil du Trésor*. Module—Gestion du personnel: Rémunération, Appendice A] qui autorise ce congé prévoit (dossier du défendeur, onglet 30):

Les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré aux employés qui ne peuvent travailler pour cause de blessure ou de maladie et qui ont épuisé leurs crédits de congé de maladie ou de congé d'accident du travail.

Si il est clair que l'employé ne sera pas en mesure de retourner au travail dans un avenir prévisible, les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré d'une durée suffisante pour permettre à l'employé de prendre les dispositions nécessaires en prévision de sa cessation d'emploi de la fonction publique pour raisons médicales.

Si la direction est convaincue qu'il y a de bonnes chances que l'employé retourne au travail dans un délai raisonnable (dont la durée variera selon les circonstances), un congé non rémunéré peut être considéré afin qu'il n'y ait pas d'interruption d'emploi. La direction doit réexaminer tous ces cas périodiquement afin de s'assurer que le congé non rémunéré n'est pas prolongé sans raisons médicales valables.

La direction doit déterminer la date de cessation du congé non rémunéré en deçà d'une période de deux ans après le début du congé, bien qu'elle puisse prolonger la période de congé si des circonstances exceptionnelles le justifient.

La période de congé non rémunéré doit être suffisamment souple pour permettre aux gestionnaires de tenir compte des besoins des employés ayant des problèmes particuliers de réadaptation, comme le besoin d'un recyclage.

[5] Le demandeur n'a pu retourner au travail et a été mis à pied en 1989. Cette décision a été annulée suite à un grief, et le demandeur a retrouvé le statut d'employé en congé sans solde. Le Ministère s'est enquis de l'état de santé du demandeur en 1990 et en 1992, suite à quoi il a reçu des certificats médicaux confirmant l'incapacité du demandeur. En 1994, le Ministère a cherché à savoir si le demandeur pouvait reprendre le travail ou s'il prendrait une retraite pour raisons médicales. Le demandeur a rejeté ces deux options, voulant demeurer en congé sans solde. Comme le

Ministry did not, however, want to leave the applicant on leave without pay indefinitely and continued to seek a medical prognosis concerning the applicant's ability to work. Eventually the applicant sent to the Ministry a letter written by a doctor and dated December 12, 1994. It stated (respondent's record at Tab 13):

I, therefore, do not anticipate Mr. Sheuneman [*sic*] being ready for part-time work at any occupation in the near future, and I fully expect that he will remain so disabled for an indefinite number of years (many) in the future.

[6] A further two years of communications between both parties shows how the applicant was concerned about the legality of the Ministry's actions and the financial implications of the options put to him. For instance, a letter written to the Ministry and dated December 7, 1995 provides (respondent's record at Tab 17):

The pension information clearly illustrates that it would be detrimental to my short-term and long-term financial opportunities and security to take a medical retirement.

After the applicant refused to attend at a medical appointment in November, 1996 he was terminated for cause on November 29, 1996 pursuant to paragraph 11(2)(g) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81] of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11. The applicant grieved his termination to the Public Service Staff Relations Board (hereinafter Board) in early 1997 under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35 (hereinafter PSSRA). His grievance was heard by an adjudicator, Mr. Barry Turner, over three days in September, 1998. Ms. Patti Bordeleau appeared as an observer for the Ministry.

[7] In the applicant's grievance, there was a request, in part, for damages but no dollar amount was attached to it. After the Ministry had presented its arguments, the applicant submitted a 349-page written submission instead of making oral arguments. The Adjudicator accepted the additional submissions. Within the 349 pages, the applicant attempted to put

Ministère ne voulait pas que la situation se poursuive indéfiniment, il a continué de chercher à obtenir un pronostic médical quant à la capacité du demandeur à travailler. Finalement, le demandeur a expédié au Ministère une lettre d'un médecin, datée du 12 décembre 1994. Cette lettre disait (dossier du défendeur, onglet 13):

[TRADUCTION] Par conséquent, je ne prévois pas que M. Sheuneman [*sic*] sera en mesure d'occuper à temps partiel quelque emploi que ce soit dans un avenir rapproché, et je suis fermement convaincu qu'il demeurera invalide pour un nombre indéterminé d'années (de nombreuses années) encore.

[6] L'échange de correspondance au cours des deux années suivantes indique que le demandeur se posait des questions sur la légalité des actions du Ministère, ainsi que sur les conséquences financières des options suggérées. Par exemple, dans une lettre adressée au Ministère en date du 7 décembre 1995, le demandeur écrit ceci (dossier du défendeur, onglet 17):

[TRADUCTION] Les renseignements portant sur la retraite indiquent clairement qu'une retraite pour raisons médicales serait au détriment de mes intérêts financiers à court et à long terme.

Après que le demandeur eût refusé de se présenter à un rendez-vous médical en novembre 1996, il a fait l'objet d'un licenciement motivé le 29 novembre 1996, en vertu de l'alinéa 11(2)(g) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81] de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11. Au début de 1997, le demandeur a présenté un grief au sujet de son licenciement à la Commission des relations de travail dans la fonction publique (ci-après la Commission), en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 (ci-après la LRTFP). Son grief a été entendu sur une période de trois jours en septembre 1998 par l'arbitre Barry Turner. M<sup>me</sup> Patti Bordeleau était l'observateur du Ministère.

[7] Le grief visait notamment l'octroi de dommages sans préciser de somme. Après que le Ministère eût fini de présenter ses arguments, le demandeur a déposé des prétentions écrites de 349 pages au lieu de faire une plaidoirie. L'arbitre a accepté le dépôt de ces prétentions supplémentaires. Dans ce document de 349 pages, le demandeur fixe le montant des domma-

a dollar amount—\$200,000, to his claim for damages and sought the censure of certain Ministry employees. The applicant also sought to claim \$2,000,000 for conspiracy to violate his Charter rights [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and \$10,000,000 in related punitive damages.

[8] During the hearing, counsel for the Ministry adduced over 30 exhibits. The applicant objected on various grounds to most, if not all of them, being entered but could not persuade the Adjudicator to refuse any of them. One of these pieces of evidence was a letter written by the applicant, a copy of which was given to him by counsel for the Ministry just prior to the first day of hearings. The Adjudicator entered the letter, stating that it was clearly relevant. Another piece of evidence consisted of a Canadian Human Rights Commission complaint form completed earlier by the applicant and making allegations concerning the Ministry. The Adjudicator entered the complaint form and stated that he “would weigh it accordingly”.

[9] The Adjudicator decided on several other procedural matters, for instance denying at least two attempts by the applicant to adjourn the hearings and one attempt by him to postpone the last day of hearings. The Adjudicator sought at least once to continue the hearings into the afternoon but was apprised of the fact that, because of the applicant’s chronic fatigue syndrome, the hearings were scheduled to last only during the mornings. There is disagreement as to how the Adjudicator reacted when told this. In a letter to the Board dated September 19, 1998 the applicant sought to have the Adjudicator removed for bias and expressed his opinion that transcripts were required in order to accurately record what was going on at the hearing.

[10] Counsel for the Ministry tried, in its turn, to strike certain submissions made by the applicant, including the allegation that the Ministry had breached

ges à 200 000 \$ et tente aussi d’obtenir que certains employés du Ministère fassent l’objet d’un blâme. Le demandeur cherche également à obtenir 2 millions de dollars pour complot en vue de violer les droits que lui garantit 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]], ainsi que 10 millions de dollars de dommages punitifs connexes.

[8] À l’audition, l’avocat du Ministère a déposé plus de 30 pièces. Le demandeur a présenté ses objections quant à la plupart d’entre elles (sinon toutes) pour divers motifs, mais il n’a pu convaincre l’arbitre de les exclure. Parmi ces pièces, on trouve une lettre écrite par le demandeur, qui en a reçu copie de l’avocat du Ministère la veille du début de l’audience. L’arbitre en a accepté le dépôt au motif qu’elle était manifestement pertinente. On a aussi présenté en preuve un formulaire de plainte à la Commission canadienne des droits de la personne que le demandeur avait préparé, et dans lequel il portait certaines accusations contre le Ministère. L’arbitre en a accepté le dépôt en déclarant qu’il «l’apprécierait en conséquence».

[9] L’arbitre a aussi tranché plusieurs autres questions de procédure, notamment en rejetant au moins deux demandes d’ajournement présentées par le demandeur, et une autre visant à obtenir un report du dernier jour d’audience. L’arbitre ayant voulu, à au moins une reprise, continuer l’audience en après-midi, on l’a informé que les audiences n’étaient prévues qu’en matinée parce que le demandeur souffrait du syndrome de fatigue chronique. Il y a divergence de vue quant à la réaction de l’arbitre face à cette situation. Dans une lettre adressée à la Commission le 19 septembre 1988, le demandeur cherchait à obtenir la récusation de l’arbitre pour cause de partialité et disait croire qu’une transcription était nécessaire pour assurer un compte rendu exact du déroulement de l’audience.

[10] Pour sa part, l’avocat du Ministère a demandé la radiation de certaines prétentions du demandeur, y compris l’allégation que le Ministère avait violé les

the applicant's Charter rights. The 349-page written submission contained, in part, a history of the treatment of disabled people, the purpose of subsection 15(1) of the Charter, some of the jurisprudence relating to it and some legal arguments. The Adjudicator ruled that he had the jurisdiction to consider Charter arguments and entertained the applicant's Charter submissions.

[11] In a decision dated October 20, 1998, the applicant's grievance was denied. In the reasons for decision, the Adjudicator addressed some but not all of the issues and objections raised by the applicant during the hearing. He did address the amendments that the applicant had sought to adduce in respect of the relief sought, describing the \$10,000,000 as a "contradiction" and "a ridiculous abuse of the grievance process". He rejected all of the proposed amendments on the basis of *Burchill v. Attorney General of Canada*, [1981] 1 F.C. 109 (C.A.). He also rejected the applicant's claim that the Ministry had breached his Charter rights, writing (applicant's record, at page 63):

However, the grievor has failed to satisfy me on the evidence that in terminating his employment the employer engaged in any violation of either the CHRA or the Charter.

#### Legal Issues

[12] After having reviewed all submissions, including those entered by the applicant on the first day of the hearings, and in view of their considerable number, I have found it necessary to group them under six general categories. The first category of submissions concerns whether there exists a reasonable apprehension that the Adjudicator was biased against the applicant. The second category covers whether the Adjudicator breached other principles of natural justice and procedural fairness. The third category covers whether the Adjudicator committed a jurisdictional error by ignoring relevant considerations. The fourth category of submissions concerns whether the Adjudicator erred in law on a number of different points. The fifth category covers whether the Adjudicator made an

droits que lui garantit la Charte. Les 349 pages de prétentions écrites contiennent notamment un historique du traitement des personnes handicapées, des arguments sur le but visé par le paragraphe 15(1) de la Charte, une partie de la jurisprudence sur cette question et certains arguments juridiques. L'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour entendre des arguments fondés sur la Charte et il a entendu ceux du demandeur.

[11] Le grief du demandeur a été rejeté dans une décision datée du 20 octobre 1998. Dans ses motifs, l'arbitre traite d'une partie des questions et objections soulevées par le demandeur à l'audience. Il s'est arrêté sur les modifications que le demandeur a voulu apporter au redressement demandé, disant que la somme de 10 millions de dollars était une «contradiction» et «un abus ridicule de la procédure de règlement des griefs». Il a rejeté toutes les modifications proposées en se fondant sur *Burchill c. Procureur général du Canada*, [1981] 1 C.F. 109 (C.A.). Il a aussi rejeté l'allégation du demandeur que le Ministère avait violé les droits que lui garantit la Charte, s'exprimant ainsi (dossier du demandeur, à la page 63):

Toutefois, le fonctionnaire s'estimant lésé n'a pas réussi à me convaincre, d'après l'ensemble de la preuve, que l'employeur a violé de quelque manière que ce soit la LCDP ou la Charte en le licenciant.

#### Les questions juridiques

[12] Après examen de toutes les prétentions, y compris celles que le demandeur a présentées le premier jour de l'audience, et comme elles sont très nombreuses, j'ai jugé nécessaire de les regrouper en six grandes catégories. La première porte sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de l'arbitre vis-à-vis le demandeur. La deuxième porte sur la question de savoir si l'arbitre a violé d'autres principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale. La troisième vise à déterminer si l'arbitre a commis une erreur juridictionnelle en ne tenant pas compte de considérations pertinentes. La quatrième porte sur la question de savoir si l'arbitre a commis différentes erreurs de droit. La cinquième porte sur la question de savoir si l'arbitre a commis une erreur de fait. La

erroneous finding of fact. The sixth category concerns whether the Ministry violated the applicant's rights under 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.) (hereinafter Charter). Submissions not found under one of these headings were considered by this Court to be without merit. Much of the evidence which the applicant attempted to adduce in his written representations on the first day of hearings was ruled inadmissible.

### Bias

[13] The applicant submits that many of the Adjudicator's actions "were biased against me and were prejudicial to my case" (paragraph 149 of the applicant's memorandum). This Court understands this as a reference to an apprehension by the applicant that the Adjudicator was personally biased against him. This must be distinguished from the institutional bias which the applicant's written submissions do not support.

[14] This Court agrees with the submission of the respondent that the test for such bias is to be found in the dissenting opinion of de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369. This Court must, therefore, look at whether there is a reasonable apprehension of bias. It must ask itself whether an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through, would conclude that there was a reasonable apprehension of bias.

[15] The respondent also submitted that allegations of bias must not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for the perception that a particular determination has been made on the basis of prejudice or generalization. Counsel relies for this proposition on *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484. In his reasons Cory J. wrote [at page 541]:

These examples demonstrate that allegations of perceived judicial bias will generally not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for perceiving that a particular determination has been made

sixième vise à déterminer si le Ministère a violé les droits garantis au demandeur par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) (ci-après la Charte). La Cour n'a inclus dans aucune catégorie les prétentions qu'elle jugeait sans fondement. Une grande partie de la preuve que le demandeur voulait déposer au moyen de ses prétentions écrites le premier jour de l'audience est inadmissible.

### La partialité

[13] Le demandeur soutient que plusieurs des actions de l'arbitre [TRADUCTION] «étaient empreintes de partialité à mon égard et causaient un préjudice à ma cause» (paragraphe 149 du mémoire du demandeur). La Cour considère que ceci renvoie à la crainte du demandeur que l'arbitre ait eu un préjugé personnel à son égard. Il faut distinguer cette allégation de celle de partialité systémique, dont les prétentions écrites du demandeur ne démontrent pas l'existence.

[14] La Cour partage l'avis du défendeur que le critère applicable en matière de partialité se trouve dans la dissidence du juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369. La Cour doit donc chercher à déterminer s'il y a une crainte raisonnable de partialité. Elle doit se demander si une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique, conclurait à l'existence d'une crainte de partialité raisonnable.

[15] Le défendeur a aussi soutenu que les allégations de partialité ne pouvaient être admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon le contexte, ne crée véritablement l'impression qu'une décision a été prise sur la foi d'un préjugé ou de généralisations. L'avocat s'appuie ici sur *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484. Dans ses motifs, le juge Cory écrit ceci [à la page 541]:

Ces exemples montrent que les allégations de crainte de partialité ne seront généralement pas admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon son contexte, ne crée véritablement l'impression qu'une décision a été prise sur la

on the basis of prejudice or generalizations. One overriding principle that arises from these cases is that the impugned comments or other conduct must not be looked at in isolation. Rather it must be considered in the context of the circumstances, and in light of the whole proceeding.

Though this decision centred around the remarks made by a youth court judge, the principle enunciated is applicable to tribunals such as adjudicators presiding at a PSSRA hearing.

[16] In support of his claim of bias the applicant submits extensive evidence centring around three allegations. The first allegation is that the Adjudicator showed consistent deference to counsel for the Ministry. The evidence listed at paragraph 148 of the applicant's memorandum in support of this allegation, however, can do little to tempt this Court towards a finding of bias. It consists of statements and procedural rulings by the Adjudicator to which the applicant ascribes Machiavellian motives. Though the evidence, at first blush, might raise one's eyebrows, this Court gives it little weight in light of the evidence tendered in the affidavit of the respondent's witness, Ms. Patti Bordeleau. She was present during the adjudication hearing. Looking at this evidence realistically and practically, this Court cannot conclude that it raises a reasonable apprehension of bias.

[17] The second lot of evidence that the applicant relies on centres around the admission into evidence of a Canadian Human Rights Commission complaint form completed earlier by the applicant. The applicant had objected that admitting the form into the tribunal record was improper while counsel for the Ministry had argued that the form was relevant and that its veracity was not disputed by the applicant. The Adjudicator entered the form and stated in his reasons that he "would weigh [the form] accordingly" (applicant's record, at page 56). The applicant maintains in his application that the admission of this form into the record and the two references to it in the Adjudicator's reasons were improper and demonstrate that the Adjudicator was "spiteful" and had an opprobrious "attitude".

foi d'un préjugé ou de généralisations. Voici le principe primordial qui se dégage de cette jurisprudence: les commentaires ou la conduite reprochés ne doivent pas être examinés isolément, mais bien selon le contexte des circonstances et par rapport à l'ensemble de la procédure.

Même si cette décision portait sur les commentaires d'un juge d'un tribunal de la jeunesse, le principe énoncé s'applique aux tribunaux tels que les arbitres qui président à une audience tenue en vertu de la LRTFP.

[16] À l'appui de son allégation de partialité le demandeur présente une preuve abondante regroupée autour de trois allégations. La première veut que l'arbitre s'en remettait constamment à l'avocat du Ministère. La preuve soumise au paragraphe 148 du mémoire du demandeur à l'appui de cette allégation ne contient pas grand-chose qui amènerait la Cour à conclure à la partialité. Il s'agit de déclarations ou de décisions de procédure de l'arbitre, dans lesquelles le demandeur voit de noirs desseins. Bien que cette preuve puisse surprendre à première vue, elle n'a pas grand poids aux yeux de la Cour au vu de l'affidavit du témoin du défendeur, M<sup>me</sup> Patti Bordeleau. Elle était présente lors de l'audience. En étudiant cette preuve de façon réaliste et pratique, la Cour ne peut conclure qu'elle établit une crainte raisonnable de partialité.

[17] Le deuxième groupe d'éléments de preuve sur laquelle le demandeur s'appuie porte sur l'autorisation de déposer en preuve un formulaire de la plainte à la Commission canadienne des droits de la personne que le demandeur avait préparé plus tôt. Le demandeur s'était objecté au dépôt de ce formulaire au dossier du tribunal, dépôt qu'il avait qualifié de déraisonnable, alors que l'avocat du Ministère avait soutenu que le formulaire était pertinent et que le demandeur n'en contestait pas la véracité. L'arbitre a accepté le formulaire et déclaré, dans ses motifs, qu'il «l'apprécierait en conséquence» (dossier du demandeur, à la page 56). Le demandeur soutient dans sa demande que le dépôt de ce document au dossier et les deux références à ce sujet dans les motifs de l'arbitre sont mal fondés, et que l'arbitre a été «malveillant» et avait une «attitude» chargée d'opprobre à son égard.



[18] The Adjudicator's decision to weigh the complaint form "accordingly" implies that he admitted it with an eye to accurately weighing its relevancy or necessity when it came time to develop his reasons. As the master of his own procedure, the Adjudicator had the discretion to do this. The admission of the form *per se*, therefore, cannot ground the claim that the applicant seeks to make; the applicant needs some additional piece of cogent evidence inferring bias. Instead of solid evidence, however, the applicant has tendered allegations that, in admitting the complaint form, the Adjudicator may have breached the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 or breached a rule concerning the admissibility of evidence. Neither of these allegations, however, bear up to scrutiny, as shown below. They do not amount, therefore, to the solid evidence on which this Court, weighing matters realistically, practically and thinking them through, would conclude that there was a reasonable apprehension of bias. This conclusion may also be applied to the other procedural decisions made by the Adjudicator which the applicant alleges demonstrate a bias against him. Whether the admission of the complaint form by the Adjudicator breaches the duty of fairness owed to the applicant will be examined below.

[19] The third lot of evidence that the applicant relies on centres around the Adjudicator's comments concerning the applicant's efforts to increase the relief sought. The applicant requested in his grievance to the board that he receive, in part, undetermined general damages. Mid-way through the hearings, the applicant attempted to amend his claim for general damages to read \$200,000 and sought the censure of certain employees at the Ministry. The applicant still later attempted to add further relief: \$2,000,000 for conspiracy to violate his Charter rights and \$10,000,000 in punitive damages for the same. The Adjudicator, in his decision, rejected all of the new claims for damages, referring to the claim for \$10,000,000 as a "contradiction" and "a ridiculous abuse of the grievance process" (applicant's record, at page 64).

[18] La décision de l'arbitre d'apprécier le formulaire «en conséquence» laisse supposer qu'il l'a accepté en vue d'en évaluer la pertinence ou la nécessité au moment de rédiger ses motifs. L'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire de procéder ainsi, car il est le maître de sa procédure. Le fait que le formulaire ait été accepté ne peut donc en soi justifier la revendication du demandeur. Il faut un élément de preuve supplémentaire convaincant pour indiquer l'existence de partialité. Toutefois, au lieu de présenter une preuve bien étayée, le demandeur soutient qu'en acceptant le formulaire de plainte, l'arbitre a peut-être violé la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, ou une règle portant sur la recevabilité de la preuve. Ces allégations ne résistent toutefois pas à l'examen, comme on le verra plus loin. Elles ne constituent donc pas la preuve bien étayée sur laquelle la Cour, en étudiant la question en profondeur de façon réaliste et pratique, s'appuierait pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Cette conclusion s'applique aussi aux autres décisions de procédure prises par l'arbitre et citées par le demandeur comme démontrant l'existence de partialité contre lui. La question de savoir si le fait que l'arbitre ait accepté le formulaire de plainte viole le devoir d'équité existant envers le demandeur sera examinée plus loin.

[19] Le troisième groupe d'éléments de preuve sur laquelle le demandeur s'appuie porte sur les commentaires de l'arbitre au sujet de sa tentative de bonifier le redressement demandé. Dans le grief présenté à la Commission, le demandeur cherche notamment à obtenir des dommages généraux pour une somme non précisée. Au cours de l'audience, le demandeur a voulu modifier sa réclamation pour chiffrer les dommages généraux à 200 000 \$ et a demandé que certains employés du Ministère fassent l'objet d'un blâme. Plus tard, le demandeur a cherché à obtenir un autre redressement, visant cette fois l'obtention de 2 millions de dollars pour complot en vue de violer les droits que lui garantit la Charte et de 10 millions de dollars en tant que dommages punitifs à ce titre. Dans sa décision, l'arbitre rejette toutes les nouvelles demandes en dommages-intérêts et qualifie la réclamation de 10 millions de dollars de «contradiction» et «d'abus ridicule de la procédure de règlement de grief» (dossier du demandeur, à la page 64).

[20] With regards to the Adjudicator's first comment, there is no evidence that this final claim contradicted previous relief sought. As to the second comment, it portrays an Adjudicator who believes that the claim was not only brought in complete disregard to procedure but was, at \$10,000,000, likely vexatious. The fact that the second comment was expressed in such emphatic terms does not, in the circumstances, help the applicant's claim. Correct or not in his assessment, neither comment would lead an informed person, viewing the matter realistically and practically to conclude that the Adjudicator was prejudiced towards the applicant.

#### Breach of Natural Justice or Procedural Fairness

[21] The applicant submits that the Adjudicator breached principles of natural justice and procedural fairness repeatedly throughout the hearing and in his reasons. First, the applicant submits that the duty to be fair required the Adjudicator to comment on, or at least acknowledge, certain issues raised and statements made by the applicant during the hearing. Neither party made any legal submissions to help guide this Court in its findings.

[22] For over 20 years it has been well established in law that a tribunal is not required in its written reasons to refer to every issue raised by the parties or to every finding leading to the ultimate conclusion. Dickson J., as he was then, wrote in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382 (hereinafter *SEIU*) [at page 391]:

The reasons for decision of the Board do not state the number of persons employed by S.R.N.A. and the Board did not expressly find that S.R.N.A. was an employer or employer's agent but I do not regard this as fatal to the Board's jurisdiction. A tribunal is not required to make an explicit written finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion. The role of the Court in a case such as this is supervisory, not appellate: s. 21 of the Act.

[20] Au sujet du premier commentaire de l'arbitre, rien dans la preuve ne démontre l'existence d'une contradiction entre la réclamation finale et le premier redressement demandé. Quant au second commentaire, il fait ressortir la conviction de l'arbitre que la réclamation était non seulement un abus de procédure, mais qu'elle était probablement vexatoire compte tenu du montant de 10 millions de dollars. Le fait que ce commentaire soit exprimé en des termes si frappants n'appuie pas la prétention du demandeur dans les circonstances. Que leur contenu ait été le résultat d'une évaluation juste ou non, ces commentaires n'amèneraient pas une personne bien renseignée, qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, à conclure que l'arbitre a fait preuve de partialité envers le demandeur.

#### La violation des principes de justice naturelle ou de l'équité procédurale

[21] Le demandeur soutient que l'arbitre a violé les principes de justice naturelle et de l'équité procédurale de façon répétée lors de l'audience et dans ses motifs. Premièrement, il soutient que le devoir d'équité oblige l'arbitre à commenter ou, au moins, à mentionner certaines questions soulevées et certaines déclarations faites par le demandeur à l'audience. Les deux parties n'ont présenté aucun argument juridique pour aider la Cour à trancher cette question.

[22] Depuis plus de 20 ans, il est bien établi en droit qu'un tribunal n'est pas tenu de faire état, dans ses motifs écrits, de toutes les questions soulevées par les parties ou de toutes les conclusions qui ont mené à sa décision. Le juge Dickson, alors juge puîné, a écrit dans *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382 (ci-après *UIES*) [à la page 391]:

Les motifs de la décision de la Commission ne précisent pas le nombre de personnes employées par la S.R.N.A. et la Commission n'a pas expressément conclu que la S.R.N.A. était un employeur ou un représentant d'employeur, mais je ne considère pas que cela soit fatal à la compétence de la Commission. Un organisme n'est pas tenu de conclure explicitement par écrit sur chaque élément constitutif, si subordonné soit-il, qui mène à sa décision finale. Le rôle de la Cour dans un cas de ce genre est un rôle de surveillance, non d'appel: art. 21 de la loi.

In light of the recent decision by L'Heureux-Dubé J. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, however, some observers might wonder whether the principle enunciated by Dickson J. continues to be applicable. On analysing the factors enumerated by L'Heureux-Dubé J., this Court believes that it continues to accurately reflect the law in relation to the contents of a tribunal's reasons.

[23] The first factor referred to in *Baker, supra* is the nature of the decision being made. The nature of an adjudication hearing is based on its role in establishing the rights of employees in respect of a collective agreement, arbitral award or actions by the public service. The provision under which the applicant's hearing was convoked is subparagraph 92(1)(b)(ii) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68] of the PSSRA, *supra*:

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

...

(b) in the case of an employee in a department or other portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I or designated pursuant to subsection (4),

(i) disciplinary action resulting in suspension or a financial penalty, or

(ii) termination of employment or demotion pursuant to paragraph 11(2)(f) or (g) of the Financial Administration Act, or

...

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

Establishing an employee's rights requires the determination of questions of fact and questions of law during the hearing. To help the adjudicator conduct hearings, the PSSRA grants him or her some of the powers of a superior court of general jurisdiction. Section 25 provides, in part:

25. The Board has, in relation to the hearing or determination of any proceeding before it, power

(a) to summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath,

Certains observateurs peuvent toutefois se demander si le principe énoncé par le juge Dickson est toujours pertinent, au vu de la décision récente du juge L'Heureux-Dubé dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Après analyse des facteurs énumérés par le juge L'Heureux-Dubé, la Cour est d'avis que ce principe reflète toujours l'état du droit quant au contenu des motifs d'un tribunal.

[23] Le premier facteur mentionné dans *Baker, précité*, est la nature de la décision rendue. La nature d'une audience d'arbitrage tient à son rôle dans la détermination des droits des employés en vertu de la convention collective, d'une sentence arbitrale, ou face aux décisions prises par l'administration publique. L'audition du grief du demandeur s'est tenue en application du sous-alinéa 92(1)b(ii) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68] de la LRTFP, précitée:

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur:

[. . .]

b) dans le cas d'un fonctionnaire d'un ministère ou secteur de l'administration publique fédérale spécifié à la partie I de l'annexe I ou désigné par décret pris au titre du paragraphe (4), soit une mesure disciplinaire entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire, soit un licenciement ou une rétrogradation visé aux alinéas 11(2)f) ou g) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

La détermination des droits d'un employé exige que des questions de fait et de droit soient tranchées à l'audience. Afin d'aider les arbitres dans la conduite des audiences, la LRTFP leur accorde certains des pouvoirs d'une cour supérieure de compétence générale. L'article 25 prévoit notamment que:

25. En ce qui concerne l'audition ou le règlement de toute affaire dont elle est saisie, la Commission peut:

a) de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives, convoquer des témoins et les

and to produce such documents and things as the Board deems requisite to the full investigation and consideration of matters within its jurisdiction, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

(b) to administer oaths and solemn affirmations;

Adjudicators are granted these powers through the operation of section 96.1 [as enacted *idem*, s. 70] of the PSSRA, *supra*. Section 96.1 provides:

**96.1** An adjudicator has, in relation to the adjudication, all the powers, rights and privileges of the Board, other than the power to make regulations under section 22.

The rights-oriented nature of an adjudicator's decision and the powers granted to him or her by the PSSRA militate in favour of greater procedural safeguards.

[24] The second factor referred to in *Baker*, *supra* is the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which a tribunal operates. Under the statutory scheme, and as exemplified by section 92 of the PSSRA, *supra* as cited above, the position of adjudicators is that of a final decision maker in respect of a grievance by an employee. No appeal from an adjudicator's decision is provided for, though, an employee may seek its judicial review. This suggests that more procedural safeguards are appropriate.

[25] A significant factor in identifying the appropriate rules of procedural fairness is the importance of the decision to the individual affected. In the case at bar, the primary ramification of the decision for the applicant appears, on review of his letters to the Ministry and submissions to the Adjudicator, to centre around such financial matters as severance pay, superannuation and other benefits to which he was entitled while on leave. For example, a letter from the applicant to the Ministry dated December 7, 1995 provides (respondent's record, at Tab 17):

The pension information clearly illustrates that it would be detrimental to my short-term and long-term financial opportunities and security to take a medical retirement.

contraindre à comparaître et à déposer sous serment oralement ou par écrit ainsi qu'à produire les documents et objets que la Commission estime indispensables pour mener à bien ses enquêtes et examens sur les questions de sa compétence;

b) faire prêter serment et recevoir les affirmations solennelles;

Les arbitres ont reçu ces pouvoirs en vertu de l'article 96.1 [édicte, *idem*, art. 70] de la LRTFP, précitée. Cet article prévoit que:

**96.1** L'arbitre de grief a, dans le cadre de l'affaire dont il est saisi, tous les droits et pouvoirs de la Commission, sauf le pouvoir réglementaire prévu à l'article 22.

Le fait que la nature de la décision de l'arbitre porte sur des droits, et les pouvoirs que la LRTFP lui accorde, vont dans le sens d'une protection procédurale plus importante.

[24] Le deuxième facteur mentionné dans *Baker*, précité, est la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant le tribunal. En vertu du régime législatif, comme on le voit dans l'article 92 de la LRTFP, précitée, l'arbitre est le décideur de dernier recours relativement au grief d'un employé. Aucun appel n'est prévu contre la décision d'un arbitre, bien qu'un employé puisse demander le contrôle judiciaire. Ceci va dans le sens d'une protection procédurale plus importante.

[25] L'importance de la décision pour la personne visée est un facteur important dans la recherche des règles appropriées de l'équité procédurale. En l'instance, l'effet le plus important de la décision sur le demandeur semble, au vu de ses lettres au Ministère et des arguments présentés à l'arbitre, être lié à des questions financières comme l'indemnité de départ, la retraite, et les autres avantages auxquels il avait droit alors qu'il était en congé. À titre d'exemple, il a écrit ceci au Ministère le 7 décembre 1995 (dossier du défendeur, onglet 17):

[TRADUCTION] Les renseignements portant sur la retraite indiquent clairement qu'une retraite pour raisons médicales serait au détriment de mes intérêts financiers à court et à long terme.

The fact that the importance of the decision for the applicant was primarily financial in nature militates only moderately in favour of strong procedural safeguards.

[26] The fourth relevant factor is the practice concerning procedure which the tribunal has developed over time. Procedure in respect of the decisions rendered by adjudicators is guided by subsection 100(3) of the PSSRA, *supra*:

100. . . .

(3) The Board may make regulations in relation to the adjudication of grievances, including regulations respecting

. . .

(d) the form of decisions rendered by adjudicators.

Paragraph 83(c) of the *P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, 1993* SOR/93-348 (hereinafter *P.S.S.R.B. Regulations*) provide:

83. The decision of an adjudicator or a board of adjudication shall contain

- (a) a summary of the grievance;
- (b) a summary of the representations of the parties; and
- (c) the reasons for the decision.

The use of the word “summary” implies that not all representations of the parties need be recorded in an adjudicator’s decision. This Court notes that the word summary is defined in the *Shorter Oxford English Dictionary* (Clarendon Press, Oxford: 1989) as: “Containing or comprising the chief points or the sum and substance of a matter;”. Paragraph 83(c) of the *P.S.S.R.B. Regulations, supra* is a significant factor in suggesting that fewer procedural safeguards are called for.

[27] In balancing all the above-mentioned factors, this Court concludes that an adjudicator’s duty of fairness does not require that every argument and issue raised during a hearing under the PSSRA, *supra*, and in particular those relating to bias and those listed in the applicant’s memorandum at paragraph 151, be acknowledged in the written reasons. L’Heureux-Dubé J., in *Baker, supra*, wrote that the list of factors

Étant donné que l’importance de la décision pour le demandeur est d’abord de nature financière, une protection procédurale importante est moins essentielle.

[26] Le quatrième facteur pertinent est la pratique de l’organisme quant à sa propre procédure. La procédure applicable aux décisions rendues par les arbitres se fonde sur le paragraphe 100(3) de la LRFP, précitée:

100. [. . .]

(3) La Commission peut prendre des règlements régissant l’arbitrage des griefs, notamment en ce qui concerne:

[. . .]

d) la forme des décisions rendues par les arbitres.

L’alinéa 83c) du *Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P. (1993)*, DORS/93-348 (ci-après le *Règlement de la C.R.T.F.P.*) porte que:

83. La décision de l’arbitre de grief ou du conseil d’arbitrage contient:

- a) un sommaire du grief;
- b) un sommaire des observations des parties;
- c) les motifs de la décision.

L’utilisation du terme «sommaire» (*summary*) suppose que la décision de l’arbitre n’a pas à consigner toutes les prétentions des parties. La Cour prend note de la définition donnée à ce mot dans le *Shorter Oxford English Dictionary* (Clarendon Press, Oxford: 1989), soit: [TRADUCTION] «comprenant les points principaux ou la substance d’une question». L’alinéa 83c) du *Règlement de la C.R.T.F.P.*, précité, va donc fortement dans le sens d’une protection procédurale moins importante.

[27] Pondérant tous ces facteurs, la Cour en arrive à la conclusion que le devoir d’équité procédurale de l’arbitre n’exige pas que tous les arguments présentés et toutes les questions soulevées dans le cadre d’une audition en vertu de la LRFP, précitée, notamment ceux et celles qui portent sur la partialité ou qui sont énumérés au paragraphe 151 du mémoire du demandeur, soient mentionnés dans les motifs écrits. Dans

enumerated in her decision is not exhaustive. This Court's conclusion in this matter was reached, however, without the need to refer to other factors which, in other circumstances, will clearly be pertinent to deciding the correct level of procedural fairness.

[28] The second submission by the applicant in respect of procedural fairness is grounded on the allegations that the Adjudicator attempted to push the applicant to speed up the schedule, showed a disregard for the applicant's disability and contempt towards him personally. He cites as examples several attempts by the Adjudicator to continue hearing submissions past noon despite that each of the three hearings were scheduled to end at that time and despite that the Adjudicator was reminded of this. He also asserts that the Adjudicator was not happy about the fact that the hearings had been scheduled over three days. The respondent denies the applicant's allegations.

[29] The Adjudicator's written reasons reveal little about how he accommodated the applicant's needs. They do imply that two requests for adjournments were rejected and that the third day of hearings was held, as scheduled, despite that the applicant objected. The Court can find no fault, however, with these decisions. The reasons also reveal that the applicant's oral representations, made in lieu of written submissions (due to his disabilities), were accepted by the Adjudicator despite objections from counsel for the Ministry.

[30] The evidence of the applicant is much more unequivocal in the manner in which it impugns the actions and motives of the Adjudicator but it amounts only to allegations which, in the face of those found in the affidavit of Ms. Patti Bordeleau, this Court chooses not to accept. It appears that the Adjudicator was unfamiliar with the schedule of hearing times and dates. He had to be brought up to speed by either the applicant or counsel for the Ministry. This does not mean, however, that the evidence infers that the Adjudicator attempted to push the applicant to hurry up or that he showed a disregard for the applicant's

*Baker*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a écrit que la liste des facteurs dont elle avait fait état n'était pas exhaustive. En l'instance, la Cour est arrivée à sa conclusion sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir d'autres facteurs qui, dans d'autres circonstances, seraient clairement pertinents pour décider du niveau approprié d'équité procédurale.

[28] Le deuxième argument du demandeur quant à l'équité procédurale est lié à ses allégations que l'arbitre a voulu l'amener à accélérer le processus, qu'il n'a pas tenu compte de son incapacité et qu'il a fait preuve de mépris à son endroit. Il cite en exemple plusieurs tentatives de l'arbitre de continuer les procédures après midi, même si l'horaire prévoyait que chacune des séances devait se terminer à ce moment-là et qu'on l'avait rappelé à l'arbitre. Il affirme aussi que l'arbitre n'était pas content que l'audience ait eu une durée prévue de trois jours. Le défendeur nie les allégations du demandeur.

[29] Les motifs écrits de l'arbitre n'indiquent pas vraiment de quelle façon il a tenu compte des besoins du demandeur. Il en ressort que deux demandes d'ajournement ont été rejetées et que le troisième jour de l'audience a eu lieu comme prévu, nonobstant les objections du demandeur. La Cour ne voit pas ce qu'elle pourrait reprocher à ces décisions. On voit aussi dans les motifs que l'arbitre a accepté le dépôt des prétentions écrites du demandeur à titre de plaidoirie orale, pour tenir compte de l'incapacité de ce dernier, nonobstant les objections de l'avocat du Ministère.

[30] Le témoignage du demandeur met en cause de façon encore plus claire les actions et la motivation de l'arbitre, mais il n'équivaut qu'à des allégations que la Cour ne retient pas, au vu du contenu de l'affidavit de M<sup>me</sup> Patti Bordeleau. Il semble que l'arbitre n'était pas au courant du calendrier fixé pour l'audience. Il a fallu que le demandeur ou l'avocat du Ministère l'en informe. Ceci ne veut toutefois pas dire qu'on peut interpréter la preuve comme indiquant que l'arbitre a tenté de bousculer le demandeur ou qu'il n'a pas tenu compte de son incapacité. La preuve ne contient donc pas de motif justifiant une demande fondée sur une

disability. The evidence, therefore, cannot ground a claim based on the breach of procedural fairness or natural justice.

[31] The applicant's third submission which is relevant to procedural fairness is that the Adjudicator improperly admitted evidence tendered by the respondent. This evidence includes a copy of one document which was disclosed to the applicant just prior to the hearing. It also includes the applicant's Canadian Human Rights Commission complaint form (hereinafter complaint form) which the applicant maintains was confidential. The form contained an allegation that the Treasury Board had a policy of terminating disabled employees and that this contravened section 10 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. At the hearing, counsel for the Ministry argued, in part, that both pieces of evidence were relevant. The Adjudicator entered the first document "as it was clearly relevant" (applicant's record, at page 45) and entered the complaint form, indicating that he "would weigh it accordingly" (applicant's record, at page 56).

[32] The applicant's submission that the entering of the complaint form was a breach of the rules of procedural fairness is grounded on the assertion that the form was confidential pursuant to sections 7 and 8 of the *Privacy Act*, *supra*. The Court notes, however, that the complaint form was not confidential due to the operation of paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act*, *supra*:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

. . .

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

Paragraph 44(4)(a) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 provides:

violation de l'équité procédurale ou de la justice naturelle.

[31] La troisième allégation du demandeur qui touche à l'équité procédurale veut que l'arbitre a eu tort d'admettre la preuve du défendeur. Celle-ci comprend un document qui a été communiqué au demandeur juste avant l'audience. Elle comprend également le formulaire de réclamation présenté à la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après le formulaire de réclamation) par le demandeur, auquel ce dernier attribue un caractère de confidentialité. Le formulaire contient l'allégation qu'il existe une politique du Conseil du Trésor visant le licenciement des employés souffrant d'une incapacité, contrairement à l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. À l'audience, l'avocat du Ministère a notamment soutenu que ces deux documents étaient pertinents. L'arbitre a autorisé le dépôt du premier document, au motif que c'était «manifestement un document pertinent» (dossier du demandeur, à la page 45), et il a fait de même pour le formulaire de plainte en disant qu'il «l'apprécierait en conséquence» (dossier du demandeur, à la page 56).

[32] L'allégation du demandeur que le dépôt du formulaire de plainte constitue une violation des règles de l'équité procédurale se fonde sur son affirmation que le formulaire est confidentiel en vertu des articles 7 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée. Toutefois, la Cour souligne que le formulaire n'est pas confidentiel compte tenu de l'alinéa 8(2)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée:

8. [. . .]

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

[. . .]

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

L'alinéa 44(4)(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985) ch. H-6, prévoit que:

44. . . .

(4) After receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) shall notify in writing the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection (2) or (3); and

The Canadian Human Rights Commission was, therefore, allowed to disclose the form to the Ministry. Paragraph 8(2)(d) of the *Privacy Act*, *supra* also operates, in the circumstances, to render the complaint form non-confidential:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

. . .

(d) to the Attorney General of Canada for use in legal proceedings involving the Crown in right of Canada or the Government of Canada

As the complaint form was not confidential, the submission has no basis and, therefore, must fail.

[33] With regards to the first document admitted into evidence by the Adjudicator, this Court need only, for the most part, refer to the factors enumerated in *Baker*, *supra* and considered above. The only factor requiring comment concerns the relevant practice of a tribunal. The practice of adjudicators in respect of the admission of evidence at a hearing is guided by section 25 of the PSSRA, *supra* which provides:

25. The Board has, in relation to the hearing or determination of any proceeding before it, power

. . .

(c) to receive and accept such evidence and information on oath, affidavit or otherwise as in its discretion it sees fit, whether admissible in a court of law or not and, without limiting the generality of the foregoing, to refuse to accept any evidence that is not presented in the form and within the time prescribed;

This section strongly suggests that only a minimum of procedural safeguards *vis-à-vis* the admission of evidence at a PSSRA hearing are required. Balanced

44. [. . .]

(4) Après réception du rapport, la Commission:

a) informe par écrit les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3);

La Commission canadienne des droits de la personne était donc autorisée à transmettre le formulaire au Ministère. L'alinéa 8(2)d) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, enlève aussi toute confidentialité au formulaire de plainte en l'instance:

8. [. . .]

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

[. . .]

d) communication au procureur général du Canada pour usage dans des poursuites judiciaires intéressant la Couronne du chef du Canada ou le gouvernement fédéral;

Comme le formulaire de plainte n'était pas confidentiel, l'allégation n'est pas fondée et elle est rejetée.

[33] Quant au premier document dont l'arbitre a autorisé le dépôt en preuve, il suffit que la Cour renvoie en majeure partie aux facteurs énumérés dans *Baker*, précité, et examinés précédemment. Le seul facteur à commenter est celui de la pratique adoptée par le tribunal. La pratique des arbitres quant à la détermination de l'admissibilité d'un élément de preuve à l'audience se fonde sur l'article 25 de la LRTFP, précitée, qui prévoit que:

25. En ce qui concerne l'audition ou le règlement de toute affaire dont elle est saisie, la Commission peut:

[. . .]

c) recevoir et accepter, sous serment, par affidavit ou sous toute autre forme, les éléments de preuve et les renseignements qu'elle juge appropriés, qu'ils soient admissibles ou non en justice, et notamment refuser tout élément de preuve qui n'est pas présenté dans la forme et au moment prévus par règlement;

Cet article indique fortement que seule une protection procédurale minimale est nécessaire en matière d'admission d'éléments de preuve lors d'une audience



with the other factors detailed in *Baker, supra* and mentioned above, this Court finds that the Adjudicator was not required by the rules of procedural fairness to refuse the document given to the applicant just prior to the hearing. Though this Court has found that, in regards to the applicant's complaint form, sections 7 and 8 of the *Privacy Act, supra* were not breached, it concludes, in addition, that the admission and reference to a complaint form is not a breach of the rules of procedural fairness.

[34] The applicant's one concern involving natural justice focuses on the decision by the Board not to provide him with a transcript of the hearings. In a letter sent to the Board after the second day of hearings the applicant expressed the opinion that transcripts would enable him to better impeach the Adjudicator. The Board never responded.

[35] The applicant argues that due to his disability and his impecunious state, the implementation of the Board's policy of not recording the proceedings discriminated against him pursuant to subsection 15(1) of the Charter. As a result, the applicant argues, the Adjudicator breached a requirement of natural justice pursuant to *Rhéaume v. Canada* (1992), 11 Admin. L.R. (2d) 124 (F.C.A.). The respondent made no submissions in regards to this argument.

[36] Contrary to the applicant's submission, the decision in *Rhéaume, supra*, stands for the proposition that the rules of natural justice will never necessitate the need for transcripts. Marceau J.A. wrote [at page 125]:

In *Kandiah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, unreported judgment dated April 13, 1992, file No. A-113-90, . . . this Court unequivocally stated that it did not believe that the obligation of a tribunal to provide a full tape recording of its proceedings and hearings could be derived from the mere fact that it is subject to the rules of natural justice or that it has a duty to give full effect to the fundamental rights of persons appearing before it as guaranteed by the *Charter*.

tendue en vertu de la LRTFP. En pondérant ceci avec les facteurs susmentionnés tirés de *Baker*, précité, la Cour conclut que l'arbitre n'était pas tenu, en vertu des règles de l'équité procédurale, de refuser le dépôt du document remis au demandeur juste avant l'audience. Bien que la Cour ait déjà conclu qu'il n'y avait pas eu contravention aux articles 7 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, dans le traitement du formulaire de plainte du demandeur, elle conclut aussi que l'autorisation de déposer un formulaire de plainte et le fait d'en faire mention ne constituent pas une violation des règles de l'équité procédurale.

[34] Au sujet de la justice naturelle, la préoccupation du demandeur porte sur la décision de la Commission de ne pas lui remettre une transcription de l'audience. Dans une lettre envoyée à la Commission après le deuxième jour d'audience, le demandeur déclarait qu'une transcription lui permettrait de faire récuser l'arbitre plus facilement. La Commission n'a jamais répondu à cette lettre.

[35] Le demandeur soutient que son incapacité et son manque de moyens font que la politique de la Commission de ne pas enregistrer ses audiences constitue une discrimination à son égard en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte. S'appuyant sur *Rhéaume c. Canada* (1992), 11 Admin. L.R. (2d) 124 (C.A.F.), le demandeur soutient que l'arbitre a donc violé une des exigences de la justice naturelle. Le défendeur n'a fait aucune observation relativement à cet argument.

[36] Contrairement à ce que le demandeur prétend, *Rhéaume*, précité, établit que les règles de la justice naturelle n'imposent jamais la transcription. Le juge Marceau, J.C.A. a écrit ceci [à la page 125]:

En effet, cette Cour, dans l'arrêt *Kandiah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, jugement du 13 avril 1992, non rapporté, dossier A-113-90, a affirmé, de façon non équivoque, qu'elle ne croyait pas que l'obligation d'un tribunal d'assurer un enregistrement intégral de ses procédés et auditions puisse découler de sa simple soumission aux règles de justice naturelle ou de son devoir de donner plein effet aux droits fondamentaux des plaideurs protégés par la *Charte*.

As neither party made any further submissions in regards to this issue, this Court notes the decision in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793. Here, L'Heureux-Dubé J. [at page 842] found that an absence of a recording will only breach the rules of natural justice if it frustrates a court's attempt at appeal or review:

In the absence of a statutory right to a recording, courts must determine whether the record before it allows it to properly dispose of the application for appeal or review. If so, the absence of a transcript will not violate the rules of natural justice.

As neither the PSSRA, *supra* nor the P.S.S.R.B. Regulations, *supra* require that transcripts be made the reasoning of L'Heureux-Dubé J. applies to Board hearings.

[37] This Court has before it the Adjudicator's written reasons, the record before him and affidavits from the applicant and the respondent's witness testifying as to what occurred at the hearings. The applicant is correct to note that some parts of this material contradict other parts. This Court is able, however, to decide all matters based on this material. A lack of transcripts will not, therefore, result in a breach of natural justice. Whether the applicant's subsection 15(1) rights under the Charter have been breached will be determined in the section dealing with the applicant's Charter challenges.

#### Error in Making a Discretionary Decision

[38] The applicant submits that the Adjudicator erred in law when he denied the applicant's attempts to amend his pleadings during the hearing in an effort to claim additional relief. The applicant had not indicated the particular amount of damages which he was seeking in his original grievance form submitted to the Board. Subsequently, he had sought in his 349-page written submission to claim \$200,000 in general damages and \$10,000,000 in punitive damages. In rejecting these amendments, the Adjudicator relied on

Comme les parties n'ont fait aucune observation supplémentaire à ce sujet, la Cour souligne l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793. Dans cette affaire, le juge L'Heureux-Dubé [à la page 842] a conclu que l'absence de transcription ne violait les règles de justice naturelle que si elle empêchait les cours de statuer sur une demande d'appel ou de révision:

En l'absence d'un droit à un enregistrement expressément reconnu par la loi, les cours de justice doivent déterminer si le dossier dont elles disposent leur permet de statuer convenablement sur la demande d'appel ou de révision. Si c'est le cas, l'absence d'une transcription ne violera pas les règles de justice naturelle.

Comme ni la LRTFP, précitée, ni le Règlement de la C.R.T.F.P., précité, ne prescrivent la transcription, le raisonnement du juge L'Heureux-Dubé s'applique aux audiences de la Commission.

[37] La Cour est saisie des motifs écrits de l'arbitre, du dossier qui lui était présenté, et des affidavits du demandeur et du témoin du défendeur portant sur le déroulement de l'audience. Le demandeur a raison de souligner que certains des documents en contredisent d'autres. La Cour peut toutefois trancher les questions en l'instance au vu de ces documents. L'absence de transcription ne constitue donc pas une violation de la justice naturelle. La question de savoir si les droits garantis au demandeur par le paragraphe 15(1) de la Charte ont été violés sera tranchée dans la partie des présents motifs qui traite des contestations du demandeur fondées sur la Charte.

La commission d'une erreur dans la prise d'une décision discrétionnaire

[38] Le demandeur soutient que l'arbitre a commis une erreur de droit en rejetant sa demande de modifier ses actes de procédure à l'audience pour réclamer un redressement additionnel. Dans son formulaire de grief présenté à la Commission, le demandeur n'avait pas précisé la somme des dommages-intérêts qu'il réclamait. Il a voulu par la suite, dans ses prétentions écrites de 349 pages, réclamer 200 000 \$ de dommages généraux et 10 millions de dollars de dommages punitifs. L'arbitre s'est appuyé sur *Burchill c.*

*Burchill v. Attorney General of Canada*, [1981] 1 F.C. 109 (C.A.).

[39] Though the applicant worded his claim in terms of a question of law, this Court considers that the decision in question was more in the vein of a discretionary one. That the Adjudicator cited *Burchill*, *supra* in support of his decision cannot change the fact that he decided the matter pursuant to a discretion over procedural matters granted him by the PSSRA, *supra*, as detailed below.

[40] The applicant submitted no law in respect of the standard applicable on review of the alleged error. The respondent submitted *Barry v. Canada (Treasury Board)* (1997), 221 N.R. 223 (F.C.A.) which advocates a standard of patent unreasonableness when reviewing how a collective agreement has been interpreted. In his decision, Robertson J.A. wrote [at page 240]:

In conclusion, the standard of review of an adjudicator's decision, rendered under the Act, with respect to the interpretation of the provisions of a collective agreement is whether the decision is patently unreasonable.

As the issue in question does not concern the interpretation of a collective agreement but, rather, concerns whether the Adjudicator erred in rejecting the applicant's grievance amendments, *Barry*, *supra* is not on point. The other case submitted by the respondent, *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 is equally unhelpful as it involved a decision by the Board under section 99 of the PSSRA, *supra* and was decided on the basis that the Board's decision was a non-jurisdictional one. This Court adopts, therefore, the pragmatic and functional test as detailed in *Baker*, *supra* in order to determine the appropriate standard of review for the issue in question.

[41] The first factor to consider is that the nature of the question determined by the Adjudicator involved an interpretation and application of procedural rules. The second factor to consider is that the expertise of the Adjudicator lies in deciding procedural matters,

*Procureur général du Canada*, [1981] 1 C.F. 109 (C.A.) pour rejeter ces modifications.

[39] Bien que le demandeur présente sa réclamation sous la forme d'une question de droit, la Cour considère que la décision en cause était plutôt de nature discrétionnaire. Que l'arbitre ait cité *Burchill*, précité, à l'appui de sa décision ne change rien au fait qu'il l'a prise dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de procédure que lui accorde la LRTFP, précitée, comme je l'explique plus loin.

[40] Le demandeur n'a pas cité de jurisprudence au sujet de la norme de contrôle de l'erreur alléguée. Le défendeur a cité l'arrêt *Barry c. Canada (Conseil du Trésor)* (1997), 221 N.R. 223 (C.A.F.), dans lequel on prône la norme de la décision manifestement déraisonnable pour le contrôle de l'interprétation d'une convention collective. Dans sa décision, le juge Robertson, J.C.A. a écrit ceci [à la page 240]:

En conclusion, la norme de contrôle applicable aux décisions d'un arbitre rendues en vertu de la Loi, pour ce qui a trait à l'interprétation des dispositions d'une convention collective est de savoir si la décision est manifestement déraisonnable.

Comme la question en litige n'a rien à voir avec l'interprétation d'une convention collective, mais porte plutôt sur la question de savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit en rejetant les modifications que voulait apporter le demandeur à son grief, *Barry*, précité, ne s'applique pas. L'autre arrêt cité par le défendeur, *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, ne nous aide pas non plus car il porte sur une décision prise par la Commission en vertu de l'article 99 de la LRTFP, précitée, et se fonde sur le fait que la Commission a pris une décision de nature non juridictionnelle. La Cour adopte donc le critère pragmatique et fonctionnel de l'arrêt *Baker*, précité, pour déterminer la norme de contrôle applicable à la question en litige.

[41] Le premier facteur dont il faut tenir compte est que la nature même de la question tranchée par l'arbitre supposait l'interprétation et l'application de règles de procédure. Le deuxième facteur dont il faut tenir compte est le fait que l'expertise de l'arbitre se

including those relating to the presentation of grievances. Section 100 of the PSSRA, provides:

**100.** (1) The Board may make regulations in relation to the procedure for the presentation of grievances, including regulations respecting

(a) the manner and form of presenting a grievance;

...

(3) The Board may make regulations in relation to the adjudication of grievances, including regulations respecting

(a) the manner in which and the time within which a grievance may be referred to adjudication after it has been presented up to and including the final level in the grievance process;

No regulations cover the procedure governing the manner in which grievances may be referred to adjudication. Section 11 of the P.S.S.R.B. Regulations is, therefore, relevant. It provides:

11. Where a procedural matter that is not provided for by these Regulations arises during the course of a proceeding before the Board, the matter shall be dealt with in such manner as the Board directs.

Through the operation of section 96.1, as cited above, the discretion in section 11 to shape procedure is granted to adjudicators. Whether the decision in question falls under paragraphs 100(1)(a), 100(3)(a) or section 11, it is clear that it falls within the Adjudicator's realm of expertise. This fact supports the conclusion that a certain amount of deference be shown to the Adjudicator's decision.

[42] The third factor to consider is the purpose of section 92 of the PSSRA under which adjudicators preside at grievance hearings and the purpose of the PSSRA as a whole. The purpose of the PSSRA is administrative in that it creates the Board to regulate the relationship between employees and their unions on the one side and the federal public service on the other. It does this through regimes set up by the PSSRA to help collective bargaining, the creation of collective agreements and the resolution of disputes, grievances and strikes. Subsection 21(1) of the PSSRA provides the specific terms under which the Board

situe au niveau des décisions sur les questions de procédure, y compris celles qui sont liées à la présentation des griefs. L'article 100 de la LRTPF prévoit que:

**100.** (1) La Commission peut prendre des règlements relatifs à la procédure applicable aux griefs, notamment en ce qui concerne:

a) leurs mode et formalités de présentation;

[ . . . ]

(3) La Commission peut prendre des règlements régissant l'arbitrage des griefs, notamment en ce qui concerne:

a) le mode et le délai de renvoi d'un grief à l'arbitrage après sa présentation jusqu'au dernier palier inclusivement;

Aucun règlement ne traite de la procédure applicable en cas de renvoi d'un grief à l'arbitrage. L'article 11 du Règlement de la C.R.T.F.P. s'applique donc. Il prévoit:

11. Toute question d'ordre procédural qui survient au cours d'une procédure devant la Commission et qui n'est pas prévue au présent règlement est traitée de la manière ordonnée par la Commission.

Le pouvoir discrétionnaire de déterminer la procédure, prévu à l'article 11, est confié aux arbitres en vertu de l'article 96.1. Que la décision tombe sous le coup des alinéas 100(1)a) ou 100(3)a), ou sous celui de l'article 11, il est clair qu'elle se situe dans le domaine d'expertise de l'arbitre. Ce fait appuie la conclusion qu'une certaine retenue judiciaire face à la décision de l'arbitre est requise.

[42] Le troisième facteur dont il faut tenir compte est l'objet de l'article 92 de la LRTPF, en vertu duquel les arbitres tiennent des auditions de grief, ainsi que l'objet général de la LRTPF. L'objet de la LRTPF est de nature administrative, en ce qu'elle crée la Commission pour régir les relations entre les employés et leur syndicat, d'une part, et la fonction publique fédérale, d'autre part. La Commission se décharge de cette responsabilité par le biais des régimes prévus à la LRTPF pour faciliter la négociation collective, la rédaction de conventions collectives, et le règlement des différends, des griefs et des grèves.

operates:

21. (1) The Board shall administer this Act and exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed on it by, or as may be incidental to the attainment of the objects of, this Act including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with this Act, with any regulation made hereunder or with any decision made in respect of a matter coming before it.

The terms under which adjudicators operate, however, are an exception to the administrative nature of the PSSRA. Their decisions establish rights as between employees and the public service. The decisions are not polycentric in nature unlike many other decisions made pursuant to the PSSRA. That the adjudicator's role under section 92 of the PSSRA is rights-oriented favours greater procedural requirements.

[43] On balancing all factors this Court finds that the appropriate standard of review is that of patent unreasonableness. It is true that there is no privative clause in the PSSRA, however, the fact that the decision of the Adjudicator was within his area of expertise constitutes the critical factor in the present case. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, Iacobucci J. states [at page 773]:

Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review.

[44] The Adjudicator relied on *Burchill*, *supra* in making his decision to reject the attempts by the applicant to amend his grievance. This case stands, in part, for the proposition that a grievor may not amend his grievance in respect of the nature of the acts complained of once he has begun presenting his grievance at a hearing. Admittedly, the Adjudicator muddied the waters by stating that the decision prevented a grievor from changing "the nature of a grievance" (applicant's record, at page 64). In addition, the applicant attempted to amend the relief he sought as opposed to the acts complained of. Never-

Le paragraphe 21(1) de la LRTFP précise clairement le mandat de la Commission, comme suit:

21. (1) La Commission met en œuvre la présente loi et exerce les pouvoirs et fonctions que celle-ci lui confère ou qu'implique la réalisation de ses objets, notamment en prenant des ordonnances qui exigent l'observation de la présente loi, des règlements pris sous le régime de celle-ci ou des décisions qu'elle rend sur les questions qui lui sont soumises.

Les dispositions régissant les arbitres font toutefois exception à la nature administrative de la LRTFP. Leurs décisions établissent les droits des employés et de l'administration publique. Ces décisions se distinguent de la plupart de celles prises en vertu de la LRTFP, en ce qu'elles ne sont pas de nature polycentrique. Comme le rôle de l'arbitre en vertu de l'article 92 porte sur l'adjudication de droits, il faut pouvoir compter sur des protections procédurales plus importantes.

[43] En pondérant tous ces facteurs, la Cour conclut que la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. Il est vrai que la LRTFP ne contient pas de clause privative, mais le facteur clé en l'occurrence est le fait que la décision de l'arbitre se situe dans le cadre de son expertise. Dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, le juge Iacobucci déclare que [à la page 773]:

L'expertise, qui en l'espèce se confond avec l'objet de la loi appliquée par le tribunal, est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable.

[44] L'arbitre s'est appuyé sur *Burchill*, précité, pour rejeter les demandes de modifications du grief du demandeur. Cet arrêt précise notamment qu'un employé s'estimant lésé ne peut modifier son grief en ce qui concerne la nature des gestes reprochés, dès lors que l'audition de son grief est commencée. Il est vrai que l'arbitre a créé de la confusion en disant que l'arrêt *Burchill* empêchait un employé s'estimant lésé de modifier «la nature d'un grief» (dossier du demandeur, à la page 64). En plus, le demandeur voulait modifier le redressement demandé et non la nature des gestes reprochés. Quoi qu'il en soit, la Cour ne

theless, this Court does not find that *Burchill*, *supra*, was wrongly relied on. The applicant relied on *Perera v. Canada*, [1998] 3 F.C. 381 (C.A.) but this case does not address the procedural issue in question. In the result, no defect can be said to exist on the face of the Adjudicator's reasons. It follows that the Adjudicator did not exercise his discretion in a patently unreasonable manner.

#### Jurisdictional Error

[45] The applicant submits that the Adjudicator did not consider some of the applicant's evidence which the applicant argues was relevant. If this were so, it would amount to a jurisdictional error and render the decision a nullity; see *SEIU*, *supra*. The applicant's worries are grounded on several allegations.

[46] First, the applicant alleges that the Adjudicator did not digest his 349-page written submission prior to the final day of hearings. This allegation, however, is unsupported by any evidence found in the tribunal record and adduced by the applicant. In addition, the applicant cites no law which would support his proposition that a failure by a tribunal to read all submitted materials prior to the end of a hearing constitutes a reviewable error.

[47] Second, the applicant believes that the Adjudicator was tricked by the respondent's counsel into believing that much of his 349 pages was irrelevant. If the Adjudicator in his reasons, however, did not cite every strand of evidence adduced by the applicant but, rather, cited the respondent's evidence, this is not proof that he read none of it. In the absence of clearer evidence to the contrary it indicates, merely, the weight that the Adjudicator applied after considering each part of the 349 pages.

[48] Third, the applicant finds it impossible to believe that, if the Adjudicator had read all of the 349 pages, he could have done anything but agree wholeheartedly with the applicant's submissions. The fact that the Adjudicator did not agree with the applicant, therefore, is proof in the eyes of the applicant that he did not read each page. With respect, this

conclut pas qu'on s'est appuyé à tort sur l'arrêt *Burchill*, précité. Le demandeur s'appuie sur *Perera v. Canada*, [1998] 3 C.F. 381 (C.A.), mais cet arrêt ne traite pas de la question de procédure en cause. En conséquence, on ne peut dire que les motifs de l'arbitre soient viciés à leur face même. Il s'ensuit que l'arbitre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable.

#### L'erreur juridictionnelle

[45] Le demandeur soutient que l'arbitre n'a pas tenu compte d'éléments de preuve qu'il a présentés et qu'il considère pertinents. Si c'était le cas, il s'agirait d'une erreur juridictionnelle qui rendrait la décision nulle; voir *UIES*, précité. Les préoccupations du demandeur se fondent sur plusieurs allégations.

[46] Premièrement, le demandeur soutient que l'arbitre n'a pas assimilé ses prétentions écrites de 349 pages avant le dernier jour de l'audience. Cette allégation n'est toutefois appuyée par aucun élément de preuve contenu dans le dossier du tribunal et présenté par le demandeur. De plus, le demandeur ne cite pas de jurisprudence à l'appui de sa prétention que le fait qu'un tribunal ne lise pas tout le dossier avant la fin de l'audition constitue une erreur ouvrant droit à l'intervention judiciaire.

[47] Deuxièmement, le demandeur croit que l'avocat du défendeur a convaincu l'arbitre par la ruse que l'essentiel du contenu de ses 349 pages n'était pas pertinent. Le fait que l'arbitre n'a pas cité chaque élément de preuve présenté par le demandeur, mais a cité plutôt celle du défendeur, ne prouve aucunement qu'il ne l'a pas lue. À défaut d'une preuve plus claire à l'effet contraire, ceci reflète simplement le poids que l'arbitre a donné aux 349 pages après les avoir étudiées.

[48] Troisièmement, le demandeur refuse de croire que l'arbitre ait pu lire ses 349 pages sans se rendre entièrement à ses arguments. Le fait que l'arbitre n'ait pas donné raison au demandeur prouve pour ce dernier qu'il n'a pas lu toutes les pages. Avec égards, cette logique ne peut amener la Cour à conclure qu'on n'a pas tenu compte des arguments du demandeur.

logic cannot move the Court to find that the applicant's submissions were left unconsidered.

#### Error of Fact

[49] The applicant submits that the Adjudicator made several erroneous findings of fact. The applicant bases this on his conviction that his evidence had "an equivalent or higher level of verification" than that of the respondent and, therefore, should have carried the day (applicant's memorandum at paragraph 169).

[50] This Court notes that the standard of review for this question must be determined in accordance with the pragmatic and functional test as outlined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. This Court need only add one observation, therefore, to its previous review of the factors cited in *Baker, supra*: an adjudicator is in a much better position to ascertain facts than this Court is on judicial review. In addition, none of the findings listed by the applicant at paragraphs 169 to 187 of his memorandum could be considered as outside the expertise of the Adjudicator. The proper standard of review, therefore, is patent unreasonableness.

[51] In reviewing both the evidence before the Adjudicator and comparing it with the tribunal's reasons, none of the alleged errors appear on its face as defects. Though this Court does not necessarily agree with every finding of fact it is not the Court's role to substitute its opinion simply because it differs from that of the Adjudicator; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079.

#### Infringement of Charter Rights

[52] The applicant makes numerous submissions relating to his Charter rights and the manner in which the Adjudicator allegedly infringed them. This Court need only address, however, the submissions as they relate to subsection 15(1) of the Charter and in particular the applicant's claim at paragraph 198 of the applicant's memorandum wherein he writes:

#### L'erreur de fait

[49] Le demandeur soutient que l'arbitre a commis plusieurs erreurs de fait. Il fonde cette allégation sur la conviction que sa preuve avait un [TRADUCTION] «niveau équivalent ou plus élevé de vérification» que celle du défendeur, et qu'elle aurait donc dû lui faire donner gain de cause (mémoire du demandeur, au paragraphe 169).

[50] La Cour souligne que la norme de contrôle applicable à cette question doit être déterminée selon le critère pragmatique et fonctionnel énoncé dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. La Cour n'a donc qu'un commentaire à ajouter à son examen des facteurs cités dans *Baker*, précité, savoir que l'arbitre est beaucoup mieux placé pour juger des faits que la Cour ne l'est dans le cadre du contrôle judiciaire. De plus, les conclusions citées par le demandeur aux paragraphes 169 à 187 de son mémoire tombent toutes dans le cadre de l'expertise de l'arbitre. La norme de contrôle applicable est donc celle de la décision manifestement déraisonnable.

[51] En examinant la preuve présentée à l'arbitre ainsi que les motifs de ce dernier, aucune des erreurs alléguées ne vicie la décision à sa face même. Bien que la Cour n'arrive pas nécessairement toujours aux mêmes conclusions de fait, ce n'est pas son rôle de substituer son avis à celui de l'arbitre pour ce motif; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079.

#### L'atteinte aux droits garantis par la Charte

[52] Le demandeur présente bon nombre d'arguments sur les droits que lui garantit la Charte, ainsi que sur la façon dont l'arbitre y aurait contrevenu. La Cour ne doit toutefois se pencher sur ces arguments que dans la mesure où ils se rattachent au paragraphe 15(1) de la Charte, notamment la prétention suivante, contenue au paragraphe 198 du mémoire du demandeur:

As detailed in Paragraphs 172-173 and 174-182 above, the Decision makes patently wrong and/or unreasonable evaluations of accommodation and hardship. This must have resulted from not using or not properly considering the guidelines as enunciated by the Supreme Court and shown in my *Charter* presentation, **Attachment "R"**.

This submission seems to allege that the Adjudicator erred in not finding the actions of the Ministry in breach of subsection 15(1) of the Charter. As the applicant's circumstances and the Ministry's actions are fairly unique, this Court does not consider the question of whether the latter's actions constitute a subsection 15(1) Charter violation to be of much precedential value. The question, therefore, will be analysed as one of mixed law and fact; see *Southam, supra*.

[53] The applicant contracted chronic fatigue syndrome sometime in 1985. By the summer of 1988 he could no longer work and, after his sick leave credits had been exhausted, his supervisors granted him leave without pay on September 19, 1988. The Treasury Board policy [*supra*] under which the Ministry officials granted this leave provides (respondent's record at Tab 30):

When employees are unable to work due to illness or injury and have exhausted their sick leave credits or injury on duty leave, managers must consider granting leave without pay.

Where it is clear that the employee will not be able to return to duty within the foreseeable future, managers must consider granting such leave without pay for a period sufficient to enable the employee to make the necessary personal adjustments and preparations for separation from the Public Service on medical grounds.

Where management is satisfied that there is a good chance the employee will be able to return to duty within a reasonable period of time (the length of which will vary according to the circumstances of the case), leave without pay provides an option to bridge the employment gap. Management must regularly re-examine all such cases to ensure that continuation of leave without pay is warranted by current medical evidence.

Management must decide upon the termination date for such leave without pay within two years of the leave's commencement, although it can, in some circumstances, be extended to accommodate exceptional cases.

[TRADUCTION] Comme démontré aux paragraphes 172 à 182, la décision évalue de façon manifestement erronée et déraisonnable les notions d'accommodement et de contrainte. Ceci veut dire que les lignes directrices énoncées par la Cour suprême et décrites dans ma présentation sur la *Charte* (Annexe «R») n'ont pas été utilisées ou correctement prises en compte.

Cet argument semble assimiler à une erreur le fait que l'arbitre n'a pas conclu que le Ministère avait violé le paragraphe 15(1) de la Charte. Comme la situation du demandeur et les gestes posés par le Ministère sont de nature assez exceptionnelle, la Cour ne considère pas que la question de savoir si les actions du Ministère qui constitueraient une violation du paragraphe 15(1) de la Charte pourrait faire jurisprudence. La question sera donc abordée comme une question mixte de fait et de droit; voir *Southam*, précité.

[53] En 1985, le demandeur a contracté le syndrome de fatigue chronique. À l'été 1988, il ne pouvait plus travailler et, après épuisement de ses crédits de congés de maladie, ses superviseurs lui ont accordé un congé sans solde le 19 septembre 1988. La politique du Conseil du Trésor [précitée] en vertu de laquelle les représentants du Ministère ont accordé ce congé prévoit (dossier du défendeur, à l'onglet 30):

Les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré aux employés qui ne peuvent travailler pour cause de blessure ou de maladie et qui ont épuisé leurs crédits de congé de maladie ou de congé d'accident du travail.

S'il est clair que l'employé ne sera pas en mesure de retourner au travail dans un avenir prévisible, les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré d'une durée suffisante pour permettre à l'employé de prendre les dispositions nécessaires en prévision de sa cessation d'emploi de la fonction publique pour raisons médicales.

Si la direction est convaincue qu'il y a de bonnes chances que l'employé retourne au travail dans un délai raisonnable (dont la durée variera selon les circonstances), un congé non rémunéré peut être considéré afin qu'il n'y ait pas d'interruption d'emploi. La direction doit réexaminer tous ces cas périodiquement afin de s'assurer que le congé non rémunéré n'est pas prolongé sans raisons médicales valables.

La direction doit déterminer la date de cessation du congé non rémunéré en deçà d'une période de deux ans après le début du congé, bien qu'elle puisse prolonger la période de congé si des circonstances exceptionnelles le justifient.



The period of such leave without pay must be flexible enough to allow managers to accommodate the needs of employees with special recovery problems, including their retraining.

[54] The Ministry inquired about the health of the applicant in 1990 and 1992 and received doctor's certificates stating that he remained incapacitated. In early 1994, the Ministry asked whether the applicant would be able to return to work or whether he would be seeking a medical retirement. The applicant rejected both options, seeking to remain on leave without pay. The Ministry did not, however, want to leave the applicant on leave without pay indefinitely. A doctor wrote the Ministry on December 12, 1994 stating (respondent's record at Tab 13):

I, therefore, do not anticipate Mr. Sheuneman [*sic*] being ready for part-time work at any occupation in the near future, and I fully expect that he will remain so disabled for an indefinite number of years (many) in the future.

After over two years of communications between both parties, the applicant was terminated for cause on November 29, 1996.

[55] At the adjudication hearing, counsel for the Ministry had objected to the written submissions of the applicant alleging a breach of his Charter rights. The submissions contained a history of the treatment of disabled people, the purpose of subsection 15(1) of the Charter some of the jurisprudence relating to it and some legal arguments. The Adjudicator ruled that he had the jurisdiction to consider Charter arguments but, in the end, concluded [at paragraph 106]:

However, the grievor has failed to satisfy me on the evidence that in terminating his employment the employer engaged in any violation of either the CHRA or the Charter.

[56] Neither party made any submissions with regards to the standard of review which this Court, in assessing the applicant's Charter submissions, must observe. In the interest of not repeating the pragmatic

La période de congé non rémunéré doit être suffisamment souple pour permettre aux gestionnaires de tenir compte des besoins des employés ayant des problèmes particuliers de réadaptation, comme le besoin d'un recyclage.

[54] Le Ministère s'est enquis de l'état de santé du demandeur en 1990 et en 1992 et a reçu des certificats médicaux confirmant l'incapacité du demandeur. Au début de 1994, le Ministère a cherché à savoir si le demandeur pouvait reprendre le travail ou s'il désirait prendre sa retraite pour des raisons médicales. Le demandeur a rejeté ces deux options, demandant à conserver son statut d'employé en congé sans solde. Le Ministère ne voulait toutefois pas que la situation se poursuive indéfiniment. Un médecin a écrit au Ministère le 12 décembre 1994, déclarant que (dossier du défendeur, onglet 13):

[TRADUCTION] Par conséquent, je ne prévois pas que M. Sheuneman [*sic*] sera en mesure d'occuper à temps partiel quelque emploi que ce soit dans un avenir rapproché, et je suis fermement convaincu qu'il demeurera invalide pour un nombre indéterminé d'années (de nombreuses années) encore.

Après deux années d'échange de correspondance, le demandeur a fait l'objet d'un licenciement motivé le 29 novembre 1996.

[55] À l'audition du grief, l'avocat du Ministère s'était opposé au dépôt des prétentions du demandeur alléguant la violation des droits que lui garantit la Charte. Les prétentions écrites du demandeur contiennent un historique du traitement des invalides, des considérations sur le but du paragraphe 15(1) de la Charte, une partie de la jurisprudence sur cette question et des arguments juridiques. L'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour entendre des arguments en vertu de la Charte, qu'il a tranché de cette façon [au paragraphe 106]:

Toutefois, le fonctionnaire s'estimant lésé n'a pas réussi à me convaincre, d'après l'ensemble de la preuve, que l'employeur a violé de quelque manière que ce soit la LCDP ou la Charte en le licenciant.

[56] Les parties n'ont présenté aucune observation quant à la norme de contrôle que la Cour doit appliquer en évaluant les arguments du demandeur fondés sur la Charte. La Cour ne répètera pas le critère

and functional test as found in *Pushpanathan*, *supra* and applied above, this Court need only make one comment on the issue. As the interpretation and application of the Charter falls outside of a PSSRA adjudicator's area of expertise, the question of mixed fact and law calls for a standard of correctness to be observed.

[57] The first issue to review in determining whether subsection 15(1) of the Charter has been breached is whether the applicant has established a *prima facie* case that he suffered discrimination on a prohibited ground: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3. The relevant prohibited ground is the applicant's disability, that is, his chronic fatigue syndrome. The question is whether he suffered discrimination on this ground.

[58] The policy in question is unlike others which, having been indifferently applied, were found to have an adverse effect on a small number of individuals; see *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536. The policy is flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years. The policy, therefore, does not discriminate against the applicant.

[59] The applicant's leave status was discontinued only after eight years, as opposed to two, and only because it was clear that he would remain unable to return to work for the foreseeable future. I cannot imagine a more sympathetic and humane way of implementing a policy concerned with employees on leave. The applicant's termination resulted only because he was too stubborn to accept that the leave in question is, by its nature, a temporary measure. The actions of departmental employees in implementing the policy, therefore, cannot be characterized as discriminatory. As a result, the applicant's treatment cannot be considered *prima facie* discriminatory pursuant to subsection 15(1) of the Charter. The Adjudicator was, therefore, correct on the question of whether there was sufficient evidence to found a claim

pragmatique et fonctionnel énoncé dans *Pushpanathan*, précité, qu'elle a déjà appliqué, et elle se contentera d'un seul commentaire. Comme l'interprétation et l'application de la Charte ne font pas partie du domaine d'expertise d'un arbitre agissant en vertu de la LRTPF, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique à cette question mixte de fait et de droit.

[57] La première question à examiner pour déterminer s'il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte est celle de savoir si le demandeur a fourni une preuve suffisante à première vue qu'il a subi une discrimination pour un motif prohibé; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3. Le motif prohibé pertinent est l'incapacité du demandeur, soit le syndrome de fatigue chronique. La question est de savoir si le demandeur a fait l'objet de discrimination pour ce motif.

[58] La politique en cause ne ressemble pas à d'autres qui avaient été appliquées sans nuances au détriment d'un petit nombre de personnes; voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536. La politique est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée. Cette politique n'est donc pas discriminatoire à l'encontre du demandeur.

[59] Le demandeur n'a perdu le statut d'employé sans solde qu'après une absence de huit ans, au lieu de deux, et seulement parce qu'il était très clair qu'il ne pouvait revenir travailler dans un avenir prévisible. Je ne peux concevoir une mise en œuvre plus sympathique et humaine d'une politique sur les congés. Le licenciement du demandeur est la conséquence de son entêtement à refuser d'accepter que ce congé soit, par sa nature même, une mesure limitée dans le temps. Les actions des fonctionnaires du Ministère dans la mise en œuvre de la politique ne peuvent donc être qualifiées de discriminatoires. En conséquence, on ne peut pas dire que le traitement accordé au demandeur est discriminatoire à première vue au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. L'arbitre avait donc raison de conclure comme il l'a fait sur la question de savoir

of discrimination.

[60] The applicant also submits that the lack of any transcript of the hearing breached his subsection 15(1) Charter rights. The applicant alleges that he was discriminated against on the basis of his disability. This submission must fail, however, for the same reason as the above claim of discrimination; there is no evidence that he suffered discrimination as a result of not being able to peruse a transcript of the hearing. On the contrary, the evidence shows that the applicant had sufficient energy and presence of mind not only to address numerous interlocutory matters but to also make detailed critiques of the Adjudicator's actions throughout the hearing.

#### Conclusion

[61] The applicant made extensive submissions followed up by some very meticulous arguments. None of his submissions having succeeded, however, the application must be dismissed in its entirety.

s'il y avait une preuve suffisante pour étayer l'existence d'une discrimination.

[60] Le demandeur soutient aussi que le défaut de lui fournir une transcription de l'audience viole les droits que lui garantit le paragraphe 15(1) de la Charte. Il allègue avoir fait l'objet de discrimination en raison de son incapacité. Cette allégation doit être rejetée pour le motif déjà présenté, soit qu'il n'y a aucune preuve que le demandeur a fait l'objet d'une discrimination parce qu'il n'a pu obtenir une transcription de l'audience. Au contraire, la preuve démontre que le demandeur avait assez d'énergie et de présence d'esprit pour aborder plusieurs questions interlocutoires et faire une critique détaillée des gestes posés par l'arbitre au cours de l'audience.

#### Conclusion

[61] Le demandeur a présenté un bon nombre d'allégations et une argumentation méticuleuse. Toutefois, comme toutes ses prétentions sont rejetées, la demande est entièrement rejetée.

T-85-97

**Sierra Club of Canada, a national organization concerned with environmental protection and restoration and a non-profit corporation duly constituted on April 7, 1992 by Letters Patent under the *Canadian Corporation Act* (Applicant)**

v.

**The Minister of Finance of Canada, The Minister of Foreign Affairs of Canada, The Minister of International Trade of Canada and The Attorney General of Canada (Respondents)**

and

**Atomic Energy of Canada Limited (AECL) (Intervener)**

**INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T.D.)**

**Trial Division, Pelletier J.—Ottawa, September 10 and October 26, 1999.**

*Practice — Affidavits — In camera application for leave pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 312 to file additional affidavit, containing as exhibits confidential documents prepared for purpose of Chinese regulatory process — Arising in course of application for judicial review of Canadian Government's decision to provide financial assistance with respect to sale of nuclear reactors by AECL to People's Republic of China — AECL submitting documents required to defend against possibility Sierra Club will seek environmental assessment pursuant to Canadian Environmental Assessment Act, ss. 8, 54 — Main concerns in application of r. 312 whether additional material would serve interests of justice, assist Court, not seriously prejudice other side — If documents permit Court to have before it evidence material to issues, interests of justice served, unless prejudice to another party shown — Confidential documents relevant to issue of appropriate remedy — Any prejudice caused to Sierra Club arising from delay caused by introduction of documents — Delay explained; not due to AECL's indolence — Delay balanced by desirability of having entire record before Court — Leave granted.*

T-85-97

**Sierra Club du Canada, organisme national voué à la protection et à la restauration de l'environnement et organisme à but non lucratif dûment constitué par lettres patentes le 7 avril 1992 sous le régime de la *Loi sur les corporations canadiennes* (demandeur)**

c.

**Ministre des Finances du Canada, ministre des Affaires étrangères du Canada, ministre du Commerce international du Canada et Procureur général du Canada (défendeurs)**

et

**Énergie Atomique du Canada Limitée (EACL) (intervenante)**

**RÉPERTORIÉ: SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (1<sup>re</sup> INST.)**

**Section de première instance, juge Pelletier—Ottawa, 10 septembre et 26 octobre 1999.**

*Pratique — Affidavits — Requête à huis clos visant à obtenir, en vertu de la règle 312 des Règles de la Cour fédérale (1998), l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire auquel seront annexés des documents confidentiels préparés dans le cadre du processus réglementaire chinois — Requête s'inscrivant dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine — EACL a déposé les documents exigés pour empêcher le Sierra Club de demander une évaluation environnementale en vertu des art. 8 et 54 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Pour déterminer si la règle 312 des Règles s'applique, il s'agit au premier chef de savoir si les documents complémentaires sont dans l'intérêt de la justice, s'ils serviront à éclairer le juge et s'ils ne causeront pas un grave préjudice à la partie adverse — Si les documents permettent au tribunal de disposer d'éléments qui ont rapport à un des points litigieux qu'il doit trancher, leur recevabilité est dans l'intérêt de la justice, sauf si l'on peut démontrer qu'ils causeront un préjudice à la partie adverse — Les documents confidentiels se rapportent à la question de la réparation qu'il convient d'accorder — Le préjudice que le Sierra Club pourrait subir serait causé par le retard qu'accuse la présentation des documents — Explication du retard, qui n'est pas attribua-*

*Practice — Confidentiality orders — Application for confidentiality order in respect of application for leave to file additional affidavit containing confidential documents; affidavit, confidential documents themselves — Arising in course of application for judicial review of Canadian Government's decision to provide financial assistance with respect to sale of nuclear reactors by AECL to People's Republic of China — Under Federal Court Rules, 1998, r. 151 Court may order material filed treated as confidential provided satisfied need for confidentiality greater than public interest in open, accessible Court proceedings — Confidential documents property of Chinese authorities — Authorizing disclosure only if confidentiality order issuing — Issues in public domain, not simply matter of individual rights — Documents containing information disclosure of which could be harmful to AECL — Subjective element of test for granting confidentiality order met: AECL believing disclosure of documents harmful to competitive position — Objective part of test met as information consistently treated as confidential by AECL, Chinese authorities; on balance of probabilities disclosure could harm AECL's commercial interests — In public law cases, third component whether public interest in disclosure exceeding risk of harm to party — Where disclosure voluntary, as here, document may be put into evidence in different form or other documents may be available to prove same facts — No evidence as to how relevant evidence could be put before Court in other ways not requiring confidentiality order, but possibility of expunging sensitive information — Need for confidentiality order not exceeding public interest in open justice — Burden of justifying confidentiality order onerous where issue of significant public interest — Nothing suggesting information contained in documents of interest to Court — AECL not prevented from mounting full defence by absence of confidentiality order, except to extent chooses not to put evidence in some form before Court — Public will benefit from open access — Judge not examining documents as voluminous, dealing with technical aspects of nuclear installation and could not be assessed in context.*

*ble à une inertie de la part d'EACL — Retard compensé par les avantages que comporte le fait pour la Cour de disposer de l'ensemble du dossier — Autorisation accordée.*

*Pratique — Ordonnances de confidentialité — Demande d'ordonnance de confidentialité se rapportant à une demande d'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire accompagné de documents confidentiels, ainsi que l'affidavit et les documents confidentiels eux-mêmes — Requête s'inscrivant dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine — Aux termes de l'art. 151 des Règles de la Cour fédérale (1998), la Cour peut ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels, à condition d'être convaincue que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires — Documents confidentiels propriété des autorités chinoises — Divulgarion autorisée uniquement si la Cour rend une ordonnance de confidentialité — Les questions en litige sont du domaine public et ne portent pas uniquement sur des droits individuels — Les documents renferment des renseignements dont la divulgation pourrait nuire à EACL — Respect de l'élément subjectif du critère permettant de savoir s'il y a lieu de prononcer une ordonnance de confidentialité: EACL estime que la divulgation des documents nuirait à sa position concurrentielle — Respect du volet subjectif du critère: les autorités chinoises et EACL ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels — En outre, la divulgation des renseignements risquerait, selon la prépondérance des probabilités, de compromettre les droits commerciaux d'EACL — En droit public, troisième volet au critère objectif: l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte-t-il sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne? — Lorsque la production est facultative, comme en l'espèce, le document peut être mis en preuve sous une autre forme ou d'autres documents peuvent être déposés pour prouver les mêmes faits — Absence de preuve sur d'autres modes de présentation possibles à la Cour d'éléments de preuve pertinents qui n'exigeraient pas le prononcé d'une ordonnance de confidentialité, mais possibilité de retrancher les passages délicats — La nécessité de protéger le caractère confidentiel des documents ne l'emporte pas sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires — La charge de justifier le prononcé de l'ordonnance de confidentialité est onéreuse lorsque la question est une question d'intérêt public importante — Rien ne permet de penser que les renseignements contenus dans les documents intéresseraient la Cour — L'absence d'ordonnance de confidentialité n'empêchera pas EACL de préparer une défense pleine et entière, sauf si elle choisit de ne pas porter sous une forme ou une autre les éléments de preuve à la connaissance de la Cour — Le public bénéficiera de la publicité des débats judiciaires — Refus du juge d'examiner les documents, parce qu'ils sont*

*Judges and Courts — Open justice — Confidentiality order sought regarding affidavits containing confidential documents upon application for judicial review of Government's decision to provide financial assistance for sale of nuclear reactors to People's Republic of China by AECL — Confidential documents property of Chinese authorities — Whether public interest in disclosure exceeding risk of harm to party from disclosure consideration in public law cases — Matter of considerable interest to Canadians — Continuing public debate over Canada's role as nuclear technology vendor — Court not satisfied need for confidentiality exceeding public interest in open justice — Conclusion reached without examining voluminous documents on technical aspects of nuclear installation as Judge would be no wiser from perusal.*

This was an *in camera* application for leave pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, rule 312 to file an additional affidavit, containing as exhibits certain documents; and for a confidentiality order pursuant to rule 151 in respect of this application, the additional affidavits and confidential documents. The motion arose in the course of an application by Sierra Club for judicial review of the decision by the Government of Canada to provide financial assistance with respect to the sale of nuclear reactors by AECL to the People's Republic of China. In its initial response to Sierra Club's application, AECL filed the affidavit of a senior AECL manager, wherein he referred to and summarized certain documents prepared for purposes of the Chinese regulatory process (the confidential documents). Prior to cross-examination on the affidavit, Sierra Club applied for the production of the documents themselves, but they were not disclosed for various reasons, including the fact that they belonged to the Chinese authorities, who had not authorized their disclosure. AECL has since obtained authorization to disclose the documents, but only if they are protected by a confidentiality order. *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA), paragraph 5(1)(b) requires an environmental assessment of a project before a federal authority provides financial assistance for the purpose of enabling it to proceed. Sierra Club submitted that paragraph 5(1)(b) applied to the memorandum of authorization authorizing certain financial transactions, and that an environmental assessment was required. AECL's position was that the CEAA does not apply to Crown corporations, and that the memorandum of authorization does not fall within the terms of section 5. AECL further said that it required the documents to defend itself against the possibility that Sierra Club will argue that

*trop volumineux, qu'ils portent sur les aspects techniques d'une installation nucléaire et qu'il ne pourrait les évaluer dans leur contexte.*

*Juges et tribunaux — Publicité des débats judiciaires — Demande d'ordonnance de confidentialité se rapportant à un affidavit accompagné de documents confidentiels dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouvernement d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine — Documents confidentiels propriété des autorités chinoises — En droit public, il y a lieu de se demander si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne — Question intéressant les Canadiens au plus haut point — Débat public sur le rôle du Canada à titre de vendeur de technologies nucléaires — La Cour n'est pas convaincue que la nécessité de protéger le caractère confidentiel des documents l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires — Conclusion tirée sans examiner la série d'ouvrages volumineux portant sur les aspects techniques d'une installation nucléaire dont se composent les documents confidentiels, étant donné que le juge ne serait pas davantage éclairé s'il examinait ces documents.*

Il s'agit d'une requête entendue à huis clos visant à obtenir, en vertu de la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire auquel seront annexés certains documents, ainsi qu'une ordonnance de confidentialité fondée sur la règle 151 et portant sur la présente demande, les affidavits supplémentaires et les documents confidentiels. La requête s'inscrit dans le cadre d'une demande présentée par le Sierra Club en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine. Dans sa réponse initiale à la demande du Sierra Club, EACL a déposé l'affidavit souscrit par un cadre supérieur d'EACL, qui cite et résume certains documents préparés dans le cadre du processus réglementaire chinois (les documents confidentiels). Avant de le contre-interroger au sujet de son affidavit, le Sierra Club a présenté une demande en vue d'obtenir la production des documents eux-mêmes, ce qui a été refusé pour diverses raisons, notamment le fait que les documents étaient la propriété des autorités chinoises qui n'en avaient pas autorisé la communication. EACL a depuis obtenu l'autorisation de communiquer les documents mais uniquement à la condition qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité. L'alinéa 5(1)(b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE) exige qu'un projet soit soumis à une évaluation environnementale avant qu'une autorité fédérale puisse accorder un financement à un promoteur en vue de l'aider à mettre en œuvre le projet. La thèse du Sierra Club est que l'alinéa 5(1)(b) s'applique au protocole d'autorisation qui autorise certaines opérations financières et que, par conséquent, une évaluation environne-

CEAA subsection 8(1) applies to this transaction, or that it will invoke section 54. In either case, AECL would rely on the content of the confidential documents to show that an assessment of the environmental effects of the project had been completed. Finally, AECL submitted that the confidential documents were relevant to the question of remedies. Sierra Club opposed production of the documents on the grounds that they were not relevant and that their introduction at this point would unnecessarily delay the proceedings even further.

*Held*, the application for leave to file the supplementary affidavit and confidential documents should be granted, and the application for a confidentiality order should be dismissed.

(1) The main concerns in the application of rule 312 are whether the additional material would serve the interests of justice, assist the Court, and not seriously prejudice the other side. Whether the introduction of the documents serve the interests of justice and assist the Court is a question of relevance. If the documents will permit the Court to have before it evidence which is material to an issue to be decided, then the interests of justice are served, unless prejudice to another party can be shown.

The confidential documents were relevant to the issue of the appropriate remedy. Section 5 provides that if one of the enumerated conditions arises, an environmental assessment must be performed. An environmental assessment is an assessment conducted pursuant to the terms of the Act. The confidential documents were not an environmental assessment within the meaning of the Act. However, AECL apparently sought to argue that, on the basis of a variety of factors, including the confidential documents, the Court ought not to make any order, on the ground that any order would be essentially futile. AECL argued that it is redundant to repeat what others (Chinese authorities) have done in circumstances where Canadian authorities have no jurisdiction over the works, or because the Chinese regulatory process is the functional equivalent of an environmental assessment so that the spirit of the legislation has been complied with. Sierra Club argued that relief should not be denied on the ground of futility.

Any prejudice caused to Sierra Club would arise from delay which will have impact upon the arguments to be made by AECL, e.g. the advanced state of the completion of the works or the state of the financial commitments. The

mentale doit avoir lieu. EACL affirme que la Loi ne s'applique pas aux sociétés d'État et que le protocole d'autorisation n'est pas visé par le libellé de l'article 5. EACL ajoute qu'elle a besoin des documents pour pouvoir se défendre contre la possibilité que le Sierra Club prétende que le paragraphe 8(1) s'applique à la présente opération ou encore qu'il invoque l'article 54. Dans un cas comme dans l'autre, EACL se propose de se fonder sur le contenu des documents confidentiels pour démontrer qu'une évaluation des incidences environnementales du projet a déjà eu lieu. Finalement, EACL affirme que les documents confidentiels permettent de résoudre la question des réparations. Le Sierra Club s'oppose à la production des documents au motif qu'ils ne sont pas pertinents et que leur production à ce moment-ci ne ferait que retarder inutilement encore davantage le déroulement de l'instance.

*Jugement*: la demande d'autorisation de déposer l'affidavit supplémentaire et les documents confidentiels devrait être accueillie et la demande d'ordonnance de confidentialité devrait être rejetée.

1) Pour décider si la règle 312 s'applique, il s'agit au premier chef de savoir si les documents complémentaires sont dans l'intérêt de la justice, s'ils serviront à éclairer le juge et s'ils ne causent pas un grave préjudice à la partie adverse. La question de savoir si le dépôt des documents en question est dans l'intérêt de la justice et s'il servira à éclairer le juge est une question de pertinence. Si les documents permettent au tribunal de disposer d'éléments qui ont rapport à un des points litigieux qu'il doit trancher, leur recevabilité est dans l'intérêt de la justice, sauf si l'on peut démontrer qu'ils causeront un préjudice à la partie adverse.

Les documents confidentiels se rapportent à la question de la réparation qu'il convient d'accorder. L'article 5 prévoit qu'une évaluation environnementale doit être effectuée dès qu'une des conditions énumérées est réalisée. Une évaluation environnementale est une évaluation effectuée conformément à la Loi. Les documents confidentiels ne constituent pas une évaluation environnementale au sens de la Loi. Il semble toutefois qu'EACL désire soutenir que, compte tenu de divers facteurs, dont l'existence des documents confidentiels, la Cour ne devait rendre aucune ordonnance au motif que toute ordonnance serait fondamentalement inutile. La thèse d'EACL est qu'il est superflu de répéter ce que d'autres (les autorités chinoises) ont fait dans des circonstances dans lesquelles les autorités canadiennes n'ont aucun droit de regard sur les travaux ou que le processus réglementaire chinois est l'équivalent fonctionnel d'une évaluation environnementale, de sorte que l'esprit de la loi a été respecté. Le Sierra Club affirme que la réparation sollicitée ne doit pas être refusée au motif qu'elle est futile.

Le préjudice que le Sierra Club pourrait subir serait causé par les délais, lesquels auront à leur tour une incidence sur les moyens qu'EACL voudra invoquer, par exemple, l'état d'avancement des travaux et l'état des engagements finan-

delay in bringing the documents forward has been explained; it was not attributable to indolence on the part of AECL. The delay caused by the introduction of these documents, while undesirable, is balanced by the desirability of having the entire record before the Court. Leave was granted to serve and file the supplementary affidavit and the confidential documents.

(2) Under rule 151 the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential, provided it is satisfied that the need for confidentiality is greater than the public interest in open and accessible court proceedings. This is a matter of considerable interest to a large number of Canadians. The issues are in the public domain and are not simply a matter of individual rights, though AECL's business could potentially be affected by the result. All of this suggests that these proceedings should be open and public. On the other hand, the documents in question are the property of the Chinese authorities and AECL does not have permission to put the documents into the record unless they are protected by a confidentiality order.

Confidentiality orders, while permitted by the rules, are an exception to the rule of open access to the courts. There is a subjective element to the test developed in patent cases for the granting of a confidentiality order: the applicant must show a belief that the information in question is confidential and that its interests would be harmed by disclosure. That element was met—AECL clearly believed that disclosure of the documents will be harmful to its competitive position. The second part of the test is that the person claiming the benefit of the order must demonstrate, on an objective basis, that the order is required. To so demonstrate, the information must have been treated by the party at all relevant times as confidential, and the asserting party must demonstrate that, on a balance of probabilities, its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of the information. The second part of the test was satisfied. The information was consistently treated as confidential by both AECL and the Chinese authorities. Also on a balance of probabilities, disclosure of the information could harm AECL's commercial interests. However, in public law cases, the objective test should have a third component, which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure. It was significant that this issue arose in the context of voluntary tendering of documents to advance a party's cause, not in the context of mandatory production of documents. Where production is mandatory, it is easier to justify a limit to public access to information which a party is not free to withhold and it can be shown that harm will result from disclosure. But where a party has the luxury of choosing whether or not to produce a document, the content of the document may be capable of being put into evidence in a different form or other documents may be available to prove the same facts. The claims of open justice may weigh more heavily in the balance in cases of voluntary tendering

ciers. Le retard qu'accuse la présentation des documents, même s'il n'est pas souhaitable, est compensé par les avantages que comporte le fait de soumettre l'ensemble du dossier à la Cour. EACL sera donc autorisée à signifier et à déposer l'affidavit supplémentaire et les documents confidentiels.

2) Aux termes de la règle 151 des Règles, la Cour peut ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels, à condition d'être convaincue que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Il s'agit d'une question qui intéresse un grand nombre de Canadiens. Les questions en litige sont du domaine public et ne portent pas uniquement sur des droits individuels, bien que l'issue du débat pourrait avoir des incidences sur les activités d'EACL. Il s'ensuit que le présent débat judiciaire doit être public. En revanche, les documents en question sont la propriété des autorités chinoises et EACL n'a la permission de les verser au dossier que s'ils sont protégés au moyen d'une ordonnance de confidentialité.

Bien qu'elles soient permises par les Règles, les ordonnances de confidentialité constituent une exception au principe de la publicité des débats judiciaires. Le critère élaboré, en matière de brevets, pour déterminer dans quels cas une ordonnance de confidentialité peut être prononcée comporte un élément subjectif: le requérant doit démontrer qu'il croit que les renseignements en question sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. En l'espèce, on a satisfait à l'élément subjectif du critère: il est évident qu'EACL estime que la divulgation des documents nuirait à sa position concurrentielle. Le second volet du critère exige que la personne qui en réclame le prononcé démontre, de façon objective, que l'ordonnance est nécessaire. Pour ce faire, il faut que les renseignements aient été en tout temps considérés comme confidentiels par l'intéressé et que celui-ci démontre, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques. On a également satisfait au second volet du critère. Les autorités chinoises et EACL ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels. En outre, la divulgation des renseignements risquerait, selon la prépondérance des probabilités, de compromettre les droits commerciaux d'EACL. Toutefois, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne. Il est très important de souligner que la question en litige ne se pose pas dans le contexte de la production obligatoire de documents, mais dans le contexte du dépôt volontaire de documents visant à étayer la thèse d'une des parties. Lorsque la production est obligatoire, il est plus facile de justifier une restriction à l'accès du public à des renseignements qu'une partie n'a pas le loisir de refuser de communi-



than it does in those where there is no element of voluntariness.

But for the fact that it is an intervener at its own request, AECL is an involuntary participant in the process. The documents which it wishes to put before the Court were prepared by others for other purposes. It is bound by its commercial interests, and its customer's property rights, to respect the Chinese authorities' disinclination to allow the documents to be filed without the benefit of a confidentiality order. The problem might be solved by expunging from the material filed those parts whose disclosure the Chinese authorities consider to be detrimental to their interests. Taking all of the above into account, the need for confidentiality did not exceed the public interest in open justice. The issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology is one of significant public interest. The burden of justifying a confidentiality order in such circumstances is very onerous. While the documents contain sensitive information, it is not the sensitive information which would be of interest to the Court. AECL has the option of expunging the sensitive material from the documents which it proposes to file. It will not be prevented from mounting a full defence by the absence of a confidentiality order except to the extent that it chooses not to put the evidence, in some form, before the Court. At the same time, the public will benefit from the open access to court proceedings.

The Court did not examine the confidential documents, notwithstanding case law to the effect that a judge should not deal with the issue of a confidentiality order without reviewing the documents themselves. Since the documents were voluminous and dealt with technical aspects of a nuclear installation, a judge would be none-the wiser for perusing them and unable to assess them in context.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 5(1), 8(1), 54(2).  
*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 312.

quer, d'autant plus qu'on peut démontrer que leur divulgation causera un préjudice. Mais lorsqu'il est loisible à un plaideur de choisir de produire ou non un document, ce ne sont pas les mêmes considérations qui entrent en ligne de compte. Le contenu du document peut être mis en preuve sous une autre forme ou d'autres documents peuvent être déposés pour prouver les mêmes faits. Le principe de la publicité des débats judiciaires pèse plus lourd dans la balance en pareil cas que lorsque la production des documents est forcée.

N'eût été le fait qu'elle est intervenue à l'action à sa propre demande, on pourrait considérer EACL comme un participant involontaire. Les documents qu'elle désire soumettre à la Cour ont été rédigés par d'autres personnes à d'autres fins. Elle est tenue, en raison de ses intérêts commerciaux et des droits de propriété de ses clients, de se plier au refus des autorités chinoises d'autoriser le dépôt des documents en question si une ordonnance de confidentialité n'est pas prononcée. On pourrait résoudre le problème en supprimant des documents déposés les extraits qui, de l'avis des autorités chinoises, nuisent à leurs intérêts. Compte tenu de tous ces éléments, la nécessité de protéger le caractère confidentiel des documents ne l'emporte pas sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. La question du rôle du Canada à titre de vendeur de technologies nucléaires est une question d'intérêt public importante. La charge de justifier le prononcé d'une ordonnance de confidentialité dans ces circonstances est très onéreuse. Bien que les documents contiennent des renseignements délicats, il n'a pas été démontré que ce sont les renseignements délicats qui intéresseraient la Cour. EACL a le choix de retrancher les passages délicats des documents qu'elle se propose de déposer. L'absence d'ordonnance de confidentialité ne l'empêchera nullement de préparer une défense pleine et entière, sauf si elle choisit de ne pas porter sous une forme ou une autre les éléments de preuve à la connaissance de la Cour. Par ailleurs, le public bénéficiera de la publicité des débats judiciaires.

La Cour n'a pas examiné les documents confidentiels, malgré une certaine jurisprudence suivant laquelle un juge ne devrait pas se prononcer sur la question de l'opportunité de rendre une ordonnance de confidentialité sans avoir examiné les documents eux-mêmes. Comme les documents confidentiels se composent d'une série d'ouvrages volumineux portant sur les aspects techniques d'une installation nucléaire, le juge ne serait pas davantage éclairé s'il examinait ces documents et il ne pourrait les évaluer en fonction de leur contexte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 5(1), 8(1), 54(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 37).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 151, 312.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Fogal et al. v. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (F.C.T.D.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

## CONSIDERED:

*Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437; 82 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 50 C.P.R. (3d) 208; 156 N.R. 234 (F.C.A.).

APPLICATION *in camera* for (i) leave to file an additional affidavit, to which will be attached as exhibits certain documents for which authorization to disclose has been granted by the Chinese authorities only if they are protected by a confidentiality order, and (ii) a confidentiality order in respect of this application, the additional affidavits and confidential documents. Application for leave granted, but application for confidentiality order denied.

## APPEARANCES:

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

## SOLICITORS OF RECORD:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.  
*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for interveners.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Fogal et al. c. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437; 82 F.T.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1<sup>re</sup> inst.); *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 50 C.P.R. (3d) 208; 156 N.R. 234 (C.A.F.).

DEMANDE entendue à huis clos visant à obtenir: (i) l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire auquel seront annexés certains documents dont les autorités chinoises ont autorisé la divulgation uniquement si ces documents sont protégés par une ordonnance de confidentialité; (ii) une ordonnance de confidentialité visant cette demande, les affidavits supplémentaires et les documents confidentiels. La demande d'autorisation est accueillie, mais l'ordonnance de confidentialité est refusée.

## ONT COMPARU:

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

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.  
*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] PELLETIER J.: AECL [Atomic Energy of Canada Limited] bring this application, which was heard *in camera* pursuant to an order of this Court, in which it seeks

- leave to file an additional affidavit to which will be attached as exhibits certain documents (the confidential documents); and
- a confidentiality order in respect of this application, the additional affidavit and confidential documents and this order.

[2] This motion arises in the course of an application brought by Sierra Club to set aside the funding arrangements underlying the sale of nuclear reactors by AECL to the People's Republic of China. In its initial response to Sierra Club's application, AECL filed the affidavit of Dr. Simon Pang, a senior AECL manager. Dr. Pang referred to and summarized certain documents prepared for purposes of the Chinese regulatory process. These documents are the confidential documents. Prior to cross-examining Dr. Pang on his affidavit, Sierra Club made an application for the production of the documents themselves, arguing that it could not test Dr. Pang's evidence without having access to the documents. AECL resisted production on various grounds including the fact that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have authority to disclose them. The documents were not disclosed at that time. AECL has now received authorization to disclose the documents but only if they are protected by a confidentiality order, hence this application. Sierra Club now opposes the production of these documents on the ground that they are not relevant and that their introduction at this point will unnecessarily delay the proceedings even further.

*Ce qui suit est la version française des motifs et ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE PELLETIER: EACL [Énergie Atomique du Canada Limitée] a introduit la présente requête, qui a été entendue à huis clos conformément à une ordonnance de notre Cour, en vue d'obtenir:

- l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire auquel seront annexés certains documents (les documents confidentiels);
- une ordonnance de confidentialité relativement à la présente demande, à l'affidavit supplémentaire, aux documents confidentiels et à la présente ordonnance.

[2] La présente requête s'inscrit dans le cadre d'une demande présentée par le Sierra Club en vue d'obtenir l'annulation des ententes financières sous-jacentes à la vente par EACL de réacteurs nucléaires à la République populaire de Chine. Dans sa réponse initiale à la demande du Sierra Club, EACL a déposé l'affidavit souscrit par M. Simon Pang, un cadre supérieur d'EACL. M. Pang a cité et résumé certains documents qui avaient été rédigés dans le cadre du processus réglementaire chinois. Ces documents sont les documents confidentiels. Avant de contre-interroger M. Pang au sujet de son affidavit, le Sierra Club a présenté une demande en vue d'obtenir la production des documents eux-mêmes, au motif qu'il ne pouvait vérifier la validité du témoignage de M. Pang si on ne lui permettait pas de consulter les documents. EACL s'est opposée à la production de ces documents en invoquant plusieurs moyens. Elle a notamment fait valoir que les documents étaient la propriété des autorités chinoises et qu'elle n'était pas autorisée à les communiquer. Les documents n'ont pas été communiqués à ce moment-là. EACL a depuis obtenu l'autorisation de communiquer les documents mais uniquement à la condition qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, d'où la présente demande. Le Sierra Club s'oppose maintenant à la production des documents au motif qu'ils ne sont pas pertinents et que leur production à ce moment-ci ne ferait que retarder inutilement encore davantage le déroulement de l'instance.

[3] The confidential documents could have been filed without objection at the time that Dr. Pang's original affidavit was filed. The only issue would have been the confidentiality order. Given that leave is now required to file the documents pursuant to rule 312 [*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*],<sup>1</sup> what new considerations enter into play?

[4] The principles governing the application of rule 312 were succinctly reviewed by Prothonotary Hargrave in *Fogal et al. v. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (F.C.T.D.) [at page 124] in which he identified that "the main concerns ought to be whether the additional material will serve the interests of justice, will assist the Court and will not seriously prejudice the other side." There is, in addition, always a concern that the summary nature of a judicial review application will be subverted by the piling on of paper. On the other hand, the fact that an application for judicial review is a summary procedure does not mean that the issues involved lend themselves to summary disposition. Where complex transactions are sought to be set aside on the ground that they offend a significant piece of legislation, even a summary procedure may be ponderous.

[5] Whether the introduction of the documents will serve the interests of justice and assist the Court is, in this case, a question of relevance. If the documents are not relevant to the issues to be decided in the application, they will not advance justice nor assist the Court. If the documents will permit the Court to have before it evidence which is material to an issue to be decided, then it can be said that the interests of justice are served, unless prejudice to another party can be shown.

[6] In this case, the documents are said to be relevant to the application of sections 8<sup>2</sup> and 54<sup>3</sup> of the

[3] Les documents confidentiels auraient pu être déposés sans opposition au moment du dépôt du premier affidavit de M. Pang. La seule question en litige aurait alors été celle de l'ordonnance de confidentialité. Compte tenu du fait que la règle 312 des [*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*]<sup>1</sup> exige maintenant une autorisation pour pouvoir déposer les documents, quelles sont les nouvelles considérations qui entrent en jeu?

[4] Les principes régissant l'application de la règle 312 ont été exposés succinctement par le protonotaire Hargrave dans la décision *Fogal et al. c. Canada et al.* (1999), 161 F.T.R. 121 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette décision, le protonotaire Hargrave a déclaré [à la page 124] que «la règle générale en matière d'affidavits complémentaires pose qu'il s'agit au premier chef de savoir si les documents complémentaires sont dans l'intérêt de la justice, s'ils serviront à éclairer le juge et s'ils ne causent pas un grave préjudice à la partie adverse». Il y a par ailleurs toujours lieu de se demander si l'accumulation des pièces ne risque pas de dénaturer le caractère sommaire de la demande de contrôle judiciaire. En revanche, ce n'est pas parce qu'une demande de contrôle judiciaire constitue une procédure sommaire que les questions en litige se prêtent nécessairement à un jugement sommaire. Lorsqu'une partie cherche à faire annuler des opérations complexes au motif qu'elles contreviennent à d'importantes dispositions législatives, même une procédure sommaire peut s'avérer lourde.

[5] La question de savoir si le dépôt des documents en question est dans l'intérêt de la justice et s'il servira à éclairer le juge est, dans le cas qui nous occupe, une question de pertinence. Si les documents n'ont rien à voir avec les questions à trancher dans la présente demande, ils ne sont pas dans l'intérêt de la justice et ils ne pourront servir à éclairer le tribunal. Si, en revanche, les documents en cause permettent au tribunal de disposer d'éléments qui ont rapport à un des points litigieux qu'il doit trancher, on peut alors dire que leur recevabilité est dans l'intérêt de la justice, sauf si l'on peut démontrer qu'ils causeront un préjudice à la partie adverse.

[6] En l'espèce, les documents se rapporteraient à l'application des articles 8<sup>2</sup> et 54 [mod. par L.C. 1993,

*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 to this dispute and to the question of remedies. Sierra Club seeks judicial review of the decision of the Government of Canada to provide financial assistance with respect to the sale of Candu reactors by AECL to the People's Republic of China. Her Majesty and AECL have agreed that the decision under review is a memorandum of authorization dated November 8, 1996 signed by the Ministers of Finance and International Trade authorizing certain financial transactions. AECL is not a party to that agreement but the decision under review could hardly be any other as far as it is concerned. The notice of application describes the basis of the application as follows:

#### GROUND AND MATTER FOR JUDICIAL REVIEW

6. This Application is based on the grounds set out hereinafter.

7. All of the essential and sufficient elements exist to engage the legal requirement of environmental assessment of the project pursuant to CEAA, including by virtue of s. 5(1) thereof. There is a "federal authority" (more than one), a "project" as defined and a trigger for such environmental assessment in the form of the financial assistance.

...

#### ENVIRONMENTAL ASSESSMENT REQUIRED UNDER CEAA

19. CEAA is engaged and a full environmental assessment is required, notably pursuant to s. 5(1)*b*) thereof, when as a matter of fact and practical reality, federal authorities are to exercise or exercise powers, duties, or functions with respect to financial assistance for the purpose of enabling a project to be carried out, in whole or in part. That is the case here.

20. Subsection 8(2) of CEAA does not apply here to preclude the required environmental assessment pursuant to CEAA, including notably paragraph 5(1)*b*) thereof.

[7] Paragraph 5(1)*b*) of the *Canadian Environmental Assessment Act* provides as follows:

ch. 34, art. 37]<sup>3</sup> de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 dans le présent litige et à la question des réparations. Le Sierra Club demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement du Canada d'accorder une aide financière relativement à la vente de réacteurs Candu par EACL à la République populaire de Chine. Sa Majesté et EACL ont convenu que la décision à l'examen est un protocole d'autorisation signé le 8 novembre 1996 par les ministres des Finances et du Commerce international en vue d'autoriser certaines opérations financières. EACL n'est pas partie à cette entente, mais la décision qui nous intéresse en l'espèce ne saurait en être une autre en ce qui la concerne. Voici les moyens invoqués dans l'avis de la demande au soutien de la demande de contrôle judiciaire:

#### [TRADUCTION]

#### MOYENS INVOQUÉS AU SOUTIEN DE LA DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE ET OBJET DE LA DEMANDE

6. La présente demande est fondée sur les moyens ci-après articulés.

7. Tous les éléments essentiels et suffisants sont réunis pour donner lieu à l'obligation faite par la LCEE, notamment à son art. 5(1), de soumettre le projet à une évaluation environnementale. Il y a une «autorité fédérale» (plusieurs, en fait), un «projet» au sens de la Loi et l'élément déclencheur d'une telle évaluation environnementale, à savoir l'octroi d'une aide financière.

[. . .]

#### L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE EXIGÉE PAR LA LOI

19. La LCEE s'applique, de sorte qu'une évaluation environnementale complète doit avoir lieu, notamment aux termes de l'art. 5(1)*b*) de la LCEE, compte tenu du fait qu'en réalité et en pratique, des autorités fédérales doivent exercer des attributions en ce qui concerne l'octroi d'une aide financière en vue d'aider le promoteur à mettre en oeuvre son projet en tout ou en partie. C'est bien le cas en l'espèce.

20. Le paragraphe 8(2) de la LCEE ne s'applique pas en l'espèce de manière à empêcher la tenue de l'évaluation environnementale qui est exigée par la LCEE, notamment par l'alinéa 5(1)*b*) de celle-ci.

[7] L'alinéa 5(1)*b*) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* prévoit ce qui suit:

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

...

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

[8] As can be seen, Sierra Club's position is that paragraph 5(1)(b) applies to the memorandum of authorization and that, as a result, an environmental assessment is required. AECL takes the position that the Act as a whole does not apply to Crown corporations such as AECL and that, in any event, the memorandum of authorization does not fall within the terms of section 5. It can be seen that both positions turn on an interpretation of the Act and of the memorandum of authorization. Questions of the nature and scope of the Chinese regulatory process are irrelevant to the resolution of this question.

[9] However, AECL goes further and says that it requires the documents in order to defend itself against the possibility that Sierra Club will argue that subsection 8(1) also applies to this transaction. AECL points to the inclusive language in the notice of application which would allow Sierra Club to do this. If Sierra Club does attempt to invoke section 8, AECL intends to rely on the content of the confidential documents to show that an assessment of the environmental effects of the project has in fact been completed. Further, AECL is concerned that Sierra Club will invoke section 54 of the Act in the event that the two previous arguments have not met with success. In that case, AECL wants to be able to argue that the confidential documents are an assessment that is consistent with the requirements of the Act.<sup>4</sup> Finally, AECL says that the confidential documents are

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

[. . .]

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

[8] Comme nous l'avons vu, la thèse du Sierra Club est que l'alinéa 5(1)b) s'applique au protocole d'autorisation et que, par conséquent, une évaluation environnementale doit avoir lieu. EACL adopte pour sa part le point de vue selon lequel la Loi dans son ensemble ne s'applique pas aux sociétés d'État comme EACL et qu'en tout état de cause, le protocole d'autorisation n'est pas visé par le libellé de l'article 5. On constate donc que les deux thèses tournent autour de l'interprétation de la Loi et du protocole d'autorisation. Les questions portant sur la nature et la portée du processus réglementaire chinois ne sont d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de résoudre cette question.

[9] EACL va toutefois plus loin et affirme qu'elle a besoin des documents pour pouvoir se défendre contre la possibilité que le Sierra Club prétende que le paragraphe 8(1) s'applique aussi à la présente opération. EACL fait ressortir le libellé large de l'avis de demande qui permettrait au Sierra Club de faire valoir un tel argument. Si le Sierra Club essaie effectivement d'invoquer l'article 8, EACL se propose de se fonder sur le contenu des documents confidentiels pour démontrer qu'une évaluation des incidences environnementales du projet a déjà eu lieu. EACL craint en outre que le Sierra Club n'invoque l'article 54 de la Loi pour le cas où les deux arguments précédents seraient jugés mal fondés. En pareil cas, EACL désire pouvoir soutenir que les documents confidentiels constituent une évaluation qui satisfait aux exigences de la Loi<sup>4</sup>. Finalement, EACL affirme que les docu-

relevant to the question of remedies. AECL's position is that even if Sierra Club is right on the issue of the scope of the Act, it does not follow that the Court ought to make the order requested.

[10] If the documents are allowed to be filed because they are relevant to one issue, they will be available to support any other issue which may be before the Court. It is therefore not necessary for me to decide to which issues they are not relevant since, once admitted, they will be available for all purposes. It is only necessary for me to find an issue to which they are relevant.

[11] I find that the confidential documents are relevant to the issue of the appropriate remedy. Section 5 provides that if one of the enumerated conditions arises, an environmental assessment must be performed. An environmental assessment is an assessment conducted pursuant to the terms of the Act. There is no room to argue that the confidential documents are an environmental assessment within the meaning of the Act. However, AECL appears to wish to argue that, on the basis of a variety of factors, including the confidential documents, the Court ought not to make any order, even if Sierra Club is successful, on the ground that any order would be essentially futile. AECL's position is that it is redundant to repeat what others have done in circumstances where Canadian authorities have no jurisdiction over the works themselves. Alternately, AECL may wish to argue that while the Chinese regulatory process is not an environmental assessment within the meaning of the Act, it is the functional equivalent of such an assessment so that the spirit of the legislation has been complied with. The confidential documents would be relevant to both of these arguments.

[12] Sierra Club argues that it is not for the Court to decide the adequacy of the Chinese regulatory process and that the issue is not control over the works but control over government funding. It also takes the position that relief is not to be refused on the ground

ments confidentiels permettent de résoudre la question des réparations. La thèse d'EACL est que, même si le Sierra Club a raison sur la question de la portée de la Loi, il ne s'ensuit pas que la Cour doive rendre l'ordonnance sollicitée.

[10] Si l'on permet leur dépôt au motif qu'ils permettent de répondre à une des questions en litige, les documents en question pourront être invoqués au soutien de toute autre question soumise à la Cour. Il n'est donc pas nécessaire que je décide avec quelles questions ils sont sans rapport, étant donné qu'une fois admis en preuve, ils pourront être utilisés à toutes fins que de droit. Il suffit que je constate qu'ils se rapportent à une des questions en litige.

[11] Je conclus que les documents confidentiels se rapportent à la question de la réparation qu'il convient d'accorder. L'article 5 prévoit qu'une évaluation environnementale doit être effectuée dès qu'une des conditions énumérées est réalisée. Une évaluation environnementale est une évaluation effectuée conformément à la Loi. Nul ne saurait prétendre que les documents confidentiels constituent une évaluation environnementale au sens de la Loi. Il semble toutefois qu'EACL désire soutenir que, compte tenu de divers facteurs, dont l'existence des documents confidentiels, la Cour ne devrait rendre aucune ordonnance, même si le Sierra Club obtient gain de cause, étant donné que toute ordonnance serait fondamentalement inutile. La thèse d'EACL est qu'il est superflu de répéter ce que d'autres ont fait dans des circonstances dans lesquelles les autorités canadiennes n'ont aucun droit de regard sur les travaux. À titre subsidiaire, EACL voudra peut-être faire valoir que, bien que le processus réglementaire chinois ne constitue pas une évaluation environnementale au sens de la Loi, il est l'équivalent fonctionnel d'une telle évaluation, de sorte que l'esprit de la loi a été respecté. Les documents confidentiels seraient donc pertinents lorsqu'il s'agit de se prononcer sur ces deux arguments.

[12] Le Sierra Club soutient qu'il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur le bien-fondé du processus réglementaire chinois et que la question qui se pose n'est pas celle de savoir qui contrôle les travaux, mais qui contrôle le financement gouvernemental. Il

of futility. It invokes and relies upon certain *dicta* of La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 in which he says [at page 80]:

Prerogative relief should only be refused on the ground of futility in those few instances where the issuance of the prerogative writ would be effectively nugatory. For example a case where the order could not possibly be implemented. . . . It is a different matter, though, where it cannot be determined *a priori* that an order in the nature of prerogative relief will have no practical effect.

[13] La Forest J. goes on to say in the sentence which follows the one quoted above:

In the present case, . . . it is not at all obvious that the implementation of the *Guidelines Order* even at this late stage will not have some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact from the dam on an area of federal jurisdiction.

In this case, Canadian authorities are not in a position to recommend or enforce mitigative measures because the works are on the territory of and under the control of another state. To that extent, there may be an element of futility which was not present in the *Oldman River* case. That will be for the judge hearing the application to decide. As a result, I find that the supplementary affidavit and confidential documents are relevant to a matter in issue and that, absent evidence of prejudice to Sierra Club, they ought therefore to be allowed to be served and filed.

[14] What is the evidence of prejudice to Sierra Club if the supplementary affidavit and confidential documents are served and filed? The prejudice will arise from delay, which in turn will have an impact upon arguments to be made by AECL, for example, the advanced state of completion of the works by the time the application is finally heard. On the other hand, it remains to be seen whether it is the state of the works, or the state of the financial commitments contemplated by the memorandum of authorization which will be determinative of the issue of futility.

affirme également que la réparation sollicitée ne doit pas être refusée au motif qu'elle est futile. Il invoque certaines observations incidentes formulées par le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, dans lequel le juge déclare [à la page 80]:

La délivrance d'un bref de prérogative devrait être refusée pour motif de futilité seulement dans les rares cas où sa délivrance serait vraiment inefficace. Par exemple, le cas où l'ordonnance ne pourrait pas être exécutée [. . .] Ce n'est pas du tout la même situation lorsque l'on ne peut déterminer *a priori* qu'une ordonnance de la nature d'un bref de prérogative n'aura aucune incidence sur le plan pratique.

[13] Le juge La Forest poursuit en déclarant, dans la phrase qui suit l'extrait précité:

En l'espèce [. . .] il n'est pas du tout évident que l'application du *Décret sur les lignes directrices*, même à cette étape tardive, n'aura pas un certain effet sur les mesures susceptibles d'être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste que pourrait avoir le barrage sur un domaine de compétence fédérale.

En l'espèce, les autorités canadiennes ne sont pas en mesure de recommander ou de mettre en application des mesures d'atténuation, étant donné que les ouvrages visés sont situés sur le territoire d'un autre État et qu'ils relèvent de celui-ci. À cet égard, il peut exister en l'espèce un élément de futilité qui n'existait pas dans l'affaire *Oldman River*. C'est au juge qui entendra la demande qu'il appartiendra d'en juger. J'en conclus donc que l'affidavit supplémentaire et les documents confidentiels se rapportent à une des questions en litige et que, s'il est établi que le Sierra Club ne subira aucun préjudice, la Cour devrait par conséquent en permettre la signification et le dépôt.

[14] En quoi consisterait le préjudice que le Sierra Club pourrait subir si l'affidavit supplémentaire et les documents confidentiels étaient signifiés et déposés? Ce préjudice serait causé par les délais, lesquels auront à leur tour une incidence sur les moyens qu'EAEL voudra invoquer, par exemple, l'état d'avancement des travaux au moment où la demande sera finalement entendue. En revanche, reste à savoir si c'est l'état des travaux ou l'état des engagements financiers prévus par le protocole d'autorisation qui aura un effet déterminant sur la question de la futilité.



[15] To the extent that there has been delay prior to this point, it has been caused, in part, by the bringing of interlocutory motions; both AECL and Sierra Club have initiated such motions. The delay in bringing the documents forward has been explained; it is not attributable to indolence on the part of AECL. In the result, I find that the delay caused by the introduction of these documents, while undesirable, is balanced by the desirability of having the entire record before the Court. For that reason there will be an order granting AECL leave to serve and file the supplementary affidavit of Dr. Simon Pang and the confidential documents.

[16] The next issue is AECL's request for a confidentiality order pursuant to rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*:

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

[17] Before such an order can be made, I must be satisfied that the need for confidentiality is greater than the public interest in open and accessible court proceedings. The argument for open proceedings in this case is significant. This is a matter of considerable interest to a large number of Canadians. There has been a long-running public debate about Canada's role as a vendor of nuclear technology, in which this application is but the latest skirmish. The issues are within the public domain and are not simply a matter of individual rights, though AECL's business could potentially be affected by the result. All of this suggests that these proceedings should be open and public.

[18] On the other hand, the material before me establishes that the documents in question are the

[15] Dans la mesure où des délais ont déjà été causés en l'espèce, ils sont en partie attribuables à la présentation des requêtes interlocutoires. EACL et le Sierra Club ont en effet tous les deux présenté de telles requêtes. Le retard qu'accuse la présentation des documents a déjà été expliqué: il n'est pas imputable à une inertie de la part d'EACL. En conséquence, je conclus que les retards causés par la présentation de ces documents, même s'il n'est pas souhaitable, sont compensés par les avantages que comporte le fait de soumettre l'ensemble du dossier à la Cour. Pour ce motif, la Cour prononcera une ordonnance autorisant EACL à signifier et à déposer l'affidavit supplémentaire souscrit par M. Simon Pang, ainsi que les documents confidentiels.

[16] La question suivante porte sur la demande d'ordonnance de confidentialité présentée par EACL en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*:

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

[17] Avant de pouvoir rendre une telle ordonnance, je dois être convaincu que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Les arguments qui militent en faveur de la publicité des débats judiciaires en l'espèce sont importants. Il s'agit d'une question qui intéresse un grand nombre de Canadiens. Il existe depuis longtemps un débat au sujet du rôle du Canada comme vendeur de technologies nucléaires et la présente demande représente la dernière escarmouche dans ce débat. Les questions en litige sont du domaine public et ne portent pas uniquement sur des droits individuels, bien que l'issue du débat pourrait avoir des incidences sur les activités d'EACL. Il s'ensuit donc que le présent débat judiciaire doit être public.

[18] En revanche, il ressort des éléments qui ont été portés à ma connaissance que les documents en

property of the Chinese authorities and AECL does not have permission to put the documents into the record unless they are protected by a confidentiality order. I have been told that the confidential documents will not be filed without the benefit of a confidentiality order.

[19] Confidentiality orders while permitted by the rules are an exception to the rule of open access to the courts. Muldoon J. expressed it aptly in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (F.C.T.D.) when he said [at page 439]:

An order of this sort goes against the inherent nature and constitutional imperatives of this Court. It is an affront which is to be suffered by the Court only in instances of dire, demonstrated need, if ever at all.

[20] The same sentiments were expressed by Jerome A.C.J. in *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.) [at page 942]:

On the subject of closed hearings, proceedings in our courts must take place in full public view and in the presence of all parties. Exceptions to this principle occur from time to time, but must be kept to the minimum of absolute necessity. Even then, directions should be such as to safeguard the public interest in the administration of justice, and the rights of any parties not permitted to participate.

[21] As to the test for the granting of such an order, there is a body of case law arising out of patent litigation which prescribes the conditions for the issue of what is referred to as a protective order, which is essentially a confidentiality order. The applicant must show a belief that the information in question is confidential and that its interests would be harmed by disclosure. This is the subjective element. If the order is challenged, then the person claiming the benefit of the order must demonstrate, on an objective basis, that the order is required. See *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.).

question sont la propriété des autorités chinoises et qu'AECL n'a la permission de les verser au dossier que s'ils sont protégés au moyen d'une ordonnance de confidentialité. On m'informe que les documents confidentiels ne seront déposés que si une ordonnance de confidentialité est prononcée.

[19] Bien qu'elles soient permises par les Règles, les ordonnances de confidentialité constituent une exception au principe de la publicité des débats judiciaires. Le juge Muldoon a bien exprimé ce principe dans le jugement *Eli Lilly and Co. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) dans lequel il a déclaré [à la page 439]:

Une ordonnance de ce genre va contre de la nature propre et les impératifs constitutionnels de la présente Cour. C'est un affront que la Cour doit subir uniquement dans les cas de besoin impérieux et manifeste, si tant est qu'elle doive le subir.

[20] Les mêmes sentiments ont été exprimés par le juge en chef adjoint Jerome dans le jugement *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.) [à la page 942]:

En ce qui concerne les audiences à huis clos, les débats devant nos tribunaux doivent être publics et être tenus en présence de toutes les parties. Il peut y avoir à l'occasion des exceptions à ce principe, mais ces exceptions doivent se limiter aux cas de nécessité absolue. Même alors, les directives doivent permettre de sauvegarder l'intérêt qu'a le public dans l'administration de la justice et les droits de toutes les parties qui sont exclues du débat.

[21] Pour ce qui est du critère permettant de déterminer dans quels cas une telle ordonnance peut être prononcée, il existe, en matière de brevets, une série de décisions dans lesquelles ont été précisées les conditions qui doivent être réunies pour que soit prononcée ce qu'il est convenu d'appeler une ordonnance conservatoire, laquelle correspond essentiellement à une ordonnance de confidentialité. Le requérant doit démontrer qu'il croit que les renseignements en question sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. C'est l'élément subjectif. Si l'ordonnance est contestée, la personne qui en réclame le prononcé doit démontrer, de façon objective, que l'ordonnance est nécessaire (voir le jugement

[22] In this case, the subjective element of the test has been satisfied. It is clear that AECL believes that disclosure of the documents will be harmful to its competitive position. The issue is whether the objective leg of the test has been satisfied. In *AB Hassle*, *supra*, Tremblay-Lamer J. identified a two-part test for the objective element [at page 434]:

In my opinion, the proper test at this stage is also two-fold. First, it requires that the information has been treated by the party at all relevant times as confidential. It would make no sense to maintain that information is confidential when the party has not treated it as such.

Second, it requires the asserting party to demonstrate that on a balance of probabilities, its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of the information.

[23] In my view, the objective test, as characterized above, has been satisfied. It is clear that the information has consistently been treated as confidential by both AECL and the Chinese authorities. I am also satisfied, on a balance of probabilities, that disclosure of the information could harm AECL's commercial interests. However, I am also of the view that in public law cases, the objective test has, or should have, a third component which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure.

[24] It is very significant to the resolution of this issue that it does not arise in the context of mandatory production of documents, as would be the case in an action, but in the context of voluntary tendering of documents to advance a party's cause. Where production is mandatory, the need for a confidentiality order is more easily grasped: the disclosure is involuntary and the information has otherwise been kept in confidence. It is easier to justify a limit to public access to information which a party is not free to withhold and

*AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[22] En l'espèce, on a satisfait à l'élément subjectif du critère. Il est évident en effet qu'EAACL estime que la divulgation des documents nuirait à sa position concurrentielle. La question qui se pose est celle de savoir si l'on a satisfait à l'élément objectif du critère. Dans le jugement *AB Hassle*, précité, le juge Tremblay-Lamer a précisé que l'élément objectif était assujéti à un critère à deux volets [à la page 434]:

À mon avis, le critère applicable à cette étape-ci comporte lui aussi deux volets. Premièrement, il exige que les renseignements aient été en tout temps considérés comme confidentiels par l'intéressé. Il serait illogique de soutenir que des renseignements sont confidentiels lorsque l'intéressé ne les a pas considérés comme tels.

En second lieu, il exige que la partie qui revendique la confidentialité démontre, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques.

[23] À mon avis, on a satisfait en l'espèce au critère objectif tel que défini ci-dessus. Il est acquis aux débats que tant EAACL que les autorités chinoises ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels. Je suis également convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements risquerait de compromettre les droits commerciaux d'EAACL. J'estime toutefois aussi que, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne.

[24] Il est très important, pour résoudre la question en litige, de souligner que celle-ci ne se pose pas dans le contexte de la production obligatoire de documents, comme cela serait le cas dans le cadre d'une action, mais bien dans le contexte du dépôt volontaire de documents visant à étayer la thèse d'une des parties. Lorsque la production est obligatoire, il est plus facile de saisir la nécessité de l'ordonnance de confidentialité: dans ce cas, en effet, la divulgation est involontaire et les renseignements ont jusqu'alors été gardés

it can be shown that harm will result from disclosure. But where a party has the luxury of choosing whether or not to produce a document at all, the same considerations do not apply. The content of the document may be capable of being put into evidence in a different form; other documents may be available to prove the same facts. In such a context, a confidentiality order is sought to protect a tactical decision. Which is not to say that these tactical decisions are without significance to the party. Some very significant interests may be engaged by these decisions, as is the case here. There is also a public interest in allowing parties to make a full defence to claims which affect their interests. However, a party's tactical decision to produce or withhold certain documents lacks the appeal to fairness which underlies the protection of information disclosed involuntarily. This is not to say that such orders should not be granted, but that the claims of open justice may weigh more heavily in the balance in these cases than it does in those where there is no element of voluntariness.

[25] This distinction reflects the position taken by Federal Court of Appeal with respect to the implied undertaking which attaches to material obtained in the course of pre-trial discovery to the effect that the information will only be used for purposes of the litigation. In *Eli Lilly and Co v. Interpharm Inc.* (1993), 50 C.P.R. (3d) 208, the Federal Court of Appeal had to deal with an order which permitted the plaintiff in an infringement action to use information contained in an affidavit filed by the defendant in response to an application for an interlocutory injunction to be used in collateral proceedings. The issue was whether the implied undertaking applied to that material. The Court held [at page 213] that it did not:

secrets. Il est plus facile de justifier une restriction à l'accès du public à des renseignements qu'une partie n'a pas le loisir de refuser de communiquer, d'autant plus qu'on peut démontrer que leur divulgation causera un préjudice. Mais lorsqu'il est loisible à un plaideur de choisir de produire ou non un document, ce ne sont pas les mêmes considérations qui entrent en ligne de compte. Le contenu du document peut en effet être mis en preuve sous une autre forme. D'autres documents peuvent être déposés pour prouver les mêmes faits. En pareil cas, une partie réclame une ordonnance de confidentialité pour protéger une décision tactique. Ce qui ne veut pas dire que ces décisions tactiques soient sans importance pour le plaideur. Ces décisions peuvent avoir des incidences sur des droits fort importants, comme c'est le cas en l'espèce. Il est également dans l'intérêt du public de permettre aux plaideurs de contester les décisions qui ont une incidence sur leurs droits. Toutefois, la décision d'une partie de produire ou non certains documents ne fait pas appel à des considérations d'équité comme celles qui sont sous-jacentes à la protection de renseignements qui sont divulgués contre le gré de l'intéressé. Il ne s'ensuit pas qu'une telle ordonnance ne devrait pas être prononcée, mais que le principe de la publicité des débats judiciaires pèse plus lourd dans la balance en pareil cas que lorsque la production des documents est forcée.

[25] Cette distinction fait écho au point de vue adopté par la Cour d'appel fédérale au sujet de l'engagement implicite qui s'applique aux documents obtenus au cours de l'enquête préalable, engagement par lequel l'intéressé promet de ne pas se servir des renseignements en cause au cours du procès. Dans l'affaire *Eli Lilly and Co c. Interpharm Inc.* (1993), 50 C.P.R. (3d) 208, la Cour d'appel fédérale avait à se prononcer sur une ordonnance qui permettait à la demanderesse à une action en contrefaçon de se servir dans une instance connexe des renseignements contenus dans un affidavit déposé par la défenderesse en réponse à une demande d'injonction interlocutoire. Le débat portait sur la question de savoir si l'engagement implicite s'appliquait au document en question. La Cour [à la page 213] a estimé que la demanderesse ne pouvait se servir de la sorte de ces éléments:

I am of the view that no implied undertaking should attach to materials filed with the court voluntarily by way of affidavits or in statements of fact and law.

[26] While the case is relevant by analogy only, it does make the point that information voluntarily tendered stands on a different footing than information disclosed under compulsion.

[27] AECL is in the position of a respondent in the present proceedings in that another party has initiated proceedings to which it must respond. But for the fact that it is an intervener in the action at its own request, it could be seen as an involuntary participant in the process. The documents which it wishes to put before the Court were prepared by others for other purposes. It is bound by its commercial interests, and its customer's property rights, to respect the Chinese authorities' disinclination to allow the documents in question to be filed without the benefit of a confidentiality order. The problem might be solved by expunging from the material filed those parts whose disclosure the Chinese authorities consider to be detrimental to their interests. There is other material in the documents whose disclosure would affect AECL's commercial interests. Once again, the possibility of expungement of the material appears as a possibility.

[28] It seems that this material is subject to a freedom of information request in the United States. One cannot presume that U.S. application will succeed but if it does, any confidentiality order made by this Court would have the effect of preventing Canadians from knowing what the rest of the world knows.

[29] Finally, in considering the necessity of a confidentiality order, one can consider the issue of materiality again, but from another perspective. Assuming that the question of harm to AECL's interest from disclosure is settled in AECL'S favour, then the rationale for a confidentiality order varies with materiality. If the documents can be shown to be very material to a critical issue, the requirements of

J'estime qu'il ne devrait exister aucun engagement implicite dans le cas de documents déposés volontairement devant la Cour par voie d'affidavits ou dans des exposés des faits et du droit.

[26] Bien que cette décision ne soit pertinente que par analogie, la Cour d'appel y précise bien que les renseignements communiqués volontairement doivent être traités différemment de ceux qui sont fournis sous la contrainte.

[27] EACL se retrouve dans la position d'une défenderesse en l'espèce, étant donné qu'un autre plaideur a introduit une instance à laquelle elle doit répondre. N'eût été le fait qu'elle est intervenue à l'action à sa propre demande, on pourrait la considérer comme un participant involontaire. Les documents qu'elle désire soumettre à la Cour ont été rédigés par d'autres personnes à d'autres fins. Elle est tenue, en raison de ses intérêts commerciaux et des droits de propriété de ses clients, de se plier au refus des autorités chinoises d'autoriser le dépôt des documents en question si une ordonnance de confidentialité n'est pas prononcée. On pourrait résoudre le problème en supprimant des documents déposés les extraits qui, de l'avis des autorités chinoises, nuisent à leurs intérêts. Il y a d'autres passages dans ces documents dont la divulgation pourrait nuire aux intérêts commerciaux d'EACL. Là encore, la solution consistant à supprimer des passages est une possibilité.

[28] Il semble que ces documents fassent l'objet d'une demande d'accès à l'information aux États-Unis. On ne peut présumer que la demande présentée aux États-Unis sera accueillie, mais si c'est le cas, toute ordonnance de confidentialité que notre Cour pourrait prononcer aurait pour effet d'empêcher de prendre connaissance de ce que le reste de l'univers sait.

[29] Finalement, pour décider si l'ordonnance de confidentialité est nécessaire, on peut examiner de nouveau la question de la pertinence, mais sous un autre angle. Si l'on suppose que la question de l'atteinte que la divulgation pourrait causer aux intérêts d'EACL est tranchée en faveur d'EACL, l'opportunité de rendre une ordonnance de confidentialité dépend alors de la pertinence de l'ordonnance. Si l'on réussit

justice militate in favour of a confidentiality order. If the documents are marginally relevant, then the voluntary nature of the production argues against a confidentiality order. I have already decided that the supplementary affidavits and confidential documents are material to the question of appropriate remedy, which is a significant issue in the event that AECL fails on the main issue.

[30] Pulling these threads together, the following picture emerges. AECL wishes to advance an argument that the Chinese regulatory process has effectively accomplished the same objectives as an environmental assessment under the Act and, as a result, no useful purpose would be served by ordering such an assessment. To do so, it wishes to file certain documents arising out of the Chinese regulatory process, documents which the Chinese authorities do not wish to become part of the public record and which also contain information whose disclosure could be harmful to AECL's competitive position. There is no evidence before me as to how the relevant evidence could be put before the Court in other ways which would not require a confidentiality order but the possibility of expunging the sensitive information must be taken to be an option. The documents are material to one aspect of an important issue, appropriate remedy. There may well be other considerations which impact upon the order made in the event Sierra Club is successful, such as the state of completion of the works, the possibility of mitigative measures, the nature of the commitments undertaken pursuant to the memorandum of authorization. The question of appropriate remedy may not turn exclusively upon the equivalence of the Canadian and Chinese regulatory processes.

[31] Taking all of these into account, I am not satisfied that the need for confidentiality exceeds the

à démontrer que les documents sont très importants en ce qui concerne une question cruciale, les exigences de la justice militent en faveur du prononcé d'une ordonnance de confidentialité. Si les documents ne sont pertinents que d'une façon accessoire, le caractère facultatif de la production milite contre le prononcé de l'ordonnance de confidentialité. J'ai déjà décidé que les affidavits supplémentaires et les documents confidentiels sont importants pour résoudre la question de la réparation qu'il convient d'accorder, ce qui constitue une question importante pour le cas où EACL échouerait sur la question principale.

[30] En rassemblant tous ces éléments, on obtient le tableau suivant. EACL désire faire valoir que le processus réglementaire chinois a permis de parvenir effectivement au même résultat que l'évaluation environnementale visée par la Loi et qu'en conséquence, il serait parfaitement inutile d'ordonner la tenue d'une telle évaluation. Pour ce faire, elle désire déposer certains documents générés dans le cadre du processus réglementaire chinois, documents que les autorités chinoises refusent de verser au dossier public et qui renferment par ailleurs des renseignements dont la divulgation pourrait nuire aux intérêts commerciaux d'EACL. On ne m'a soumis aucun élément de preuve permettant de savoir comment les éléments de preuve pertinents pourraient être portés à la connaissance de la Cour sans devoir nécessairement prononcer une ordonnance de confidentialité, mais la possibilité de retrancher les renseignements délicats doit être considérée comme une option. Les documents sont pertinents en ce qui concerne un aspect important, en l'occurrence la réparation appropriée. Il existe peut-être d'autres considérations qui auraient des incidences sur l'ordonnance prononcée pour le cas où le Sierra Club obtiendrait gain de cause, comme l'état d'avancement des travaux, la possibilité de prendre des mesures d'atténuation et la nature des engagements pris conformément au protocole d'autorisation. La question de la réparation appropriée ne dépend peut-être pas exclusivement de l'équivalence des processus réglementaires canadiens et chinois.

[31] Compte tenu de tous ces éléments, je ne suis pas convaincu que la nécessité de protéger le caractère

public interest in open justice. The issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology is one of significant public interest, with animated positions being taken on both sides of the question. The burden of justifying a confidentiality order in such circumstances is very onerous. While the documents contain sensitive information, nothing has been shown to me which would suggest that it is the sensitive information which would be of interest to the Court. AECL has the option of expunging the sensitive material from the documents which it proposes to file. It will not be prevented from mounting a full defence by the absence of a confidentiality order except to the extent that it chooses not to put the evidence, in some form, before the Court. While the documents are material, they are material to an issue which has several aspects, and the absence of this material, if that is AECL's choice, will not prevent it from making an equivalent argument on other aspects of the same issue, e.g. no order ought to be made because a Canadian environmental assessment would be futile since mitigative measures could not be implemented given that the works are under the control of a sovereign state. In the end, I am satisfied that AECL will still have a full right of defence without the confidentiality order which it seeks. At the same time, the public will benefit from the open access to court proceeding.

[32] I have come to this conclusion without examining the confidential documents though I have had the benefit of reading Dr. Pang's affidavits. I am aware that there is a line of cases which holds that a judge ought not to deal with the issue of a confidentiality order without reviewing the documents themselves. In this case, the confidential documents were not put before me, no doubt as a result of an earlier ruling in which I held that they were not to be provided to me unless they were also provided to Sierra Club's solicitors upon terms which would protect their confidentiality while this motion was pending. I also expressed my view at the time that I would be unable to assess the documents in context, a view which I

confidentiel des documents l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. La question du rôle du Canada à titre de vendeur de technologies nucléaires est une question d'intérêt public importante qui donne lieu à des prises de position énergiques. La charge de justifier le prononcé d'une ordonnance de confidentialité dans ces circonstances est très onéreuse. Bien que les documents contiennent des renseignements délicats, on ne m'a pas démontré que ce sont les renseignements délicats qui intéresseraient la Cour. EACL a le choix de retrancher les passages délicats des documents qu'elle se propose de déposer. L'absence d'ordonnance de confidentialité ne l'empêchera nullement de préparer une défense pleine et entière, sauf si elle choisit de ne pas porter sous une forme ou une autre les éléments de preuve à la connaissance de la Cour. Les documents sont effectivement pertinents, mais ils se rapportent à une question qui comporte plusieurs aspects. L'absence de ces documents, si tel est le choix d'EACL, n'empêchera pas celle-ci de faire valoir un argument équivalent en ce qui concerne les autres aspects de la même question, en affirmant par exemple que la Cour ne devrait pas prononcer d'ordonnance parce qu'une évaluation environnementale canadienne serait futile, étant donné qu'aucune mesure d'atténuation ne pourrait être prise puisque les travaux sont sous le contrôle d'un État souverain étranger. En dernière analyse, je suis convaincu qu'EACL disposera quand même d'un droit de défense complet même sans l'ordonnance de confidentialité qu'elle réclame. Par ailleurs, le public bénéficiera de la publicité des débats judiciaires.

[32] J'en suis arrivé à cette conclusion sans examiner les documents confidentiels, bien que j'aie eu l'avantage de lire les affidavits de M. Pang. Je sais qu'il existe un courant jurisprudentiel suivant lequel un juge ne devrait pas se prononcer sur la question de l'opportunité de rendre une ordonnance de confidentialité sans avoir examiné les documents eux-mêmes. En l'espèce, les documents confidentiels n'ont pas été portés à ma connaissance, sans doute en raison de la décision antérieure dans laquelle j'avais statué qu'ils ne devaient m'être soumis que s'ils étaient également communiqués aux avocats du Sierra Club à des conditions qui en protégeraient le caractère confidentiel tant que la présente requête serait en instance. Je

continue to hold. The confidential documents consist of a series of voluminous papers dealing with the technical aspects of a nuclear installation. I would be none the wiser for perusing these documents since I have no way of knowing what is in the public domain and what is not, the degree of sensitivity of certain information in the marketplace, or the well-foundedness of the concerns of the Chinese authorities. I have for the most part accepted the submissions made to me on these issues at face value.

[33] It would not be fair to AECL to simply dismiss this part of its motion without addressing the question of further filings. I will order that it has leave to file the supplementary affidavit and the confidential documents. For greater certainty, I will confirm that AECL is entitled to the return of the confidential material which it filed for the purposes of this motion. I will also order that AECL has leave to file edited versions of the confidential documents should it choose to do so. If AECL does not file the supplementary affidavit or confidential documents, edited or unedited, it shall have leave to file material dealing with the Chinese regulatory process in general and with the regulatory process as it applied to this project, providing it does so within 60 days of the date of this order. I extend this relief to AECL to avoid the necessity of another motion. I have already decided that such material would be material to an issue in the cause. I have indicated that AECL could meet its evidentiary objectives by putting the content of the confidential documents before the Court in another fashion. In the interests of avoiding another motion on issues which I have already dealt with, leave will be granted to file additional material, providing that it is served and filed within 60 days of the date of these reasons. Any objection to the content or relevance of this additional material shall be made to the judge hearing the application.

me suis également dit alors d'avis que je ne serais pas en mesure d'évaluer les documents dans leur contexte, ce que je crois toujours. Les documents confidentiels se composent d'une série d'ouvrages volumineux portant sur les aspects techniques d'une installation nucléaire. Je ne serais pas davantage éclairé si j'examinais ces documents, étant donné qu'il m'est impossible de savoir ce qui relève du domaine public et ce qui n'en fait pas partie, de me prononcer sur le caractère délicat de certains renseignements portant sur le marché, ou de formuler une opinion sur le bien-fondé des préoccupations des autorités chinoises. J'ai pour l'essentiel accepté telles quelles la plupart des observations qui ont été formulées devant moi sur ces questions.

[33] Il ne serait pas juste envers EACL de se contenter de rejeter cette partie de sa requête sans aborder la question d'un dépôt futur. Je vais autoriser EACL à déposer l'affidavit supplémentaire et les documents confidentiels. Pour plus de certitude, je vais confirmer qu'EACL a le droit qu'on lui remette les documents confidentiels qu'elle a déposés au soutien de la présente requête. Je vais également autoriser EACL à déposer des versions modifiées des documents confidentiels, si elle choisit de le faire. Si elle ne dépose pas l'affidavit supplémentaire ou les documents confidentiels, dans une version modifiée ou dans leur version originale, EACL sera autorisée à déposer les documents portant sur le processus réglementaire chinois en général et sur l'application du processus réglementaire au présent projet à condition qu'elle le fasse dans les 60 jours du prononcé de la présente ordonnance. J'accorde cette réparation à EACL pour lui éviter de devoir présenter une nouvelle requête. J'ai déjà décidé que ces documents seraient pertinents en ce qui concerne une question en litige. J'ai indiqué qu'EACL atteindrait ses objectifs en matière de preuve en soumettant sous une autre forme à la Cour le contenu des documents confidentiels. Pour lui éviter la nécessité de présenter une autre requête portant sur des questions que j'ai déjà tranchées, j'autoriserai EACL à produire des documents supplémentaires, à condition qu'elle les dépose et les signifie dans les 60 jours de la date des présents motifs. Toute objection visant le contenu ou la pertinence de ces documents



[34] At the hearing of this matter, AECL and Sierra Club agreed that if the supplementary affidavit and confidential documents were filed, certain ameliorative conditions which Sierra Club requested would be put in place. If there is agreement on these matters, I ask the parties to forward their written agreement to me and I will incorporate it into an order. If there is no agreement, I will issue a supplementary order dealing with issues such as the travelling expenses of Dr. Pang should he attend at a cross-examination on his affidavit.

#### ORDER

It is hereby ordered that:

(1) AECL has leave to serve and file the supplementary affidavit of Simon Pang and the confidential documents referred to therein, either in their original form or edited to remove information which AECL deems to be confidential.

(2) If AECL chooses not to file the confidential documents, it has leave to file additional material dealing with the nature and scope of the nuclear regulatory process in the People's Republic of China, both in general terms and as it applies to the project which is the subject of these proceedings, providing such material is served and filed within 60 days of the date of this order. Any objection to the content or relevance of this additional material shall be made to the judge hearing the application.

(3) AECL's application for a confidentiality order pursuant to rule 151 is dismissed.

(4) There will be a telephone case management conference following the conclusion of the 60-day period referred to in paragraph 2.

supplémentaires devra être formulée devant le juge qui entendra la demande.

[34] À l'audition de la présente affaire, EACL et le Sierra Club ont convenu que, si l'affidavit supplémentaire et les documents confidentiels étaient déposés, certaines conditions amélioratives que le Sierra Club a réclamées seraient adoptées. Si elles réussissent à s'entendre sur ces questions, je demande aux parties de me faire parvenir leurs observations écrites que j'intégrerai au texte d'une ordonnance. Si elles ne réussissent pas à s'entendre, je prononcerai une autre ordonnance portant sur des questions comme les frais de déplacement de M. Pang pour le cas où celui-ci se présenterait pour être contre-interrogé au sujet de son affidavit.

#### ORDONNANCE

LA COUR:

1) AUTORISE EACL à déposer et à signifier l'affidavit supplémentaire souscrit par Simon Pang et les documents confidentiels qui y sont mentionnés, soit sous leur forme originale, soit dans une version de laquelle seront supprimés les renseignements qu'EACL juge confidentiels;

2) AUTORISE EACL, si elle choisit de ne pas déposer les documents confidentiels, à déposer des documents supplémentaires portant sur la nature et la portée du processus réglementaire nucléaire qui existe en République populaire de Chine, tant en général qu'en ce qui concerne le projet qui fait l'objet de la présente instance, à condition que ces documents soient déposés et signifiés dans les 60 jours de la date de la présente ordonnance. Toute objection visant le contenu ou la pertinence de ces documents supplémentaires devra être formulée devant le juge qui entendra la demande;

3) REJETTE la demande d'ordonnance de confidentialité présentée par EACL en vertu de la règle 151;

4) ORDONNE la tenue d'une conférence téléphonique sur la gestion de l'instance à l'expiration du délai de 60 jours fixé au paragraphe 2;

(5) The costs of the motion shall be costs in the cause.

<sup>1</sup> 312. With leave of the court, a party may

(a) file affidavits additional to those provided for in rules 306 and 307;

(b) conduct cross-examinations on affidavits additional to those provided for in rule 308; and

(c) file a supplementary record.

<sup>2</sup> 8. (1) Before a Crown corporation within the meaning of the *Financial Administration Act* or any corporation controlled by such a corporation exercises a power or performs a duty or function referred to in paragraph 5(1)(a), (b) or (c) in relation to a project, the Crown corporation shall ensure or require the corporation controlled by it to ensure, as the case may be, that an assessment of the environmental effects of the project is conducted in accordance with any regulations made for that purpose under paragraph 59(j) as early as is practicable in the planning stages of the project and before irrevocable decisions are made.

<sup>3</sup> 54. . . .

(2) Subject to subsection (3), where a federal authority or the Government of Canada on behalf of a federal authority enters into an agreement or arrangement with any government or any person, organization or institution, whether or not part of or affiliated with a government, under which a federal authority exercises a power or performs a duty or function referred to in paragraph 5(1)(b) in relation to projects the essential details of which are not specified and that are to be carried out both outside Canada and outside federal lands, the Government of Canada or the federal authority shall ensure, in so far as is practicable and subject to any other such agreement to which the Government of Canada or federal authority is a party, that the agreement or arrangement provides for the assessment of the environmental effects of those projects and that the assessment will be carried out as early as practicable in the planning stages of those projects, before irrevocable decisions are made, in accordance with

(a) this Act and the regulations; or

(b) a process for the assessment of the environmental effects of projects that is consistent with the requirements of this Act and is in effect in the foreign state where the projects are to be carried out.

<sup>4</sup> There are a number of threshold and ancillary arguments relating to each of these sections which I have ignored since, for these purposes, the requirements of the sections is the only issue.

5) ORDONNE que les dépens de la présente requête suivent l'issue de la cause.

<sup>1</sup> 312. Une partie peut, avec l'autorisation de la Cour:

a) déposer des affidavits complémentaires en plus de ceux visés aux règles 306 et 307;

b) effectuer des contre-interrogatoires au sujet des affidavits en plus de ceux visés à la règle 308;

c) déposer un dossier complémentaire.

<sup>2</sup> 8. (1) Les sociétés d'État, au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, ou les personnes morales dont elles ont le contrôle, avant d'exercer une attribution visée aux alinéas 5(1)a), b) ou c) à l'égard d'un projet, veillent à ce que soit effectuée, le plus tôt possible au stade de la planification de celui-ci, avant la prise d'une décision irrévocable, l'évaluation des effets environnementaux du projet conformément aux règlements pris aux termes de l'alinéa 59j).

<sup>3</sup> 54. [. . .]

(2) Sous réserve du paragraphe (3), le gouvernement du Canada ou toute autorité fédérale veille à ce que les accords que l'autorité fédérale conclut—ou que le gouvernement conclut en son nom—avec soit un gouvernement, soit une personne, un organisme ou une institution, peu importe qu'ils soient ou non affiliés à un gouvernement ou en fassent partie, en vertu desquels une autorité fédérale exerce une attribution visée à l'alinéa 5(1)b) au titre de projets dont les éléments essentiels ne sont pas déterminés qui doivent être mis en œuvre à la fois à l'étranger et hors du territoire domaniale, prévoient, dans la mesure du possible, tout en étant compatibles avec les accords dont le Canada ou une autorité fédérale est déjà signataire à leur entrée en vigueur, l'évaluation des effets environnementaux des projets, cette évaluation devant être effectuée le plus tôt possible au stade de leur planification, avant la prise d'une décision irrévocable, conformément à la présente loi et aux règlements ou au processus, compatible avec la présente loi, d'évaluation des effets environnementaux de projets applicable dans l'État étranger où ceux-ci doivent être mis en œuvre.

<sup>4</sup> Je ne tiens pas compte de plusieurs arguments préliminaires et accessoires qui ont été invoqués au sujet de chacun de ces articles, étant donné qu'en l'espèce, les exigences de ces articles constituent la seule question qui se pose.

T-85-97

**Sierra Club of Canada, a national organization concerned with environmental protection and restoration and a non-profit corporation duly constituted on April 7, 1992 by Letters Patent under the *Canadian Corporation Act* (Applicant)**

v.

**The Minister of Finance of Canada, The Minister of Foreign Affairs of Canada, The Minister of International Trade of Canada and The Attorney General of Canada (Respondents)**

and

**Atomic Energy of Canada Limited (AECL) (Intervener)**

**INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T.D.)**

Trial Division, Pelletier J.—Ottawa, December 3, 1999.

*Judges and Courts — Open Justice — Prothonotary ordering in camera hearing of application to file supplementary affidavit including confidential materials and for confidentiality order; materials filed to be treated as confidential — Prothonotary's order silent as to Court's reasons — Pelletier J. inviting parties to make submissions regarding placing of reasons on public file — Reasons published on Federal Court Reports Web site — Also may have been available on QUICKLAW — Notice of appeal filed — Reasons not containing information which, if disclosed, would harm interests of parties — That appeal taken not precluding release of reasons — If reasons not containing confidential information, no reason in principle why should not be released — Conclusion would have been same had reasons not been publicized, but in fact have — If reasons accessible to part of public, ought to be accessible to all — Reasons dated October 26, 1999 ordered placed on public file.*

*Practice — Confidentiality orders — Judge inviting submissions regarding placing of reasons on public file — Reasons published on Web sites — Reasons not containing*

T-85-97

**Sierra Club du Canada, un organisme national sans but lucratif voué à la protection et à la restauration de l'environnement dûment constitué le 7 avril 1992 par la délivrance de lettres patentes en application de la *Loi sur les corporations canadiennes* (demandeur)**

c.

**Le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada (intimés)**

et

**Énergie atomique du Canada limitée (EAEL) (intervenante)**

**RÉPERTORIÉ: SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Pelletier—Ottawa, 3 décembre 1999.

*Juges et tribunaux — Transparence judiciaire — Ordonnance du protonotaire d'entendre à huis clos la demande présentée pour obtenir l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire renfermant des données confidentielles et une ordonnance de confidentialité, et de tenir confidentielles les données produites à l'appui de la demande — L'ordonnance du protonotaire ne précise pas si elle s'applique aux motifs de la décision de la Cour — Le juge Pelletier invite les parties à lui présenter des observations concernant l'opportunité de rendre les motifs publics — Les motifs ont été publiés dans le site Web des Recueils des arrêts de la Cour fédérale — Ils auraient été également accessibles grâce à QUICKLAW — Avis d'appel déposé — Les motifs ne renferment aucun renseignement qui, s'il était dévoilé, nuirait aux intérêts des parties — L'appel interjeté n'empêche pas la publication des motifs — Lorsque les motifs ne renferment aucun renseignement confidentiel, il n'y a en principe aucune raison d'interdire leur publication — La conclusion aurait été la même si les motifs n'avaient pas été publiés, mais dans les faits ils l'ont été — Si les motifs ont été mis à la disposition de certaines personnes, ils doivent être rendus accessibles à tous — Ordonnance de rendre publics les motifs datés du 26 octobre 1999.*

*Pratique — Ordonnances de confidentialité — Le juge a invité les parties à lui présenter des observations concernant l'opportunité de rendre les motifs publics — Motifs publiés*

*information harmful to parties' interests — That appeal taken not precluding release of reasons — Reasons ordered placed on public file.*

ORDER that Court's reasons disposing of the intervener's motion to file an additional affidavit and for a confidentiality order be placed on the public file.

APPEARANCES:

*Timothy J. Howard* for applicant.  
*Brian J. Saunders* for respondents.  
*Brett G. Ledger* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.  
*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for intervener.

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

[1] PELLETIER J.: At the time of the release to the parties of my reasons dated October 26, 1999 [[2000] 2 F.C. 400 (T.D.)], I invited submissions on the question of having the reasons placed on the public file. I noted that the order pursuant to which the hearing had been held *in camera* was not clear on the status of the reasons and therefore gave notice of my proposal to have the reasons placed on the public file, and invited submissions from counsel.

[2] Since that time, two things have occurred which may impact upon this question. The first is that a notice of appeal has been filed. The second is that through inadvertence the reasons in question appeared on the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs' Web site in the Federal Court Reports Services. It appears that it may also have been available on QUICKLAW [[1999] F.C.J. No. 1633 (T.D.)].

*dans l'Internet — Les motifs ne renferment aucun renseignement susceptible de nuire aux intérêts des parties — L'appel interjeté ne fait pas obstacle à la publication des motifs — Ordonnance de rendre les motifs publics.*

ORDONNANCE: les motifs justifiant la décision de la Cour relative à la requête présentée par l'intervenante pour obtenir l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire et une ordonnance de confidentialité seront rendus publics.

ONT COMPARU:

*Timothy J. Howard* pour le demandeur.  
*Brian J. Saunders* pour les intimés.  
*Brett G. Ledger* pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour les intimés.  
*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE PELLETIER: Au moment de leur communiquer les motifs datés du 26 octobre 1999 [[2000] 2 C.F. 400 (1<sup>re</sup> inst.)], j'ai demandé aux parties de me faire part de leurs observations concernant l'éventualité de rendre ces motifs publics. J'ai fait remarquer que l'ordonnance suivant laquelle l'audience avait eu lieu à huis clos n'était pas claire à cet égard. Je les ai donc informées de mon intention de rendre les motifs publics et j'ai invité leurs avocats à formuler des observations à ce sujet.

[2] Depuis, deux événements susceptibles d'avoir une incidence sur la question se sont produits. Premièrement, un avis d'appel a été déposé. Deuxièmement, par inadvertance, les motifs ont été publiés sur le site Web du Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale sous la rubrique Service du Recueil des arrêts de la Cour fédérale. Il appert également qu'on peut prendre connaissance des motifs en consultant QUICKLAW [[1999] A.C.F. n° 1633 (1<sup>re</sup> inst.)].

[3] Counsel for AECL request that the reasons not be made public pending the outcome of the appeal. If the appeal succeeds then presumably there is nothing to make public. Counsel for the Sierra Club argued strenuously that the reasons ought to be made public for many of the reasons referred to in the decision itself. No one takes the position that the reasons themselves contain information which, if disclosed, would harm the interests of any of the parties.

[4] I have decided that the reasons should be placed on the public file. I have come to that conclusion for the following reasons.

[5] The fact of an appeal being taken does not preclude the release of the reasons any more than it would in the case of any other application. It would be otherwise if the reasons contained confidential information but it has not been suggested that they do. Releasing the reasons will not make the appeal nugatory since no confidential information will be released.

[6] The order dealing with the *in camera* hearing did not specifically address the question of the release of the reasons. Confidentiality orders are designed to protect the confidential information of the parties. If the reasons contain no confidential information, there is no reason in principle why they cannot or should not be released.

[7] Finally, I would have come to the same conclusion had the reasons not been publicized but in fact they have been. The genie is out of the bottle. In this day of World Wide Web and news groups, it is impossible to know what circulation they have received. If the reasons are accessible to some part of the public, they ought to be accessible to all.

[8] As a result, there will be an order that my reasons dated October 26 are to be placed on the public file.

#### ORDER

Whereas pursuant to the order of John Hargrave, Prothonotary, dated August 24, 1999, the application

[3] L'avocat d'EACL a demandé que les motifs ne soient pas rendus publics avant qu'il ne soit statué sur l'appel. Si l'appel est accueilli, il n'y aura présumément rien à rendre public. L'avocat du Sierra Club a fait valoir vigoureusement que les motifs devaient être rendus publics pour bon nombre de raisons dont il est fait mention dans leur libellé même. Nul ne prétend que les motifs renferment des renseignements qui, s'ils étaient dévoilés, nuiraient aux intérêts de l'une ou l'autre des parties.

[4] J'ai décidé que les motifs devaient être rendus publics. Voici pourquoi je suis arrivé à cette conclusion.

[5] Le fait qu'un appel a été interjeté n'empêche pas davantage la publication des motifs en l'espèce que dans toute autre affaire. Il en irait autrement si les motifs renfermaient des renseignements confidentiels, mais cela ne semble pas être le cas. La publication des motifs ne rendra pas l'appel sans objet, étant donné qu'aucun renseignement confidentiel ne sera dévoilé.

[6] L'ordonnance relative à la tenue de l'audience à huis clos ne précise pas si les motifs doivent ou non être publiés. L'ordonnance de confidentialité vise à protéger les renseignements confidentiels des parties. Lorsque les motifs ne renferment aucun renseignement confidentiel, il n'y a en principe aucune raison d'interdire leur publication.

[7] Enfin, j'aurais tiré la même conclusion si les motifs n'avaient pas été publiés, mais ils l'ont été dans les faits. Il y a eu fuite. À l'heure du World Wide Web et des groupes de discussion, il est impossible de savoir qui a pris connaissance des motifs. Si ces derniers ont été mis à la disposition de certaines personnes, ils doivent maintenant être accessibles à tous.

[8] En conséquence, je rendrai une ordonnance selon laquelle mes motifs du 26 octobre seront rendus publics.

#### ORDONNANCE

Attendu que, suivant l'ordonnance du protonotaire John Hargrave datée du 24 août 1999, la demande

of the intervener to file a supplementary affidavit including confidential materials and for a confidentiality order in respect of the confidential materials was to be heard *in camera*; and

Whereas the same order provided that the materials filed on the motion were to be treated as confidential, to be returned to AECL if the confidentiality order was not made; and

Whereas the order is silent as to whether it applies to the reasons of the Court disposing of the application; and

Whereas the order provides that it may be amended by the Court on its own motion after giving notice to the parties and allowing them to be heard;

Now therefore, having heard the parties as to whether the reasons of the Court disposing of the intervener's motion should be placed on the public file, it is hereby ordered that the reasons of the Court dated October 26, 1999 disposing of the intervener's application shall be placed upon the public file.

présentée par l'intervenante pour obtenir l'autorisation de produire un affidavit supplémentaire renfermant des données confidentielles et une ordonnance de confidentialité visant celles-ci a été entendue à huis clos;

Attendu que cette ordonnance dispose que les données produites à l'appui de la requête devaient être tenues confidentielles et être rendues à EACL si l'ordonnance de confidentialité n'était pas rendue;

Attendu que l'ordonnance ne précise pas si elle s'applique aux motifs de la décision de la Cour;

Attendu que l'ordonnance prévoit que la Cour peut la modifier de son propre chef après avoir donné un avis en ce sens aux parties et leur avoir permis de se faire entendre;

En conséquence, après avoir entendu les parties quant à savoir si les motifs justifiant la décision de la Cour relative à la requête de l'intervenante devraient être rendus publics, la Cour ordonne que soient rendus publics ses motifs datés du 26 octobre 1999 concernant la demande présentée par l'intervenante.

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(*Plaintiff*)

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship  
"Tavros" and Passport Maritime S.A. (Defendants)**

**INDEXED AS: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
v. TAVROS (THE) (T.D.)\***

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, October 18  
and November 5, 1999.

*Maritime law — Practice — Arbitration — Plaintiff may  
have ship arrested in Canada to obtain security for arbitra-  
tion award at New York — Where plaintiff has no assets  
within jurisdiction of Court, defendant may not ask Court to  
order security for counterclaim at arbitration.*

*Practice — Costs — Security for costs — Where plaintiff  
has no assets within jurisdiction of Court, defendant may  
not ask Court to order security for counterclaim at foreign  
arbitration of dispute in maritime law matter — Nor can  
defendant obtain security for arbitration costs as matter part  
of arbitrators' jurisdiction, as Court's capacity to award  
security for costs limited to proceedings in Federal Court,  
and as need for security for costs not demonstrated herein  
— Lack of proper procedure not bar to defendant obtaining  
interim relief or protection (security for costs) by way of  
incidental request brought on occasion of plaintiff's motion  
for stay — Defendant awarded costs of providing security —  
While defendant may not take any security from this  
jurisdiction to New York arbitration, equitable solution that  
defendant be awarded costs of this Federal Court action.*

\* Editor's Note: An appeal from the part of this decision awarding costs to the defendant was allowed. It is reported at [2000] 2 F.C. 445 (T.D.).

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(*demanderesse*)

c.

**Les propriétaires et toutes les autres personnes  
ayant un droit sur le navire «Tavros» et Passport  
Maritime S.A. (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
c. TAVROS (LE) (1<sup>re</sup> INST.)\***

Section de première instance, protonotaire Hargrave—  
Vancouver, 18 octobre et 5 novembre 1999.

*Droit maritime — Pratique — Arbitrage — La demande-  
resse peut faire saisir un navire au Canada en vue d'obtenir  
un cautionnement à l'égard d'un arbitrage en cours à  
New York — Lorsque la demanderesse n'a pas d'actifs dans  
le ressort de la Cour, le défendeur ne peut pas demander à  
la Cour d'ordonner la remise d'un cautionnement à l'égard  
de la demande reconventionnelle présentée dans le cadre  
d'un arbitrage.*

*Pratique — Frais et dépens — Cautionnement pour les  
dépens — Dans une affaire de droit maritime, lorsque la  
demanderesse n'a pas d'actifs dans le ressort de la Cour, le  
défendeur ne peut pas demander à la Cour d'ordonner la  
remise d'un cautionnement à l'égard de la demande recon-  
ventionnelle présentée dans le cadre d'un arbitrage à  
l'étranger — Le défendeur ne peut pas non plus obtenir un  
cautionnement pour les dépens de l'arbitrage puisque  
l'affaire relève de la compétence des arbitres, que la Cour  
ne peut accorder un cautionnement pour les dépens que  
dans une instance engagée devant elle et qu'il n'a pas été  
démonstré en l'espèce qu'il était nécessaire d'avoir un  
cautionnement pour les dépens — L'absence de procédure  
appropriée n'empêche pas le défendeur d'obtenir une  
mesure provisoire ou conservatoire (le cautionnement pour  
les dépens) au moyen d'une demande accessoire présentée  
dans le cadre de la requête en suspension présentée par la  
demanderesse — Le défendeur a droit aux dépens relatifs au  
cautionnement — Le défendeur ne peut pas bénéficier d'un  
cautionnement accordé dans ce ressort dans le cadre de  
l'arbitrage, à New York, mais l'équité exige qu'il obtienne  
les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale.*

\* Note de l'arrêtiiste: Un appel de la partie de la décision par laquelle les dépens ont été adjugés au défendeur a été accueilli. L'appel est publié à [2000] 2 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.).

*Practice — Stay of proceedings — Court cannot make stay conditional upon posting of security for costs of arbitration as matter part of arbitrators' jurisdiction, as Court's capacity to award security for costs limited to proceedings in Federal Court, and as need for security for costs not demonstrated herein.*

After initiating an action for breach of charter party in the Federal Court, the plaintiff had the *Tavros* arrested in Vancouver and thereby obtained security in the form of a letter of undertaking applicable to both the action and to arbitration at New York. At the hearing of the plaintiff's motion for a stay of the Federal Court action, the defendant shipowner, Passport Maritime S.A., did not oppose the stay but asked for security for its counterclaim in the arbitration, security for the costs of the arbitration and security for costs of the present Federal Court action, including for the cost of the bank guarantee by which the *Tavros* has been released from arrest.

*Held*, the defendant should be awarded the costs of this Federal Court action as interim protection within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*.

Recourse to a court's *in rem* jurisdiction to arrest a ship in order to force the putting up of security for a future arbitration award has bothered judges from time to time. In Canada, plaintiffs often invoke the Federal Court's *in rem* jurisdiction to that end. Based on the Federal Court Trial Division cases of *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"* and *Pictou Industries Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. et al.*, there is no inherent unfairness in an arrest merely to obtain security for an arbitration.

However, there is no basis for the defendant's argument that, since the plaintiff now has security for its claim, fairness mandates protection in the form of counter-security for the shipowner's counterclaim at arbitration. Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*, which deals with interim protective measures, does not provide support for this argument. The common thread running through interim measures of this nature (garnishment, Mareva injunctions, arrests of ships) is that such measures are based upon the presence of an asset within the jurisdiction of the Court which might be moved against in order to force the putting up of security. In the present instance, there is no local asset belonging to the plaintiff against which defendant might move. Rather, the defendant looks to the Court to create security without either concrete foundation or legal justifica-

*Pratique — Suspension d'instance — La Cour ne peut pas assortir la suspension à la remise d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage puisque l'affaire relève de la compétence des arbitres, que la Cour ne peut accorder un cautionnement pour les dépens que dans une instance engagée devant elle et qu'il n'a pas été démontré en l'espèce qu'il était nécessaire d'avoir un cautionnement pour les dépens.*

Après avoir intenté une action devant la Cour fédérale par suite de la violation d'une charte-partie, la demanderesse a fait saisir le *Tavros* à Vancouver et a ainsi obtenu un cautionnement sous la forme d'une lettre d'engagement applicable à l'action et à l'arbitrage en cours à New York. À l'audition de la requête que la demanderesse avait présentée en vue de faire suspendre l'action intentée devant la Cour fédérale, le propriétaire du navire défendeur, Passport Maritime S.A. ne s'est pas opposé à la suspension mais il a demandé un cautionnement à l'égard de la demande reconventionnelle qu'il avait présentée dans le cadre de l'arbitrage, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage et un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, et notamment à l'égard des frais de la garantie bancaire par laquelle le *Tavros* a fait l'objet d'une mainlevée.

*Jugement*: le défendeur a droit aux dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale à titre de mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*.

Le recours à la compétence *in rem* d'un tribunal pour saisir un navire afin d'assurer l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'une sentence arbitrale future a de temps en temps préoccupé les juges. Au Canada, il arrive souvent que le demandeur invoque la compétence *in rem* de la Cour à cette fin. Compte tenu des décisions rendues par la Section de première instance de la Cour fédérale dans les affaires *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Le "Didymi"* et *Pictou Industries Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. et al.*, la saisie n'est pas en soi inéquitable si elle vise simplement à l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage.

Toutefois, l'argument du défendeur, à savoir qu'étant donné que la demanderesse bénéficie maintenant d'un cautionnement à l'égard de sa demande, l'équité exige qu'une protection soit fournie sous la forme d'une sous-garantie à l'égard de la demande reconventionnelle que le propriétaire du navire a présentée à l'arbitrage, n'est pas fondé. L'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires, n'étaye pas cet argument. Les mesures provisoires de cette nature (saisies-arrêts, injonctions Mareva, saisies de navires) comportent un élément commun: elles sont fondées sur l'existence d'un actif qui se trouve dans le ressort de la Cour, lequel pourrait donner lieu à un cautionnement. En l'espèce, il n'y a pas d'actif local appartenant à la demanderesse susceptible de faire l'objet d'une demande de la part



tion, but merely grounded on some form of fair play.

Neither should security for arbitration costs be awarded to the defendant in this instance. In the present case, arbitrators clearly have jurisdiction in that respect. The Court ought not, except as necessary and available interim protection, to become involved in security which the arbitrators can more easily decree. Secondly, it is doubtful that this Court's capacity to award security for costs, set out in rules 415 and 416 of the *Federal Court Rules, 1998*, goes beyond security for costs for proceedings in the Federal Court. Thirdly, there was no demonstrated need for security for costs in the present instance. Finally, the Court may not attach any conditions, such as the posting of security for costs of the arbitration, to the stay that must, by reason of Article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, be granted in the present case.

However, the defendant should be awarded security for costs of this action. Once this Federal Court action has been stayed at the plaintiff's request to go to arbitration, the chance of it ever proceeding is infinitesimal. If the defendant is entitled to costs and is ever to recoup them, it must be now, as an interim measure of protection. The lack of proper procedure is not a bar to the defendant obtaining interim relief or protection by way of an incidental request brought on the occasion of the plaintiff's motion for a stay. The plaintiff was not caught by surprise. Furthermore, that a procedural impropriety of this kind could be fatal would be contrary to the philosophy of the *Federal Court Rules, 1998*, as set out in rule 3.

While the plaintiff has obtained the stay it sought in this motion, costs of this motion should not be awarded to it. The plaintiff has, in a sense, used the Court as a collection agency and having achieved its ends, moved on to another jurisdiction. This is not an improper approach, but neither is it one that ought to be rewarded. The costs of this motion are, therefore awarded to the defendant. The defendant is awarded the sum of \$13,262.64, being the cost of security and the costs of this motion. This is not a condition of the stay. Nor is payment of the award a condition of the stay.

du défendeur. Le défendeur demande plutôt à la Cour de constituer un cautionnement sans qu'il existe un fondement concret ou une justification permettant de le faire sur le plan juridique, en se fondant simplement sur une forme de franc-jeu.

De plus, en l'espèce, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage ne devrait pas être accordé au défendeur. Dans ce cas-ci, les arbitres ont clairement compétence à cet égard. La Cour ne devrait pas, si ce n'est en cas de nécessité et lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire peut être prise, se prononcer sur la question du cautionnement lorsqu'il est plus facile pour les arbitres de le faire. Deuxièmement, il n'est pas certain que la capacité de cette Cour d'accorder un cautionnement à l'égard des dépens, comme le prévoient les règles 415 et 416 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, s'étende à autre chose qu'un cautionnement pour les dépens d'une instance engagée devant la Cour fédérale. Troisièmement, il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire d'avoir un cautionnement pour les dépens dans ce cas-ci. Enfin, la Cour ne peut pas assortir de conditions, comme la remise d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage, la suspension qui doit être accordée en l'espèce, en raison de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial*.

Toutefois, le défendeur devrait obtenir un cautionnement pour les dépens de la présente action. Les chances que la présente action soit poursuivie, une fois qu'elle aura été suspendue aux fins de l'arbitrage, comme le voudrait la demanderesse, sont infimes. Si le demandeur a droit aux dépens et s'il doit recouvrer ces dépens, ce doit être maintenant, à titre de mesure provisoire ou conservatoire. L'absence de procédure appropriée n'empêche pas le défendeur d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire au moyen d'une demande accessoire présentée dans le cadre de la requête en suspension de la demanderesse. La demanderesse n'a pas été prise par surprise. En outre, le fait qu'une irrégularité procédurale de ce genre puisse être fatale irait à l'encontre de la philosophie des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, telle qu'elle est énoncée à la règle 3.

La demanderesse a obtenu la suspension sollicitée dans cette requête, mais les dépens de la requête ne devraient pas lui être accordés. La demanderesse a dans un certain sens utilisé la Cour comme agence de recouvrement; étant arrivée à son but, elle s'est adressée à un autre ressort. Cette approche peut être adoptée, mais elle ne devrait pas être encouragée. Par conséquent, les dépens de la présente requête sont adjugés au défendeur. La somme de 13 262,64 \$, représentant les frais engagés aux fins du cautionnement et les dépens de cette requête, est adjugée au défendeur. Cela ne constitue pas une condition de la suspension. De plus, le paiement de la somme adjugée ne constitue pas non plus une condition de la suspension.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Arbitration Act, 1950* (U.K.), 1950, c. 27, s. 12(6).  
*Arbitration Act 1975* (U.K.), 1975, c. 3.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Arbitration Act, 1950* (R.-U.), 1950, ch. 27, art. 12(6).  
*Arbitration Act 1975* (R.-U.), 1975, ch. 3.

*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (U.K.), 1982, c. 27, s. 26.  
*Commercial Arbitration Code*, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985, (2nd Supp.), c. 17, Arts. 8, 9.  
*Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, signed at Brussels on 27 September 1968.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 3, 415, 416, Tarif B.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. The Ship "Didymi"*, [1985] 1 F.C. 240 (T.D.); *Pictou Industries Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (F.C.T.D.); *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116; 89 B.C.L.R. (2d) 132; 24 C.P.C. (3d) 362 (S.C.); *Coppée-Lavalin SA/NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.); *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445 (C.A.); *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 F.C. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.); *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274; (1977), 17 N.R. 1 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309; 115 B.C.A.C. 262; 59 B.C.L.R. (3d) 196 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.); *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Nordglint, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.).

## AUTHORS CITED

Holtzmann, Howard M. and Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (R.-U.), 1982, ch. 27, art. 26.  
*Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 8, 9.  
*Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, signée à Bruxelles, le 27 septembre 1968.  
*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106, règles 3, 415, 416, tarif B.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Le «Didymi»*, [1985] 1 C.F. 240 (1<sup>re</sup> inst.); *Pictou Industries Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116; 89 B.C.L.R. (2d) 132; 24 C.P.C. (3d) 362 (C.S.); *Coppée-Lavalin SA/NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.); *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445 (C.A.); *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.); *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274; (1977), 17 N.R. 1 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309; 115 B.C.A.C. 262; 59 B.C.L.R. (3d) 196 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.); *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Nordglint, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.).

## DOCTRINE

Holtzmann, Howard M. et Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Paterson, Robert K. and Bonita J. Thompson (editors).  
*UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian  
International Commercial Arbitration Legislation.*  
Toronto: Carswell, 1987.

Sutton, David St. John *et al. Russell on Arbitration*,  
21st ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

MOTION by plaintiff to stay an action for breach of charter party in favour of arbitration; request by the defendant for security for its counterclaim, security for the costs of arbitration and security for costs of the present Federal Court action, including for the cost of the bank guarantee. The motion, not being challenged, was allowed; the defendant was awarded the costs and disbursements of this action.

APPEARANCES:

*H. Peter Swanson* for plaintiff.  
*Doug G. Morrison* for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, for defen-  
dants.

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

[1] HARGRAVE P.: Ostensibly the plaintiff, who is a charterer, seeks to litigate a breach of charter party. In fact the action was commenced and the *Tavros* arrested at Vancouver in order to force security for any arbitration award which might arise out of existing arbitration in New York. Having obtained security in the form of a letter of undertaking applicable to both the action and to the arbitration (replaced by a bank guarantee), thus allowing the *Tavros* to sail, the plaintiff now moves to stay this Federal Court action in favour of the New York arbitration.

Paterson, Robert K. et Bonita J. Thompson (éditeurs).  
*UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian  
International Commercial Arbitration Legislation.*  
Toronto: Carswell, 1987.

Sutton, David St. John *et al. Russell on Arbitration*,  
21st ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.

REQUÊTE présentée par la demanderesse en vue de la suspension d'une action fondée sur la violation d'une charte-partie, de façon qu'il soit procédé à l'arbitrage; demande présentée par le défendeur en vue de l'obtention d'un cautionnement à l'égard de sa demande reconventionnelle, d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage et d'un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, et notamment les frais de la garantie bancaire. La requête, qui n'a pas été contestée, a été accueillie; le défendeur a droit aux dépens et aux débours de la présente action.

ONT COMPARU:

*H. Peter Swanson* pour la demanderesse.  
*Doug G. Morrison* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour la deman-  
deresse.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, pour les  
défendeurs.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: De toute évidence, la demanderesse, qui est un affréteur, veut plaider la violation d'une charte-partie. L'action a de fait été intentée et le *Tavros* a été saisi à Vancouver afin d'assurer l'obtention d'un cautionnement à l'égard de toute sentence arbitrale qui pourrait être rendue dans le cadre de l'arbitrage en cours à New York. Ayant obtenu un cautionnement sous la forme d'une lettre d'engagement applicable à l'action et à l'arbitrage (laquelle a été remplacée par une garantie bancaire), permettant ainsi au *Tavros* d'appareiller, la demande-  
resse sollicite maintenant la suspension de l'action intentée devant la Cour fédérale en faveur de l'arbitrage en cours à New York.

[2] Article 8 of the 1985 *Commercial Arbitration Code*, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (the *Commercial Arbitration Code*) which is enacted in Canada by the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, requires that this matter be stayed, subject to various exceptions. As I understand it, none of these exceptions apply in the present instance. However, the defendant shipowner, whom I shall also call the defendant, submits that coupled with the stay or granted concurrently with the stay, although not by a separate motion in this instance, ought to be security for its counterclaim, security for the costs of the arbitration and security for the costs of the present Federal Court action, including for the cost of the bank guarantee by which the *Tavros* has been released from arrest.

[3] The stay, *per se*, not being challenged, these reasons deal with the defendant's request for counter-security, but because the defendant raised the question of fairness of an arrest to obtain security for an arbitration, I will touch first on that procedure.

#### CONSIDERATION

##### Arrest to Obtain Security for Arbitrators' Award

[4] Not infrequently a plaintiff will make use of the *in rem* jurisdiction of the Court to obtain security for an award which arbitrators might make. Counsel for the defendant shipowner questions the fairness of the procedure and submits that the plaintiff ought, as I say, to provide counter-security, to cover first, the defendant's counterclaim for hire, second, costs in the arbitration, and third, costs in the present action, in order to place matters on an equitable and fair footing.

[5] The concept of using a court's *in rem* jurisdiction to arrest a ship in order to force security for a future

[2] L'article 8 du *Code d'arbitrage commercial* de 1985 adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (le *Code d'arbitrage commercial*), qui a été adopté au Canada au moyen de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, exige que l'affaire soit suspendue, sous réserve de diverses exceptions. Si je comprends bien, aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce. Toutefois, le propriétaire du navire, que j'appellerai également le défendeur, soutient qu'avec la suspension ou en même temps que la suspension, bien que cela ne soit pas demandé au moyen d'une requête distincte dans ce cas-ci, il devrait y avoir un cautionnement à l'égard de sa demande reconventionnelle, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage et un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, et notamment à l'égard des frais de la garantie bancaire par laquelle le *Tavros* a fait l'objet d'une mainlevée.

[3] La suspension en soi n'étant pas contestée, ces motifs traitent de la demande que le défendeur a présentée à l'égard d'une sous-garantie, mais étant donné que le défendeur a soulevé la question de l'équité d'une saisie visant à l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage, j'examinerai d'abord cette procédure.

#### ANALYSE

##### Saisie visant à l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'une sentence arbitrale

[4] Il arrive souvent que le demandeur invoque la compétence *in rem* de la Cour en vue d'obtenir un cautionnement à l'égard de la sentence que les arbitres pourraient rendre. L'avocat du propriétaire du navire défendeur conteste l'équité de la procédure et soutient que la demanderesse devrait, comme je le dis, fournir une sous-garantie en vue de couvrir d'abord la demande reconventionnelle que le défendeur a présentée à l'égard du louage, puis les dépens de l'arbitrage, et enfin, les dépens de l'action, de façon que les diverses réclamations soient mises sur un pied d'égalité.

[5] L'idée selon laquelle on invoque la compétence *in rem* d'un tribunal pour saisir un navire afin d'assu-

arbitration award has bothered judges from time to time. In *Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.), Mr. Justice Brandon was unequivocally negative, pointing out at pages 546 and 547 that:

In my view, when an action *in rem* is brought the security thereby obtained is security in respect of any judgment which may be given by the Court after hearing and determining the claim. The security so obtained also covers the payment of any sum which may become due under an agreement whereby the action is settled. But the security so obtained is not in my view available for the purpose of insuring payment of the judgment of some other Court or for the purpose of insuring payment of the award of an arbitration tribunal.

Subsequently in *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)), Mr. Justice Brandon (at pages 554-555) paraphrased his reasoning in *The Cap Bon* by saying it was based on two propositions, one positive and one negative:

The first and positive proposition is that the purpose of arresting a ship in an action *in rem* is to provide the plaintiff with security for the payment of any judgment which he may obtain in such action, or of any sum which may become payable to him under a settlement of such action. The second and negative proposition is that it is not the purpose of arresting a ship in an action *in rem* to provide the plaintiff with security for payment of an award which he may obtain in an arbitration of the same claim as that raised in the action and the Court therefore has no jurisdiction to arrest a ship, or keep her under arrest, for some other purpose.

In effect, the claimant was put to an election between two courses of action, either pursuing the claim in the Court with the advantage of security, or pursuing the claim through arbitration without the advantage of security.

[6] In *The Rena K*, Mr. Justice Brandon considered security in the context of a stay for arbitration and the evolving case law. While he felt that the principles set out in *The Cap Bon* were correct, he also recognized that the Court had the discretion, on granting a stay in favour of arbitration, to allow existing security to remain in place, depending upon the circumstances in

rer l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'une sentence arbitrale future a de temps en temps préoccupé les juges. Dans la décision *Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.), M. le juge Brandon s'est clairement prononcé à l'encontre, en faisant les remarques suivantes aux pages 546 et 547:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsqu'une action réelle est intentée, le cautionnement qui est ainsi obtenu se rapporte à tout jugement qui pourrait être prononcé par le tribunal après qu'il a tenu une audience et qu'il a statué sur la demande. Le cautionnement ainsi obtenu couvre également le paiement de toute somme qui peut devenir due en vertu de l'entente par laquelle l'action est réglée. Cependant ce cautionnement ne peut pas à mon avis viser à assurer le paiement du montant adjugé dans le jugement rendu par un autre tribunal ou à assurer le paiement du montant adjugé par le tribunal d'arbitrage.

Par la suite, dans la décision *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)), M. le juge Brandon [aux pages 554 et 555] a paraphrasé le raisonnement qu'il avait fait dans la décision *The Cap Bon* en disant qu'il était fondé sur deux thèses, l'une positive et l'autre négative:

[TRADUCTION] La première thèse, qui est positive, est que la saisie d'un navire dans une action réelle vise à fournir au demandeur un cautionnement à l'égard du paiement du montant accordé par tout jugement qu'il peut obtenir dans pareille action ou de toute somme qui lui sera payable par suite du règlement de pareille action. La seconde proposition, qui est négative, est que la saisie d'un navire dans une action réelle ne vise pas à fournir au demandeur un cautionnement à l'égard du paiement du montant qui peut lui être adjugé dans un arbitrage se rapportant à la même demande que celle qui est visée par l'action et que le tribunal n'a donc pas compétence pour saisir un navire ou pour maintenir la saisie du navire à quelque autre fin.

En fait, le réclamant avait le choix entre deux genres de mesures, soit poursuivre la demande devant la Cour et bénéficier d'un cautionnement, ou poursuivre la demande au moyen de l'arbitrage sans bénéficier d'un cautionnement.

[6] Dans la décision *The Rena K*, M. le juge Brandon a examiné la question du cautionnement dans le contexte d'une suspension aux fins de l'arbitrage et du droit jurisprudentiel. Le juge estimait que les principes énoncés dans la décision *The Cap Bon* étaient justes, mais il a également reconnu qu'en accordant une suspension en faveur de l'arbitrage, la

any particular instance.

[7] The general principle that arrest of a ship merely to provide security for an arbitration ought not to be countenanced was endorsed by the Court of Appeal in *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235. However, the Court of Appeal also acknowledged that the Court had the jurisdiction to arrest and to maintain an arrest simply to obtain security for an arbitration (page 241). The British courts, having, in a sense, ignored the whole basis for *in rem* proceedings, that is to obtain security at a place where the eventual award might be satisfied, because the ship is there, seemed to have painted themselves into a corner. The British courts were spared rationalizing themselves out of this corner by legislation: specifically, section 26 of the *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* [(U.K.), 1982, c. 27] (as amended) allowed existing security to remain in place following a stay pending arbitration. As pointed out by Mr. Justice Hobhouse in *Nordglint, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)), at page 481 this provision is consistent with the 1968 *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (including the Protocol annexed to that Convention), signed at Brussels on 27 September 1968.

[8] Canada has not yet ratified the 1968 Brussels Convention. It has enacted some of its provision in Canadian legislation, but not portions bearing on the issue of the arrest of a vessel in one jurisdiction in support of the determination of the merits of the dispute in another jurisdiction. Thus, the Federal Court has had to deal with and distinguish the English authorities in order to grant security for arbitration awards and to rationalize the continuation of existing security in the face of a stay for arbitration.

Cour avait le pouvoir discrétionnaire de maintenir le cautionnement, compte tenu des circonstances de l'espèce.

[7] Le principe général voulant que l'on ne devrait pas permettre la saisie d'un navire si elle vise simplement à l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'un arbitrage a été approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235. Toutefois, la Cour d'appel a également reconnu que le tribunal a la compétence voulue pour saisir le navire et maintenir la saisie simplement aux fins de l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage (page 241). Les tribunaux britanniques, ayant d'une certaine façon omis de tenir compte de tout le fondement des procédures *in rem*, c'est-à-dire l'obtention d'un cautionnement à un endroit où il serait possible d'exécuter la sentence éventuelle parce que le navire est là, semblaient s'être acculés dans un coin. Cependant, ils n'ont pas eu à se sortir de cette impasse, et ce, à cause de certaines dispositions législatives: à savoir, l'article 26 du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* [(R.-U.), 1982, ch. 27] (dans sa forme modifiée), en vertu duquel un cautionnement peut continuer à exister à la suite d'une suspension accordée pendant l'arbitrage. Comme l'a signalé M. le juge Hobhouse dans la décision *Nordglint, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)), à la page 481, cette disposition est conforme à la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (incluant le protocole annexé à la Convention), signée à Bruxelles, le 27 septembre 1968.

[8] Le Canada n'a pas encore ratifié la Convention de Bruxelles de 1968. Il a édicté certaines de ses dispositions dans la législation canadienne, mais non les parties qui se rapportent à la question de la saisie d'un navire dans un ressort dans le cadre de la détermination du bien-fondé du différend dans un autre ressort. Par conséquent, la Cour fédérale a eu à examiner les arrêts anglais faisant autorité et à faire des distinctions à leur égard en vue d'accorder un cautionnement à l'égard des sentences arbitrales et de rationaliser le maintien d'un cautionnement existant lorsqu'une suspension est accordée par suite d'un arbitrage.

[9] In *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"*, [1985] 1 F.C. 240 (T.D.), Madam Justice Reed, faced with the invocation of an arrest for the primary purpose of obtaining security for arbitration, refused either to strike out the statement of claim or to release the arrested ship without security. Instead, she held that the ship might be released against an undertaking as to security.

[10] The decision in *Didymi* is pragmatic and reasonable, being based on an analysis of at least the majority of the leading cases, the clear distinguishment of contrary cases and the concept that *in rem* proceedings flowed from the necessity of allowing a plaintiff to proceed in the jurisdiction in which the ship lay, because that was the place where an award might be satisfied and that the instances where security would be cancelled were limited, but included instances where the loss of security would prejudice no one (see page 251). Indeed, "[i]t is only in very rare cases that in the absence of consent, the court will order the release of an arrested vessel without the posting of security even where the parties are pursuing arbitration of the dispute" (*Pictou Industries Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (F.C.T.D.), at page 80).

[11] In the light of both the reasoning in *Didymi* and the clear statement in *Pictou Industries*, I do not believe it open to the defendant owner of the *Tavros* to urge any inherent unfairness in an arrest merely to obtain security for an arbitration.

#### Security for the Defendants' Counterclaim at Arbitration

[12] The defendant submits that there must be some degree of fairness and a level playing field in the present instance: the defendant says that since the plaintiff now has security for its claim, fairness mandates protection in the form of counter-security for the shipowner's counterclaim at arbitration. The counterclaim is in the amount of US\$42,475.75.

[9] Dans la décision *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Navire «Didymi»*, [1985] 1 C.F. 240 (1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> le juge Reed, dans une affaire où une saisie avait été demandée principalement en vue de l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'un arbitrage, a refusé de radier la déclaration ou d'accorder une mainlevée de la saisie du navire sans cautionnement. Le juge a plutôt statué que la mainlevée pourrait être accordée moyennant la remise d'un engagement à l'égard du cautionnement.

[10] La décision qui a été rendue dans l'affaire *Didymi* est pragmatique et raisonnable, puisqu'elle est fondée sur l'analyse de la majorité des arrêts-clés, sur des distinctions clairement établies à l'égard des arrêts contraires et sur l'idée selon laquelle les procédures *in rem* découlent de la nécessité de permettre au demandeur d'engager des poursuites dans le ressort où le navire est amarré puisque c'est là que la sentence peut être exécutée, et que les cas dans lesquels un cautionnement serait annulé sont limités, mais comprennent néanmoins les cas dans lesquels la perte du cautionnement ne causerait pas de préjudice à qui que ce soit (voir la page 251). De fait, «[c]e n'est que dans les cas exceptionnels que la Cour ordonne, en l'absence de tout consentement, la mainlevée sans cautionnement de la saisie d'un navire, même quand l'arbitrage est en cours entre les parties» (*Pictou Industries Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 80).

[11] Compte tenu du raisonnement qui a été fait dans la décision *Didymi* et de la remarque claire qui a été faite dans la décision *Pictou Industries*, je ne crois pas qu'il soit loisible au propriétaire défendeur du *Tavros* de soutenir que la saisie serait en soi inéquitable si elle visait simplement à l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage.

#### Le cautionnement relatif à la demande reconventionnelle que les défendeurs ont présentée à l'arbitrage

[12] Le défendeur soutient qu'il doit exister un certain degré d'équité et que les règles du jeu doivent être uniformes en l'espèce: il affirme qu'étant donné que la demanderesse bénéficie maintenant d'un cautionnement à l'égard de sa demande, l'équité exige qu'une protection soit fournie sous la forme d'une sous-garantie à l'égard de la demande reconvention-

[13] The defendant refers to Article 9 of the *Commercial Arbitration Code* which article deals with interim protective measures which a court may grant:

*Article 9*

. . .

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

[14] My understanding of Article 9 is that it allows a court the scope to grant recognized relief, to a party who is arbitrating or who must arbitrate, for example in the nature of a garnishment before judgment or, as here, an arrest of a ship to force security, neither of which would be incompatible with an arbitration. Indeed, as to garnishment, this is the view of Mr. Justice Bouck of the B.C. Supreme Court in *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116. Mr. Justice Bouck referred to Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, published by Kluwer Law and Taxation of Boston in 1989 and to Robert K. Paterson and Bonita J. Thompson (eds.), *UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, published by Carswell of Toronto in 1987:

Article 9 is not limited to any particular kind of interim measures. Thus it applies to measures to conserve the subject matter of the dispute; measures to protect trade secrets and proprietary information; measures to preserve evidence; pre-award attachments to secure an eventual award and similar seizure of assets. . . . [Holtzmann and Neuhaus, at p. 332.]

Section 9 establishes that requests for interim judicial measures of protection (such as Mareva injunctions) are not incompatible with an agreement to arbitration. UNCITRAL has referred to pre-award attachments and measures to protect trade secrets and proprietary information as the type

nelle que le propriétaire du navire a présentée à l'arbitrage. La demande reconventionnelle est d'un montant de 42 475,75 \$US.

[13] Le défendeur cite l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires que le tribunal peut prendre:

*Article 9*

[. . .]

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

[14] Si je comprends bien, l'article 9 autorise le tribunal à accorder une mesure reconnue à la partie qui demande l'arbitrage ou qui y est soumise, comme une saisie-arrêt avant jugement ou, comme c'est ici le cas, la saisie du navire visant à l'obtention d'un cautionnement, ces deux mesures n'étant ni l'une ni l'autre incompatibles avec l'arbitrage. De fait, en ce qui concerne la saisie-arrêt, tel est l'avis exprimé par M. le juge Bouck, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans la décision *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116. M. le juge Bouck a cité Howard M. Holtzmann et Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, publié par Kluwer Law and Taxation, de Boston, en 1989, et Robert K. Paterson et Bonita J. Thompson (éds.), *UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, publié par Carswell, de Toronto, en 1987:

[TRADUCTION] L'article 9 n'est pas limité à un genre particulier de mesure provisoire. Par conséquent, il s'applique aux mesures visant à assurer la conservation de l'objet du différend, aux mesures visant à protéger des secrets commerciaux et des renseignements privés, aux mesures visant à préserver la preuve, aux saisies-arrêts avant jugement visant à assurer l'exécution d'une sentence éventuelle et à la saisie de biens [. . .] [Holtzmann et Neuhaus, à la p. 332.]

L'article 9 établit que les demandes visant à l'obtention de mesures judiciaires provisoires ou conservatoires (comme les injonctions Mareva) ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage. UNCITRAL a cité les saisies-arrêts préalables à l'arbitrage et les mesures visant à protéger des



of measure that might be covered by that section. [Paterson and Thompson, at p. 118.]

[15] Mr. Justice Bouck concluded (at page 121):

From this analysis it seems reasonable to conclude that the concept of "protection" in s. 9 includes the right of an arbitrating party to obtain a garnishee order before judgment in order to secure funds for payment of the eventual arbitration award. That is what happened here. Thus, the garnishee order must stand unless it is affected by a procedural defect.

[16] From all of this one may conclude that the scope of the interim protection afforded under Article 9 is quite broad and may include garnishment, a Mareva injunction and, as I have suggested, the arrest of a ship, in order to obtain security for an arbitration. However the common thread running through interim measures of this nature is that such measures are based upon the presence of an asset within the jurisdiction of the Court which might be moved against in order to force security.

[17] In the present instance, the defendant does not have a local asset belonging to the plaintiff against which they might move. Rather the defendant looks to the Court to create security without either concrete foundation or legal justification, but merely grounded on some form of fair play. The Court should not be asked to invent such an extraordinary solution. I now turn to the second aspect of the relief which the defendant seeks, that of security for costs in the arbitration.

#### Security for Costs in the Arbitration

[18] The defendant estimates its costs of arbitration at US\$25,000 and submits that since the plaintiff now has, by virtue of this Federal Court action, security for its costs of arbitration, the defendant should have similar security. Counsel for the plaintiff submits that for the defendant to obtain such relief it ought to have applied by a separate motion rather than look for

secrets commerciaux et des renseignements privatifs comme constituant le genre de mesures qui pourraient être visées par cette disposition. [Paterson et Thompson, à la p. 118.]

[15] M. le juge Bouck a conclu ce qui suit (à la page 121):

[TRADUCTION] Compte tenu de cette analyse, il semble raisonnable de conclure que le concept de «mesure conservatoire», à l'article 9, comprend le droit d'une partie à l'arbitrage d'obtenir une ordonnance de saisie-arrêt avant jugement afin de garantir le paiement du montant accordé par la sentence arbitrage éventuelle. C'est ici ce qui est arrivé. Par conséquent, en l'absence d'un vice de procédure, l'ordonnance de saisie-arrêt doit être maintenue.

[16] Il est possible de conclure que la portée de la mesure provisoire ou conservatoire prévue à l'article 9 est passablement étendue et peut comprendre la saisie-arrêt, une injonction Mareva et, comme je l'ai dit, la saisie d'un navire, visant à assurer l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage. Toutefois, les mesures provisoires de cette nature comportent un élément commun: elles sont fondées sur l'existence d'un actif qui se trouve dans le ressort du tribunal, lequel pourrait donner lieu à un cautionnement.

[17] En l'espèce, il n'y a pas d'actif local appartenant à la demanderesse susceptible de faire l'objet d'une demande de la part du défendeur. Le défendeur demande plutôt à la Cour de constituer un cautionnement sans qu'il existe un fondement concret ou une justification permettant de le faire sur le plan juridique, le cautionnement devant plutôt être simplement fondé sur une forme de franc-jeu. On ne devrait pas demander à la Cour d'adopter cette solution extraordinaire. J'examinerai maintenant le deuxième aspect de la mesure que le défendeur demande, à savoir un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage.

#### Le cautionnement pour les dépens de l'arbitrage

[18] Le défendeur estime que les dépens de l'arbitrage s'élèvent à 25 000 \$US; il soutient qu'étant donné que la demanderesse a maintenant, par suite de l'action intentée devant la Cour fédérale, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage, il devrait bénéficier d'un cautionnement similaire. L'avocat de la demanderesse soutient que le défendeur aurait dû

security for arbitration costs and ancillary to the plaintiff's motion for a stay. It may indeed be preferable for a party in the position of the defendant shipowner to bring a separate motion for security for costs, or any other similar protection so as to try to come clearly within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*. However I need not decide the issue at this point in my reasons for there are a number of answers why security for arbitration costs ought not to be awarded to the defendant in this instance.

[19] To begin, "It is settled law that unless a submission to arbitration expressly empowers an arbitral tribunal to order security for costs the tribunal has no such power": *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.), at page 472. Articles 32 and 34 of the American Arbitration Association, International Arbitration Rules, which I am told apply to the present arbitration, make it clear that the arbitrators can require security for the costs of a respondent. This is clearly a part of the arbitrators' jurisdiction. The Court ought not, except as necessary and available interim protection, to become involved in security which the arbitrators can more easily decree. Here I would refer to a portion of the decision of Lord Mustill in *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.), at page 470:

It is in my judgment clear that the approach of the national court to the grant of interim relief should be conditioned to an important extent by the degree to which the particular remedy encroaches on the agreement that the arbitrators shall be the sole judges of the merits.

At first sight it may appear that this general approach does no harm to Coppée's application since an order for security of costs neither awards in advance something which it is the arbitrators' function to award nor calls for any preliminary assessment of the merits. Yet there is one respect in which such an order impinges much more fundamentally on the arbitration agreement than any of those already mentioned;

demandeur pareille mesure au moyen d'une requête distincte au lieu de le faire d'une façon accessoire dans le cadre de la requête en suspension que la demanderesse a présentée. Il est de fait peut-être préférable pour une partie qui se trouve dans la même situation que le propriétaire du navire défendeur de présenter une requête distincte en vue d'obtenir un cautionnement pour dépens ou de demander toute autre mesure conservatoire similaire, de façon à essayer d'être clairement visée par l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*. Toutefois, je n'ai pas ici à trancher la question car il existe un certain nombre de réponses permettant en l'espèce de ne pas accorder au défendeur un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage.

[19] Tout d'abord: [TRADUCTION] «Il est de droit constant que si la soumission à l'arbitrage n'autorise pas expressément le tribunal à ordonner qu'un cautionnement pour dépens soit fourni, ce dernier ne possède pas pareil pouvoir»: *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.), à la page 472. Les articles 32 et 34 de la American Arbitration Association, International Arbitration Rules qui, soutient-on, s'appliquent au présent arbitrage prévoient clairement que les arbitres peuvent exiger un cautionnement pour les dépens du défendeur. Cela relève clairement de leur compétence. La Cour ne devrait pas, si ce n'est en cas de nécessité et lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire peut être prise, se prononcer sur la question du cautionnement lorsqu'il est plus facile pour les arbitres de le faire. Je citerai ici une partie de la décision que lord Mustill a rendue dans l'affaire *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.), à la page 470:

[TRADUCTION] À mon avis, il est clair que l'approche adoptée par le tribunal national en ce qui concerne l'octroi d'une mesure provisoire devrait dépendre dans une large mesure du point jusqu'auquel la mesure en cause empiète sur la convention selon laquelle les arbitres seront les seuls à statuer sur le fond de l'affaire.

À première vue, cette approche générale peut sembler ne pas nuire à la demande présentée par Coppée étant donné qu'une ordonnance relative au cautionnement pour dépens n'a pas pour effet d'adjuger au préalable quelque chose qu'il incombe aux arbitres d'adjuger et n'exige pas une appréciation préliminaire du bien-fondé de l'affaire. Pourtant, d'une certaine façon, pareille ordonnance empiète sur la conven-

for the order is almost invariably accompanied by a condition, such as was imposed in the present case, that until security is provided the arbitration will be stayed. Thus, notwithstanding that the parties have agreed that the claimant can and must submit his claim to arbitration, that art II of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), UN Treaty Series (1959) 330 (see Mustill and Boyd *Commercial Arbitration* (2nd edn., 1989) App 2, p 725) requires the United Kingdom to recognise and enforce the agreement, and that *Bermer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp* [1981] 1 All ER 289, [1981] AC 909 put beyond doubt the general principle that the English court has no power to interfere directly with the conduct of the reference, an order for security will prohibit the claimant from proceeding with a validly constituted arbitration until he has put up the security, and will (if he is unable or unwilling to do so) prevent him from pursuing his claim at all. This is a powerful countervailing factor. I do not say that it is conclusive, for there are many international arbitrations in which it is, and may properly continue to be, the practice to make such orders. But I believe that in any case which is out of the ordinary the court should pause and look carefully for considerations which point the other way; and, in particular, should have regard to the particular type of arbitration in the course of which the application is brought.

Lords Keith, Slynn and Woolf went so far as to say that even though the Court had the jurisdiction, statutory and inherent, to award security for costs, that order should be made only in exceptional cases (pages 452, 471 and 476). This is not an exceptional case.

[20] The second reason for denying security for costs of the arbitration is that I doubt that this Court's capacity to award security for costs, set out in rules 415 and 416 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], goes beyond security for costs for proceedings in the Federal Court. Subsection 416(1) refers to a motion by a defendant to obtain security for costs and that rule 415 extends the availability of security for costs "to parties bringing and defending counterclaims and third party claims, to applicants and respondents in an application and to appellants and respondents in an appeal". There is nothing in the *Federal Court Rules, 1998* which extend the benefit of security for costs to a party going off to arbitrate

tion d'arbitrage d'une manière beaucoup plus fondamentale que ce dont il a déjà été fait mention; en effet, l'ordonnance est presque toujours assortie d'une condition, comme celle qui a été imposée en l'espèce, à savoir que tant que le cautionnement ne sera pas fourni, l'arbitrage sera suspendu. Par conséquent, même si les parties ont convenu que le réclamant peut et doit soumettre sa demande à l'arbitrage, même si l'article II de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958), Recueil des traités des Nations Unies (1959) 330 (voir Mustill and Boyd *Commercial Arbitration* (2<sup>e</sup> éd., 1989) app 2, p 725) exige que le Royaume Uni reconnaisse et exécute la convention et même si le jugement *Bermer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp* [1981] 1 All ER 289, [1981] AC 909, établit clairement le principe général selon lequel le tribunal anglais n'est pas autorisé à intervenir directement dans la conduite du renvoi, une ordonnance de cautionnement empêchera le réclamant de procéder à un arbitrage valide tant qu'il n'aura pas fourni un cautionnement et l'empêchera complètement (s'il n'est pas en mesure de le fournir ou s'il ne veut pas le fournir) de poursuivre sa demande. Cela constitue un élément contraire important. Je ne dis pas que cet élément est concluant, car il y a de nombreux arbitrages internationaux dans lesquels pareilles ordonnances sont habituellement rendues et peuvent continuer à l'être, et ce, à juste titre. Cependant, je crois que dans toute affaire inhabituelle, le tribunal devrait s'arrêter à la question et examiner minutieusement les considérations contraires et en particulier tenir compte du genre particulier d'arbitrage dans le cadre duquel la demande est présentée.

Lords Keith, Slynn et Woolf sont allés jusqu'à dire que même si le tribunal a une compétence, légale et inhérente, pour accorder un cautionnement pour dépens, l'ordonnance ne devrait être rendue qu'exceptionnellement (pages 452, 471 et 476). Or, il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel.

[20] La deuxième raison pour laquelle il convient de refuser d'accorder un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage est que je doute que la capacité de cette Cour d'accorder, à l'égard des dépens, un cautionnement comme le prévoient les règles 415 et 416 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] s'étend à autre chose qu'un cautionnement pour les dépens d'une instance engagée devant la Cour fédérale. Le paragraphe 416(1) parle de la requête que le défendeur présente en vue d'obtenir un cautionnement pour les dépens et la règle 415 permet l'octroi d'un cautionnement pour les dépens «au demandeur et au défendeur dans une demande, à l'appelant et à l'intimé dans un appel, ainsi qu'aux parties dans une demande

unless, as in the case of the plaintiff, there is some asset in the jurisdiction to move against and thereby obtain security for costs. Here I would also note that while the English courts seem routinely to give security for costs of an arbitration, that is pursuant to specific legislation, namely subsection 12(6) of the *Arbitration Act, 1950* [U.K., 1950, c. 27]. I was not referred to any equivalent Canadian legislation. There is no provision in the Canadian *Commercial Arbitration Act*. The *Commercial Arbitration Code*, which is given force by the *Commercial Arbitration Act*, only refers to interim protection: I do not take this, in itself, to give jurisdiction to the Federal Court to award security for costs in an arbitration.

[21] Third, I do not see a demonstrated need for security for costs in the present instance. Certainly there is nothing in the affidavit material. The Court of Appeal considered security for costs of arbitration in *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445. Among the factors which induced the Court to allow the appeal for security for costs were the expected high cost of the arbitration by reason of complex technical issues which might only be investigated and arbitrated at great expense and the fact that if the party seeking security was successful, it might, because of the other's clear precarious financial position, be at risk in being able to collect costs at the end of the day. There is not that sort of evidence in the present instance.

[22] Finally, there is the question of whether I may attach any conditions to the stay that I must, by reason of Article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, grant in the present instance.

reconventionnelle et une mise en cause». Aucune disposition des *Règles de la Cour fédérale (1998)* ne confère le bénéfice d'un cautionnement pour dépens à la partie qui se présentera à l'arbitrage à moins que, comme c'est ici le cas pour la demanderesse, il n'existe dans le ressort un actif qui puisse en faire l'objet et qui permette ainsi l'octroi de pareil cautionnement. Je ferai ici remarquer que même si les tribunaux anglais semblent régulièrement accorder un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage, ils le font conformément à des dispositions législatives précises, à savoir le paragraphe 12(6) de l'*Arbitrage Act, 1950* [(R.-U.), 1950, ch. 27]. Or, on ne m'a reporté à aucune disposition législative canadienne équivalente. La *Loi sur l'arbitrage commercial* canadienne ne renferme aucune disposition de ce genre. Le *Code d'arbitrage commercial*, qui a pris effet par suite de l'adoption de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, parle uniquement d'une mesure provisoire ou conservatoire: je ne considère pas que cela a en soi pour effet de conférer à la Cour fédérale la compétence voulue pour accorder un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage.

[21] Troisièmement, je ne puis voir pourquoi il est nécessaire d'avoir un cautionnement pour dépens dans ce cas-ci. À coup sûr, il n'y a rien dans les affidavits. La Cour d'appel a examiné la question de l'octroi d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage dans l'arrêt *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445. Parmi les facteurs qui ont amené la Cour à accueillir l'appel relatif au cautionnement pour dépens, il y avait le fait que les dépens de l'arbitrage devaient être élevés, en raison de questions techniques complexes qui pourraient uniquement être examinées et tranchées à grands frais, et le fait que si la partie qui demandait le cautionnement avait gain de cause, elle pourrait, à cause de la situation financière clairement précaire de l'autre partie, avoir en fin de compte de la difficulté à recouvrer les dépens. Or, en l'espèce, il n'existe aucune preuve de ce genre.

[22] Enfin, il y a la question de savoir si je puis assortir de conditions la suspension que je dois accorder en l'espèce, en raison de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial*.

[23] The Federal Court of Appeal in *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 F.C. 662, pointed out that “once a reference to arbitration has been made, there is no residual discretion in the court to refuse to stay all proceedings between the parties to the arbitration even though there may be particular issues between them not subject of the arbitration” (pages 674-675). Counsel for the plaintiff submits that this passage means that once there is a reference to arbitration I may not attach conditions to any stay, such as a condition for the provision of security for the costs of the arbitration. This interpretation is consistent with *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd’s Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)), a decision of Mr. Justice Sheen who points out that when the Court is required to stay a proceeding by reason of the *Arbitration Act 1975* [(U.K.), 1975, c. 3], which provides for a mandatory stay subject to the same sort of conditions as are set out in Article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, “it is not open to the Court to impose conditions upon which that stay is ordered.” (page 275). There is a similar passage in the 21st edition of *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 1997, at pages 331-332:

**The imposition of conditions.** In *John Mowlem & Co. plc. v. Carleton Gate Development Co. Ltd.*, (51 Build. L.R. 104) the judge indicated that he would exercise his discretion to grant a stay only subject to the condition that the arbitration should be legally qualified and have knowledge of the building industry. As the court does not have discretion under section 9 of the Arbitration Act 1996, this decision would not be followed.

[24] From all of this it is clear that I may not make the stay conditional upon the posting of security for costs of the arbitration. Further, while there is no material before me to show the necessity of security for costs of the arbitration, the arbitrators themselves would appear to have the discretion to order security for the costs of the arbitration if it were appropriate in their view.

[25] In the result, there will be no security for costs of the arbitration. Security for costs of this proceeding may stand upon a different footing.

[23] Dans l’arrêt *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662, la Cour d’appel fédérale a souligné qu’«une fois le renvoi à l’arbitrage prononcé, la Cour n’a aucun pouvoir discrétionnaire résiduel pour refuser de suspendre toutes les procédures entre les parties à l’arbitrage, bien qu’il puisse y avoir entre elles certains points litigieux qui ne sont pas soumis à l’arbitrage» (pages 674 et 675). L’avocat de la demanderesse soutient que ce passage veut dire qu’une fois qu’il y a renvoi à l’arbitrage, je ne puis assortir une suspension de conditions comme la remise d’un cautionnement pour les dépens de l’arbitrage. Cette interprétation est conforme à la décision *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd’s Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)), rendue par M. le juge Sheen, qui souligne que lorsque le tribunal est tenu de suspendre une procédure en raison de l’*Arbitration Act 1975* [(R.-U.), 1975, ch. 3], qui prévoit la suspension obligatoire aux mêmes conditions que celles qui sont énoncées à l’article 8 du *Code d’arbitrage commercial*, [TRADUCTION] «il n’est pas loisible au tribunal d’imposer les conditions auxquelles la suspension est ordonnée» (page 275). Il existe un passage similaire dans la 21<sup>e</sup> édition de *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 1997, aux pages 331 et 332:

[TRADUCTION] **L’imposition de conditions.** Dans *John Mowlem & Co. plc. v. Carleton Gate Development Co. Ltd.*, (51 Build. L.R. 104), le juge a dit qu’il exercerait le pouvoir discrétionnaire qu’il possède en vue d’accorder une suspension uniquement à condition que l’arbitre ait légalement qualité et connaisse l’industrie du bâtiment. Étant donné que la Cour n’a pas de pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 9 de l’Arbitration Act 1996, cette décision ne serait pas suivie.

[24] Il est donc clair que je ne puis assortir la suspension d’une condition prévoyant la remise d’un cautionnement pour les dépens de l’arbitrage. En outre, je ne dispose d’aucun élément montrant qu’il est nécessaire d’avoir pareil cautionnement, mais les arbitres eux-mêmes sembleraient avoir le pouvoir discrétionnaire d’ordonner que pareil cautionnement soit fourni si à leur avis il est opportun de le faire.

[25] Par conséquent, aucun cautionnement ne sera accordé à l’égard des dépens de l’arbitrage. Le cautionnement pour les dépens de la présente instance repose peut-être sur un fondement différent.

Security for the Costs of this Action

[26] The defendant seeks security for costs in this Federal Court action, being the annual cost of security at \$4,256, which I take to be an American dollar figure and legal costs to date in Vancouver, at \$7,000, which would seem to be a solicitor and client cost figure in American dollars.

[27] The chance of this Federal Court action, once stayed at the plaintiff's request, ever proceeding, given the New York arbitration, is infinitesimal. If the defendant is entitled to costs and is ever to recoup costs it must be now, as an interim measure of protection.

[28] I do not accept the plaintiff's position that the lack of proper procedure is a bar to the defendant obtaining interim relief or protection by way of an incidental request brought on the occasion of the plaintiff's motion for a stay. The plaintiff refers to *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309 (B.C.C.A.), for the proposition that all interim measures of protection require appropriate steps in the Court and the correct and exact use of the Court's procedure. From this the plaintiff submits that the failure to seek costs in the Federal Court action, by a motion, is fatal. I do not read that much into *Silver Standard*. *Silver Standard* is an example of how interim protection may be obtained using the Court's procedure, there the garnishing process, but the case does not establish that interim protection may only be obtained by strict compliance with procedural requirements when justice requires that there should be some procedural flexibility.

[29] The defendant's request for the costs of this Federal Court action to date, as interim relief, does not

Le cautionnement pour les dépens de la présente action

[26] Le défendeur sollicite un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, soit le coût annuel du cautionnement, de 4 256 \$, montant qui est exprimé, si je comprends bien, en dollars américains, et les frais juridiques engagés à ce jour à Vancouver, qui sont de 7 000 \$, montant qui semble représenter les dépens, en dollars américains, sur la base avocat-client.

[27] Les chances que la présente action, une fois qu'elle sera suspendue comme le voudrait la demanderesse, soit poursuivie compte tenu de l'arbitrage à New York, sont infimes. Si le défendeur a droit aux dépens et s'il doit recouvrer ces dépens, ce doit être maintenant, à titre de mesure provisoire ou conservatoire.

[28] Je ne retiens pas la position de la demanderesse selon laquelle l'absence de procédure appropriée empêche le défendeur d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire au moyen d'une demande accessoire présentée dans le cadre de la requête en suspension. La demanderesse cite la décision *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309 (C.A.C.-B.), à l'appui de la proposition selon laquelle toutes les mesures provisoires ou conservatoires exigent que des démarches appropriées soient faites devant la Cour et que la procédure de la Cour soit suivie d'une façon régulière et exacte. Cela étant, la demanderesse soutient que l'omission de demander les dépens au moyen d'une requête dans l'action intentée devant la Cour fédérale est fatale. Ce n'est pas ainsi que j'interprète la décision *Silver Standard*. La décision *Silver Standard* est un exemple de la façon dont une mesure provisoire ou conservatoire peut être obtenue au moyen de la procédure de la Cour, soit dans ce cas-là une procédure de saisie-arrêt, mais cette décision n'établit pas que la mesure provisoire ou conservatoire peut uniquement être obtenue au moyen de l'observation stricte des exigences procédurales lorsque la justice exige une certaine souplesse sur le plan de la procédure.

[29] Le fait que le défendeur sollicite à titre de mesure provisoire les frais engagés à ce jour dans

catch the plaintiff by surprise, for it is well set out in the defendant's material. That the defendant has not brought a separate motion for relief is perhaps improper, but not fatal, for rule 3 of the *Federal Court Rules, 1998* sets out the basic philosophy of the Rules, that they should be interpreted and applied to secure a just, expeditious and inexpensive result.

[30] Nor is the matter of the Federal Court costs necessarily a bar to or a clog on either the stay in favour of arbitration or the arbitration itself.

[31] The amount of costs claimed are small and smaller still if one looks at what might realistically be taxed and sets a lump sum. That is what I propose to do, for there is no point in having counsel spend many hours preparing for and attending on a taxation.

[32] This action was commenced in mid-September. No defence has been filed. While time has likely been spent negotiating and putting in place security and obtaining the release of the *Tavros*, those are not taxable items under Tariff B of the *Federal Court Rules, 1998*.

[33] While the success on this motion has been to some degree mixed and here I would note that the defendant does not oppose the stay, for the defendant merely seeks interim protection, I am not prepared to award costs of the motion to the plaintiff. The plaintiff has, in a sense, used the Court as a collection agency and having achieved its ends, moved on to another jurisdiction. This is not an improper approach, but neither is it one that ought to be rewarded. Thus the costs of the present motion are to the defendant, in the amount of \$750.

[34] The expense of providing security is a proper taxable item (see *Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274 (C.A.), at page 276), at US \$4,256 for a year. It would be overly optimistic to

l'action intentée devant la Cour fédérale ne prend pas la demanderesse par surprise, car la chose est énoncée d'une façon claire dans les documents du défendeur. Il n'était peut-être pas approprié pour le défendeur de ne pas présenter une requête distincte en vue d'obtenir une mesure, mais cela n'est pas fatal, car la règle 3 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* énonce la philosophie fondamentale des Règles, à savoir qu'elles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[30] La question des dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale ne fait pas non plus nécessairement obstacle à la suspension en faveur de l'arbitrage ou à l'arbitrage lui-même.

[31] Le montant des dépens réclamés est peu important et moins élevé encore si l'on tient compte de ce qui pourrait en réalité être taxé; il s'agit d'une somme forfaitaire. Voici ce que je me propose de faire, car il ne sert à rien de demander aux avocats de consacrer beaucoup de temps à se préparer aux fins d'une taxation et à y assister.

[32] Cette action a été intentée à la mi-septembre. Aucune défense n'a été déposée. On a probablement passé du temps à négocier et à organiser un cautionnement et à obtenir la mainlevée de la saisie du *Tavros*, mais ces éléments ne sont pas taxables en vertu du tarif B des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[33] Cette requête ayant dans une certaine mesure plus ou moins porté fruit, et je ferai ici remarquer que le défendeur ne s'oppose pas à la suspension car il sollicite simplement une mesure provisoire ou conservatoire, je ne suis pas prêt à adjuger les dépens de la requête à la demanderesse. La demanderesse a dans un certain sens utilisé la Cour comme agence de recouvrement; étant arrivée à son but, elle s'est adressée à un autre ressort. Cette approche peut être adoptée, mais elle ne devrait pas être encouragée. Par conséquent, les dépens de la présente requête, d'un montant de 750 \$, sont adjugés au défendeur.

[34] Les dépenses engagées en vue de fournir un cautionnement constituent un élément à juste titre taxable (voir *Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274 (C.A.), à la page 276), à 4 256 \$US

think that the arbitration might be completed in a year: that would likely be the exception, not the norm. Thus, as interim protection, I allow the defendants US\$8,512 as the cost of security. That sum can always be adjusted after the fact if only one year's security is required.

[35] The defendant shall have its costs of providing the security and the lump sum which I have awarded for this motion. Converting the cost of security in the form of a bank guarantee to Canadian dollars at today's rate and adding in the \$750 award in the costs of this motion the total is \$13,262.64. That the defendant shipowner has been awarded this sum of costs is not a condition of the stay. Nor is payment of the award a condition of this stay. It will be up to the defendant to collect its costs as best it may.

#### CONCLUSION

[36] That the plaintiff is able to obtain security for its claim and legal expenses and to transfer that security to the benefit of the outcome of the New York arbitration, and the defendant is not, is perhaps unfortunate but not unfair. It merely happens that the defendant had an asset in this jurisdiction and was thus vulnerable to the arrest and to the forcing of security. The plaintiff was not similarly vulnerable.

[37] While the defendant may not take any security from this jurisdiction to the New York arbitration, it may have the costs of this Federal Court action. That is an equitable resolution, one that does no violence to the principle in *Nanisivik Mines (supra)* for such costs are an interim measure of protection within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code* and do not in any way impose on either the stay of the Federal Court action or on the ability of the arbitrators to proceed.

pour une période d'un an. On ne saurait espérer que l'arbitrage pourrait prendre moins d'un an: cela constituerait probablement l'exception plutôt que la norme. Par conséquent, à titre de mesure provisoire ou conservatoire, j'adjuge aux défendeurs une somme de 8 512 \$US à l'égard des frais de cautionnement. Cette somme peut toujours être rajustée après coup si un cautionnement est nécessaire pour une période d'un an seulement.

[35] Le défendeur aura droit aux frais qu'il a engagés en vue de fournir un cautionnement et à la somme forfaitaire que j'ai adjugée pour cette requête. Si l'on transforme les frais de cautionnement en une garantie bancaire exprimée en dollars canadiens au taux actuel et si l'on ajoute la somme de 750 \$ à l'égard des dépens de la requête, on obtient un total de 13 262,64 \$. Le fait que le propriétaire du navire défendeur s'est vu adjuger cette somme à l'égard des dépens ne constitue pas une condition de la suspension. De plus, le paiement de la somme adjugée ne constitue pas non plus une condition de la suspension. Il incombera au défendeur de recouvrer ses frais comme il le pourra.

#### CONCLUSION

[36] Il est peut-être malheureux que la demanderesse puisse obtenir un cautionnement à l'égard de sa demande et de ses frais juridiques et transférer ce cautionnement au profit du résultat de l'arbitrage qui a lieu à New York alors que le défendeur ne peut pas le faire, mais cela n'est pas inéquitable. Le défendeur avait un actif dans ce ressort et il risquait donc d'être assujéti à une saisie et d'être obligé de fournir un cautionnement. La demanderesse n'était pas aussi vulnérable.

[37] Le défendeur ne peut pas transférer un cautionnement de ce ressort à New York, où a lieu l'arbitrage, mais il peut obtenir les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale. Il s'agit d'une solution équitable, qui ne fait pas violence au principe énoncé dans la décision *Nanisivik Mines (supra)* car l'octroi de pareils dépens constitue une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial* et n'influe aucunement sur la suspension de l'action intentée devant la Cour fédérale ou sur la capacité d'agir des arbitres.



T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(Plaintiff)

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship  
"Tavros" and Passport Maritime S.A. (Defendants)**

**INDEXED AS: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
v. TAVROS (THE) (T.D.)**

Trial Division, Pinard J.—Vancouver, December 20;  
Ottawa, December 23, 1999.

*Maritime law — Practice — Arbitration — On motion for stay of Federal Court action for breach of charter party in favour of arbitration at New York, Prothonotary granted stay but awarded defendant shipowner costs of action as "interim protection" — Appeal by way of motion from part of order awarding costs against plaintiff — Interim protection within Commercial Arbitration Code, Art. 9 not permitting costs to be awarded in advance, without determination on merits — Such award payment, not "interim", and not "protective" in nature.*

*Practice — Costs — On motion for stay of action for breach of charter party in favour of arbitration, Prothonotary granted stay but awarded defendant shipowner costs of action as "interim protection" — Appeal by way of motion from part of order awarding costs against plaintiff — Defendant did not seek costs of action at any stage of hearing — Prothonotary erred in awarding costs when action not finally determined, and in awarding costs not sought or spoken to by defendant.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Commercial Arbitration Code, being Schedule to the Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, Arts. 8, 9.*

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(demanderesse)

c.

**Les propriétaires et toutes les autres personnes  
ayant un droit sur le navire «Tavros» et Passport  
Maritime S.A. (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
c. TAVROS (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Pinard—  
Vancouver, 20 décembre; Ottawa, 23 décembre 1999.

*Droit maritime — Pratique — Arbitrage — À la suite de la présentation d'une requête visant à faire suspendre une action intentée devant la Cour fédérale par suite de la violation d'une charte-partie en faveur d'un arbitrage à New York, le protonotaire avait accordé la suspension, mais il avait adjugé au propriétaire du navire défendeur les dépens de l'action à titre de «mesure conservatoire provisoire» — Appel par voie de requête de la partie de l'ordonnance par laquelle les dépens étaient adjugés contre la demanderesse — La mesure conservatoire provisoire prévue à l'art. 9 du Code d'arbitrage commercial ne permet pas que les dépens soient adjugés à l'avance sans qu'il soit statué au fond sur l'affaire — L'adjudication n'a rien de «provisoire» et n'est pas de nature «conservatoire»; il s'agit d'un paiement.*

*Pratique — Frais et dépens — À la suite de la présentation d'une requête visant à faire suspendre une action en raison de la violation d'une charte-partie en faveur d'un arbitrage, le protonotaire avait accordé la suspension, mais il avait adjugé au propriétaire du navire défendeur les dépens de l'action à titre de «mesure conservatoire provisoire» — Appel par voie de requête de la partie de l'ordonnance par laquelle les dépens étaient adjugés contre la demanderesse — La défenderesse n'avait pas sollicité les dépens de l'action à un stade quelconque de l'audience — Le protonotaire a commis une erreur en adjugeant les dépens alors que l'action n'avait pas été menée à terme et en adjugeant des dépens que la défenderesse ne sollicitait pas ou dont elle ne parlait pas.*

LOIS ET RÉGLEMENTS

*Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe de la Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 8, 9.*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147; 26 C.P.R. (3d) 461; 103 N.R. 237 (F.C.A.); *Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 S.C.R. 617; (1997), 148 D.L.R. (4th) 217; 213 N.R. 228; *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

APPEAL by way of motion from portion of Prothonotary's order awarding costs against plaintiff. Motion allowed.

## APPEARANCES:

*H. Peter Swanson* for plaintiff.  
*Doug G. Morrison* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Campney, Murphy*, Vancouver, for plaintiff.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, for defendants.

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

[1] PINARD, J.: This is an appeal by the plaintiff seeking to overturn a portion of the order of the Prothonotary dated November 5, 1999 [[2000] 2 F.C. 427 (T.D.)] in which the Prothonotary awarded costs against the plaintiff, "as interim protection", following a successful stay of proceedings application by the plaintiff. The Prothonotary's order reads as follows:

## THIS COURT ORDERS that

This action is stayed pending the conclusion of New York arbitration. The Defendants may have, as interim protection, the costs and disbursements of this action which, including a lump sum of \$750 on this motion, are set at the lump sum of \$13,262.64.

[2] When the application for a stay of proceedings was heard before the Prothonotary on October 18, 1999, the defendant Passport Maritime S.A. (the

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Lubrizol Corp. c. Cie pétrolière impériale Ltée* (1989), 27 C.I.P.R. 147; 26 C.P.R. (3d) 461; 103 N.R. 237 (C.A.F.); *Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 R.C.S. 617; (1997), 148 D.L.R. (4th) 217; 213 N.R. 228; *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

APPEL par voie de requête de la partie d'une ordonnance par laquelle le protonotaire adjugeait les dépens contre la demanderesse. Requête accueillie.

## ONT COMPARU:

*H. Peter Swanson* pour la demanderesse.  
*Doug G. Morrison* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney, Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE PINARD: Il s'agit d'un appel que la demanderesse a interjeté en vue de faire annuler une partie de l'ordonnance du 5 novembre 1999 [[2000] 2 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.)] dans laquelle le protonotaire avait adjugé les dépens contre elle «à titre de mesure conservatoire provisoire» après que la demande qu'elle avait présentée en vue de faire suspendre l'instance eut été accueillie. L'ordonnance du protonotaire se lit comme suit:

## CETTE COUR ORDONNE CE QUI SUIT:

Cette action est suspendue en attendant la conclusion de l'arbitrage à New York. Les défenderesses auront droit, à titre de mesure conservatoire provisoire, aux dépens et débours de l'action, lesquels, y compris une somme forfaitaire de 750 \$ accordée à l'égard de la présente requête, sont fixés à 13 262,64 \$.

[2] Lorsque la demande visant à la suspension de l'instance a été entendue devant le protonotaire le 18 octobre 1999, la défenderesse Passport Maritime

defendant) sought either security for its claim in the New York arbitration or alternatively, security for costs of this proceeding including the costs of the security. The defendant defined the issue before the Court in its reply submissions as follows:

#### POINTS IN ISSUE

1. Whether the Court should order, as a condition of granting the stay of proceedings, that the Plaintiff provide security for the award sought by the Defendants in the United States arbitration proceedings and/or security for the costs incurred by the Plaintiff in these proceedings, including the costs of the security the Plaintiff has forced the Defendant to provide.

[3] In the same document, the defendant sought the following order:

#### ORDER SOUGHT

The Defendants seek an Order that, as a condition of this Court's granting a stay in the proceedings before it, the Plaintiff provide security to the Defendants:

(a) in respect of the Defendant's claim in the United States arbitration proceedings;

(b) in the alternative, for costs the Defendants have incurred in proceedings before this Court, including the cost of the security the Plaintiff has forced the Defendants to provide;

[4] It appears, therefore, that the defendant did not seek costs at any stage of the hearing and certainly not the costs of the action. Rather the defendant sought three different types of security as "interim protection".

[5] It is clear from the Prothonotary's reasons in support of his decision that he intended to grant the costs and the disbursements of the within action to the defendant as "interim protection" within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*, Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.),

S.A. (la défenderesse) a demandé un cautionnement à l'égard de la demande qu'elle avait présentée dans le cadre de l'arbitrage, à New York, ou subsidiairement un cautionnement pour les dépens de la présente instance, y compris les frais liés au cautionnement. Dans les observations qu'elle a présentées en réponse, la défenderesse a défini comme suit la question dont la Cour était saisie:

[TRADUCTION]

#### POINTS LITIGIEUX

1. La Cour devrait-elle ordonner à la demanderesse, comme condition de l'octroi d'une suspension de l'instance, de fournir un cautionnement à l'égard du montant demandé par les défenderesses dans la procédure d'arbitrage qui a lieu aux États-Unis ou un cautionnement pour les dépens engagés par la demanderesse dans la présente instance, y compris les frais liés au cautionnement que la demanderesse a obligé la défenderesse à fournir?

[3] Dans le même document, la défenderesse a sollicité l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION]

#### ORDONNANCE SOLLICITÉE

Les défenderesses sollicitent une ordonnance portant que, comme condition de l'octroi d'une suspension de l'instance dont cette Cour est ici saisie, la demanderesse doit leur fournir un cautionnement;

a) à l'égard de la demande qu'elles ont présentée dans la procédure d'arbitrage, aux États-Unis;

b) subsidiairement, à l'égard des dépens qu'elles ont engagés dans l'instance dont cette Cour est ici saisie, y compris les frais liés au cautionnement que la demanderesse les a obligées à fournir;

[4] Il semble donc que la défenderesse n'ait pas sollicité les dépens à un stade quelconque de l'audience et certainement pas les dépens de l'action. La défenderesse a plutôt sollicité trois types différents de cautionnement à titre de «mesure conservatoire provisoire».

[5] Il ressort clairement des motifs que le protonotaire a prononcés à l'appui de sa décision qu'il voulait adjuger à la défenderesse les dépens et débours relatifs à la présente action «à titre de mesure conservatoire provisoire» au sens de l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe de la *Loi sur*

c. 17, which reads:

*Article 9*

. . .

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

[6] In his reasons, the Prothonotary also states, at paragraph 35 [page 444]:

The defendant shall have its costs of providing the security and the lump sum which I have awarded for this motion . . . . It will be up to the defendant to collect its costs as best it may.

[7] In my view, the impugned order ought to be set aside on the ground that it does not grant the interim protection provided for in Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*. I agree with the plaintiff's submission that interim protection is "interim" in that it is something done pending final determination of the issues on the merits. It is protection, not payment. Here, the Prothonotary awarded costs to be collected now, without any determination whatsoever on the merits. There is no opportunity to alter this award. There is nothing "interim" about the award, and it is not "protective" in nature—it is payment.

[8] In addition, I find that the Prothonotary erred in awarding costs of the action when the action had not been concluded or finally determined, and in awarding costs which were not sought or spoken to by the Defendant (see *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147 (F.C.A.); and *Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 S.C.R. 617).

[9] It appears, therefore, that costs were wrongly awarded to the unsuccessful party (see *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065 (C.A.)).

*l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, lequel se lit comme suit:

*Article 9*

[. . .]

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

[6] Dans ses motifs, le protonotaire dit également ceci, au paragraphe 35 [page 444]:

Le défendeur aura droit aux frais qu'il a engagés en vue de fournir un cautionnement et à la somme forfaitaire que j'ai adjugée pour cette requête [. . .] Il incombera au défendeur de recouvrer ses frais comme il le pourra.

[7] À mon avis, l'ordonnance contestée devrait être infirmée pour le motif qu'elle ne prévoit pas l'octroi de la mesure conservatoire provisoire prévue à l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*. Je souscris à l'argument de la demanderesse selon lequel une mesure conservatoire provisoire est «provisoire» en ce sens que quelque chose est fait en attendant le règlement final des questions au fond. Il s'agit d'une mesure de protection et non d'un paiement. Dans ce cas-ci, le protonotaire a adjugé les dépens qui doivent être recouverts maintenant, sans aucunement statuer sur le bien-fondé de l'affaire. Il n'existe aucune possibilité de modifier cette adjudication. L'adjudication n'a rien de «provisoire» et elle n'est pas de nature «conservatoire»; il s'agit d'un paiement.

[8] De plus, je conclus que le protonotaire a commis une erreur en adjugeant les dépens de l'action alors que celle-ci n'avait pas été menée à terme ou qu'elle n'avait pas été réglée d'une façon définitive, et en adjugeant des dépens que la défenderesse ne sollicitait pas ou dont la défenderesse ne parlait pas (voir *Lubrizol Corp. c. Cie pétrolière impériale Ltée* (1989), 27 C.I.P.R. 147 (C.A.F.); et *Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 R.C.S. 617).

[9] Il semble donc que les dépens aient été erronément adjugés à la partie déboutée (voir *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.)).

[10] For all the above reasons, the motion is granted and the portion of the order of the Prothonotary awarding the defendants costs and disbursements of the action as interim protection is set aside. Costs of this motion are adjudicated in favour of the plaintiff.

[10] Pour ces motifs, la requête est accueillie et la partie de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a adjugé les dépens et débours de l'action aux défendresses à titre de mesure conservatoire provisoire est infirmée. Les dépens de cette requête sont adjugés à la demanderesse.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application for judicial review of respondent's decision authorizing disclosure of records in response to access to information request sent to Canadian Food Inspection Agency concerning some facility inspection reports—Applicants objecting to disclosure of reports in question, citing exemptions prescribed in Access to Information Act, s. 20(1)(c),(d)—Whether disclosure of requested records and information should be refused pursuant to provisions cited—Disclosure general rule and exemption exception—Burden on persons claiming exemption to prove entitlement—Disputed reports, periodic dating back one to three years and strictly concerned with state of facility visited, not quality of product found therein—Access to information should not be prohibited solely because information might be unfavourable to persons concerned—Merit in avoiding risk of suppression of legitimate comment outweighs risk of wrongful comment—No real basis in evidence for applicants' straightforward statements as to financial consequences of disclosure of information and impact on competitive position, or consequences of such disclosure on future contracts—Mere conjecture failing to meet test of "reasonable expectation of probable harm"—Applicants failed to discharge onus of establishing documents requested under Act contain type of information covered in s. 20(1)(c), (d)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20.

COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DU QUÉBEC V. CANADA (AGRICULTURE AND AGRI-FOOD) (T-1798-98, Pinard J., judgment dated 7/1/00, 12 pp.)

Application for judicial review of Minister of Industry Canada's withholding of information on basis of various exemptions under Act, s. 21(1)(a) (advice or recommendations developed by or for government institution or minister of Crown)—Minister refused to disclose percentage weightings assigned to evaluation criteria used to assess certain proposals received by respondent—Application allowed—*Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D.) applied as to

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

standard of review applicable to Minister's refusal to disclose information: while Court required to review Minister's decision on standard of correctness, certainly appropriate to have regard to report and recommendations of Information Commissioner—Court should not attempt to exercise discretion *de novo* but should look at surrounding circumstances and simply consider whether discretion appears to have been exercised in good faith and for some reasons rationally connected to purpose for which discretion granted: *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147 (T.D.); *affd* (1993), 154 N.R. 319 (C.A.)—On standard of correctness, weightings could appropriately be characterized as advice or recommendations developed by government institution for minister of Crown and thus within scope of Act, s. 21(1)(a)—Thus reasonably open to respondent to exercise discretion to exempt weightings from disclosure—In November 1996, nature of evaluation criteria and weightings changed from advice or recommendations to respondent to decisions of respondent—They then ceased to fall within ambit of Act, s. 21(1)(a) and thereafter continued to be outside ambit of provision at all subsequent relevant times—While weightings may have originated as advice or recommendations to respondent, they lost that character when respondent accepted advice or recommendations—When respondent did so, weightings became respondent's decisions and ceased to be advice or recommendations to him—If separate record of decision had been prepared, conclusion might have been different with respect to documents herein, but that scenario not before Court—Case of *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [1999] F.C.J. No. 1859 (T.D.) (Q.L.), where, on differing facts, percentage weightings found to be exempt as recommendations or advice, based on same reasoning as herein—Here, specific recommendation as to resolution of any policy debate surrounding appropriate weightings—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 21(1)(a).

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (MINISTER OF INDUSTRY) (T-394-99, Gibson J., order dated 14/1/00, 17 pp.)

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

Application for judicial review of decision of President of “Les Ponts Jacques-Cartier and Champlain Incorporées” refusing access to 1997 internal audit report prepared by firm Raymond Chabot Martin Paré—André Dauphinais, president of union representing employees of company in question, had asked respondent for copy of report—Respondent refused, relying on Access to Information Act, ss. 21 and 22—Information Commissioner recommended report be disclosed—Respondent refused to implement recommendation—Commissioner filed application for judicial review—Both Access to Information Act and case law placed onus on respondent to persuade Court report should not be disclosed—Report in question not plan—Under Act, s. 21(2) only report prepared by adviser or consultant officer or employee of government institution or member of minister’s staff excluded—Report prepared by private firm and thus escaping application of s. 21(1)—Report in question contained results of internal audit—Since results excluded from scope of s. 22, respondent cannot rely thereon to refuse disclosure—Respondent has failed to demonstrate in any way apprehended injury should herein document be disclosed—Has failed to demonstrate that exemptions under Act apply herein—Application allowed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 21, 22.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. PRESIDENT, PONTS JACQUES-CARTIER AND CHAMPLAIN INC. (T-732-99, Blais J., order dated 26/1/00, 14 p.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

Citizenship appeals—Practice—Appeals from Trial Division decision new Federal Court Rules, 1998 could not apply to citizenship appeals filed before new Rules came into effect (April 25, 1998)—Issue whether new Rules apply to appeals under Citizenship Act, s. 14(5) pending at time new Rules came into effect—Under old Rules (R. 912), citizenship appeals proceeded by way of trial *de novo*, while under new Rules (r. 300(c)), appeals treated as applications—Appeals dismissed—While r. 501(1) providing new Rules apply to all proceedings, including further steps taken in proceedings commenced before coming into force of new Rules, simply not possible, in practical terms, with respect to citizenship appeals, to reconcile new Rules with old ones and to continue under new Rules appeals launched under old ones—In these very unusual circumstances, Court must by necessity interpret transitional provisions “so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding in its merits” (r. 3)—Best way to make final determination by applying old Rules to appeals filed prior to April 25, 1998—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 912—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 300(c), 501(1)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14(5).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. KARIC (A-592-98, A-593-98, Décary J.A., judgment dated 1/3/00, 3 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Application for judicial review of IRB Appeal Division (Tribunal) decision applicant’s marriage primarily for purpose of permitting wife to gain admission to Canada as member of family class—Application allowed—Application of two-pronged test set out in *Horbas v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 359 (T.D.): marriage must have been entered into primarily for purpose of gaining admission into Canada as member of family class and, on balance of probabilities, must be no intention of permanent cohabitation—On second part of test, Tribunal simply concluded, without analysis, applicant failed to establish on balance of probabilities spouse had intention of residing permanently with him—On facts, Tribunal failed to take into account relevant evidence (upbringing, personality, education, lifestyle, relatives in Canada) before it and, in so doing, erred in reviewable manner.

MEELU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-841-99, Gibson J., order dated 7/1/00, 8 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Motion for costs—Applicant detained by respondent under warrant for arrest—Failed to appear on January 20, 1999 for interview to arrange removal from Canada—On February 2, 1999, adjudicator concluded applicant would not report for removal if released, continued detention of applicant—At time, applicant under probation order from Ontario Provincial Court requiring reporting to probation officer on periodic basis—Again determined on February 9, 1999 applicant should be detained for removal—Applicant seeking leave to commence judicial review of detention decisions of February 2 and 9, 1999—Deportation scheduled for February 25, 1999—Applicant sought, obtained order of Court staying deportation—Released from detention—Parties agreeing judicial review application moot—Issue remaining applicant’s claim for costs—Argument adjudicator, counsel for respondent, officials in enforcement branch simply made errors, were not acting in high-handed fashion not credible—Actions constituting gross negligence—Trial Division decisions in *Cuskic v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 232 and *Clarke v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 259 (making it illegal to issue notice to report to individual subject to probation order containing direction to report periodically to probation officer) cannot be ignored until confirmed by Federal Court of Appeal—Enforcement branch, adjudicator ignored law—Respondent’s counsel before adjudicator blatantly misinterpreted law—Circumstances constituting special reasons—Costs incurred all



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

arising as consequence of February 2, 1999 decision, within parameters of present proceeding—Order for costs in accordance with reasons.

RUSSELL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-800-99, Reed J., order dated 10/12/99, 9 pp.)

**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Claimants retained counsel with assistance of legal aid certificate—Hearing to take place on November 9, 1998—On October 23, 1998 counsel's assistant wrote to the Board indicating that counsel would be absent from office indefinitely on doctor's orders, requesting adjournment—Hearings officer refused adjournment—On November 5, assistant forwarding further letter explaining counsel no longer representing claimants, still ill, requesting adjournment—Request again denied—Claimants unable to retain another lawyer four days prior to hearing—Undoubtedly impossible to obtain further approval from Legal Aid in order to retain another counsel on such short notice—Hearing taking place as scheduled without benefit of counsel—Second member of panel excusing himself, apparently because not comfortable participating in hearing in English—Transcript suggesting because counsel writing to Tribunal in French, hearings officer expected matter would proceed in French—Report prepared by officer in charge of submitting complete files to Tribunal indicating as early as June 8, 1998 hearing in English requested—Not only could one of presiding members not proceed to hear matter because to be held in English, Tribunal not even having interpreter available who could handle English-French translation—Presiding member completely ignored own officer's instruction by not having competent panel in order to conduct hearing in English—Tribunal failed to provide claimants with any independent advice—Presiding member not advising claimants could refuse to proceed with refugee hearing since only one panel member available—No valid consent if claimant pressured into consenting or not understanding what doing: *Virk v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 140 N.R. 290 (F.C.A.)—Application allowed—Proceeding unfair, totally ignoring principles of natural justice.

KVELASHVILI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-907-99, Rouleau J., order dated 4/1/00, 11 pp.)

Judicial review of CRDD's determination applicant not Convention refugee—CRDD accepting applicant citizen of Nigeria, that feared persecution when fled Nigeria in 1998,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

but finding no longer had good grounds for fearing persecution because circumstances in Nigeria changing in ways sufficiently meaningful, effective, durable to render fear of persecution unreasonable—Application allowed—CRDD erred by relying upon unreported decision of another CRDD panel in another case in reaching conclusion about change in circumstances in Nigeria—No reference in course of hearing, or prior to decision, to earlier decision from which adopted reasoning—Applicant not given opportunity to comment—Finding of changed circumstances clearly finding of fact—Adopting reasoning of another panel in relation to crucial finding of fact warranting Court's intervention.

OSADOLOR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2239-99, MacKay J., order dated 20/1/00, 5 pp.)

*Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision, following assessment, refusing permanent residency with intended occupation as chemist—Issue whether applicant given meaningful opportunity herein to deal with concern expressed at interview by visa officer concerning circumstances surrounding letter of recommendation—Visa officer contacted employer (W. R. Grace and Co.) before interview, and human resources director stated applicant had worked for them as contract employee working in capacity of laboratory support for short time and that author of letter of recommendation had told him had not written letter of recommendation on Grace letterhead—Visa officer concerned letter might be fraudulent—Visa officer admitted did not provide applicant with opportunity to contact employer or author of letter of recommendation to clear up concerns—Visa officer felt letter fraudulent given applicant's answer and reaction (had no explanation) at interview—Also felt, given job description provided by employer, employment did not allow for applicant to be assessed as chemist—Assessed applicant 0 units for experience and 2 units for personal suitability—After interview, applicant contacted placement agency which provided letter confirming applicant had worked on assignment as analytical chemist for it, working for Grace—Also, author of letter of recommendation confirmed applicant had worked as chemist and had been mistaken in saying letter of reference not on employer letterhead—When applicant tried to present new evidence, was advised refusal of permanent residence final and no provisions for appeal—Application allowed—Two breaches of procedural fairness—Applicant should have been given specific notice of issue (suspicion letter of recommendation fraudulent) prior to interview—Should also have been given opportunity to clarify issue—Applicant mistakenly advised no jurisdiction to reconsider decision on account of new evidence—Immigration officer has power to reopen file when in interest of justice to do so: *Nouranidoust v. Canada*

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

(*Minister of Citizenship and Immigration*), [2000] 1 F.C. 123 (T.D.)—Principle should have been applied here.

ISLAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-22-99, Lemieux J., order dated 23/12/99, 10 pp.)

**COMPETITION**

In copyright action, motion to strike references to Competition Act, s. 32, practices mentioned therein on grounds such practices can only be prosecuted on information exhibited by Attorney General—S. 32 dealing with unduly limiting, restraining, injuring, preventing, lessening, etc. competition *inter alia*—Whether or not any of acts results in undue consequence can only be determined on information of Attorney General—S. 32 cannot, until court has found undue consequences, be used as defence, counterclaim in action respecting copyrights—Motion allowed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 32 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 18; S.C. 1990, c. 37, s. 29).

VOLKSWAGEN CANADA INC. V. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD. (T-319-98, Giles A.S.P., order dated 20/12/99, 3 pp.)

**COPYRIGHT****INFRINGEMENT**

Appeal from Trial Division decision ([1998] 3 F.C. 103) dismissing appellants' claims for copyright infringement—Appellants alleging respondent infringed copyright in Mangrove design, artistic work created in France by Claire Iles under name "Harmonie"—Respondent winning bid to supply carpet tiles at Calgary Airport—For carpet tile product, respondent copied Harmonie design, giving rise to litigation—Appellants registering Mangrove design under Industrial Design Act on November 6, 1990—Act then restricting industrial design protection to proprietors of designs, not recognizing assignees (as appellant Milliken was) as proprietors—Legislation changed in 1993 to allow assignees to register industrial designs as proprietors, also providing assignees could not bring infringement actions based on claims arising before amendments came into force—Copyright Act, new s. 64 brought into force on June 8, 1988, only potential source of copyright protection for work in question—If design created on or after June 8, 1988, new s. 64 applies, if before, former s. 64(1) continues to apply—If Harmonie work created as design prior to June 8, 1988, copyright protection not available, appeal could not succeed—On basis of adverse inference, Trial Judge concluded Harmonie work which appellants purchased from

**COPYRIGHT—Concluded**

Ms. Iles created prior to June 8, 1988—Trial Judge entitled to draw adverse inference, to conclude Harmonie work created prior to June 8, 1988—Work which appellants purchased from Ms. Iles on January 11, 1989 capable of registration under Industrial Design Act, used as pattern to be multiplied by industrial process—Therefore, Harmonie work design capable of being registered under Industrial Design Act, intended to be used as pattern to be multiplied by industrial process, not subject to copyright protection by operation of Copyright Act, s. 64(1) which applied to industrial designs created prior to June 8, 1988—Whether work design determined by application of relevant law—For work created prior to June 8, 1988, relevant law former s. 64(1), not new s. 64—On facts of case, resort to new s. 64 misplaced—Appellants ignoring words of definition of "design" in s. 64(1)—Finished article in definition of design need not be useful article—Appellants' argument on application of new s. 64 directed solely at avoiding clear intention of Parliament, expressed in s. 64(4), law prior to June 8, 1988 to continue to apply to designs created before that date—Trial Judge correct in concluding design in question not protected under Copyright Act by reason of Copyright Act, former s. 64(1)—Appeal dismissed—Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 64 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 11).

MILLIKEN & CO. V. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (CANADA) INC. (A-120-98, A-121-98, Rothstein J.A., judgment dated 26/1/00, 15 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada decision cost which appellant entitled to add to cumulative Canadian oil and gas property expense (COGPE) account under Income Tax Act, s. 66.4(5)(a),(b) nil—Taxpayer, Lone Rock Resources Ltd. Alberta corporations involved in oil and gas exploration—In January 1986, both corporations formed limited partnership—Numbered company designated general partner, Lone Rock limited partner—In September 1986, Lone Rock, wholly owned subsidiary of taxpayer, assigned to taxpayer all property, assets, business—Only asset of substance of Lone Rock 99.99% limited partnership interest in LRR Limited partnership—On September 29, 1986, Lone Rock dissolved—On September 30, 1986, taxpayer entered into distribution agreement with LRR Limited Partnership pursuant to which limited partnership transferred all assets to taxpayer—Assets included Canadian resource property having undisputed fair market value of \$12,276,297—

**INCOME TAX—Concluded**

Taxpayer submitting in order to acquire Canadian resource property from limited partnership, gave up interest as assignee of Lone Rock's limited partnership interest, such interest having fair market value of \$12,276,297—Appeal allowed [Robertson J.A. dissenting]—*Per* Rothstein J.A.: Reasons given by Tax Court Judge not reflecting words of Income Tax Act, s. 98(1)(a)—Provision simply stating partnership “deemed not to have ceased to exist until such time as all of the partnership property . . . has been distributed to the persons entitled by law to receive it”—Assignee interest in limited partnership personal property—Outlay, expense need not be made in cash—Outlay herein giving up of personal property assignee interest in limited partnership for assets of limited partnership—Taxpayer entitled, as of right, to obtain Canadian resource property upon dissolution—Right arising as taxpayer has assignee interest in limited partnership—What is relevant value, not cost of assignee interest to taxpayer—To say taxpayer incurred no cost to obtain Canadian resource property to deny any value to assignee interest—Taxpayer entitled to add to COGPE account under Act, s. 66.4(5)(a) in respect of Canadian resource property received on termination of LRR Limited Partnership cost of \$12,276,297—*Per* Robertson J.A. (dissenting): Taxpayer not entitled to add any amount to cumulative COGPE account in respect of Canadian resource properties received on termination of limited partnership—Failed to incur outlay, expense as contemplated by Act, s. 66.4(5)(a),(b), to give “valuable consideration” for properties in question—Taxpayer acquired property without incurring enforceable legal obligation—Therefore, fair market value of property could not be added to taxpayer's COGPE account—All that taxpayer has done to acquire Canadian resource properties originally owned by Lone Rock, indirectly rather than directly and without incurring legal obligation which could be regarded as expense, outlay—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 66.4(5) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 37(1)), 98(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 37(1)).

BOW RIVER PIPELINES LTD. V. CANADA (A-359-98, Rothstein J.A., Robertson J.A. dissenting, judgment dated 18/1/00, 25 pp.)

**MARITIME LAW****CARRIAGE OF GOODS**

Plaintiffs claimed damages as result of rough and improper handling of defendants' cargo (2 crates containing 1 photoprocessor and 2 sub assemblies)—Motion for order setting aside Prothonotary's order ([1999] F.C.J. No. 1584, (T.D.) (QL)) denying defendants' motion for stay of proceedings in favour of litigation in Antwerp, and granting stay—Jurisdiction clause in bill of lading providing disputes to be determined by courts in Antwerp—Bill of lading indicating Antwerp port of loading and Seattle port of

**MARITIME LAW—Concluded**

discharge—Carrier decided to unload in Montréal and transport cargo by rail from Montréal to Seattle Deviation—Delicate nature of cargo could not withstand transport by rail—Motion dismissed—Application of stay of proceedings test in *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237—Jurisdiction in Prothonotary to determine bill of lading contract came to end in Montréal, and jurisdiction clause could not apply anymore—Prothonotary properly considered question of fundamental breach or deviation—Decision to stay proceedings question of fact in each case and Prothonotary had discretion to render decision herein, based on facts before Court after addressing criteria established by *The Eleftheria* case—Trial Judge will have chance to assess parties' actions pursuant to existing bill of lading contract—Trial Judge retaining power to decide upon validity of contract, whether defendant became common carrier after discharge of cargo in Montréal.

Z.I. POMPEY INDUSTRIE V. CANMAR FORTUNE (THE) (T-98-98, Blais J., order dated 21/12/99, 12 pp.)

**LIENS AND MORTGAGES**

Purpose of main claim ruling defendant failed to observe terms of loan agreement dated February 11, 1998, said agreement being secured by maritime mortgage in amount of \$80,000—Defence challenged validity of maritime mortgage, nature of rules of law applicable in case at bar—Motion for summary judgment on ground defence entered in record raised no real question to be tried against plaintiff's statement of claim—Motion dismissed—Two points raised in defence serious questions—Facts in record insufficient to allow all points of fact and law raised to be resolved—Application of test (laid down in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437) applicable to determine scope of rules of maritime law—Appeared from transactions in case at bar loan agreement within powers conferred on provinces by Constitution dealing with property and civil rights and term loan within federal jurisdiction—However, subject-matter of maritime mortgage vessel subject to rules applicable in Canadian admiralty and maritime law and within jurisdiction of Federal Court of Canada—As at hearing of motion parties did not establish rules of law applicable in case at bar, point had to be referred to judge hearing case on merits.

PAQUIN V. ALLEY CAT (THE) (T-1048-98, Lemieux J., order dated 23/12/99, 16 pp.)

**NATIVE PEOPLES****LANDS**

Plaintiff suing Crown for breach of trust, fiduciary duty, and in tort—Plaintiff Aboriginal person of American

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

origin—Living in Newfoundland on lands now forming part of Miawpukek Reserve since 1972—Asserting title to those lands through wife, her ancestors dating back to 1870; transferred interest in 1985 to then Chief on condition when Reserve created would be granted permit to live on lands previously occupied for as long as wished—Chief transferred lands to federal Crown in 1987 on condition Crown would use lands for purposes of creating Reserve—Creation of Reserve, legal establishment of Band ultimately effected by Order in Council in 1984—Plaintiff not eligible to become member when Band created because criteria established by Order in Council requiring members to be Canadians—Application dismissed—As to question of title, sufficient in material to indicate plaintiff enjoyed some kind of important interest in property transferred—In similar position to number of other members of future Band before became Band in legal sense—After investigating claims of such people, Crown clearly taking view had interest of such value Crown required to acquire, pay for such interest prior to formal creation of Reserve—Crown in fact acquiring interest from others, but not from plaintiff since his rights already acquired by Crown from Chief—*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 applied with respect to attitude one should take of law of evidence where dealing with Aboriginal claims—Law of evidence must take account of fact Aboriginal communities frequently not having written records, and much of what is known passed down from generation to generation through oral tradition—Not impossible that Court could conclude on evidence herein plaintiff enjoyed real right in property; that such right, property had value, and transferred by plaintiff to Chief for purpose of creation of Reserve—Genuine issue for trial—Claim for breach of trust, fiduciary duty raising genuine issue for trial—That prior transfer from plaintiff to Chief recited in transfer from Chief to Crown, and fact Crown paying others in situations similar to plaintiff's to acquire their rights, seeming to permit possible inference Crown fixed with knowledge of condition upon which Chief received plaintiff's property—Plaintiff alleging Crown committed tort against plaintiff when issued criteria for Band membership such as to exclude plaintiff—Alleged tort not actionable on ground policy, legislative, administrative governmental decisions cannot be subject of action in tort.

WETZEL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-747-94, Hugessen J., order dated 28/1/00, 7 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing Notice of Compliance (NOC) to respondent Apotex in respect of drug cisapride—In Notice of Allegation (NOA), Apotex submitted process to be used for production of cisapride monohydrate not falling

**PATENTS—Continued**

within scope of applicants' patent—Patent containing process and product by process claims to cisapride—Because of limitations of Patent Act (specifically s. 41(1)) at time of filing, cisapride not claimed in product *per se* format—Application allowed—Construction of patent should be reasonable and fair to both patentee and public—Were it not for Patent Act, s. 41(1), patentee would have been entitled to product *per se* claim to compound cisapride, regardless of how made—Patentee clearly did not intend to be limited to specific processes set forth in patent claim 1 since process limitations only included so as to comply with Act, s. 41(1)—Patent claim 5 included processes of claim 1 and all other obvious chemical equivalent processes—On evidence, Apotex's proposed process falling within scope of patent or obvious chemical equivalent of processes of patent claim 1—Process therefore infringing applicants' patent—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 41(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16).

JANSSEN PHARMACEUTICA INC. V. APOTEX INC.  
(T-1970-94, Nadon J., order dated 7/2/00, 41 pp.)

Motion by plaintiffs seeking order for interlocutory injunction restraining defendant Nu-Pharm Inc. from infringing Canadian Letters Patent '1,275,349—Applicants also seeking to restrain Nu-Pharm Inc. from manufacturing, acquiring, importing, exporting, distributing, selling, offering for sale, taking orders for, advertising, marketing enalapril maleate in bulk, tablet form—Respondent wholesaler, distributor of generic drugs—Applicants alleging all claims of patent valid—Respondent offering opinions of six experts in variety of pertinent fields as evidence claim 1 not valid—Vasotec, Nu-Enalapril both angiotensin-converting enzyme inhibitors, used in treatment of hypertension, heart failure—Patent Act, s. 57, Federal Court Rules, 1998, r. 373 give Court jurisdiction to hear request for interlocutory relief—Test for determining whether interlocutory injunction should be granted three-part test found in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—Court must determine first whether serious issue to be tried—Preliminary assessment making clear claims in question stand chance of being both valid, infringed—Claim of infringement made against respondent not frivolous—Serious issue to be tried—Applicants submitting first in regard to irreparable harm respondent will breach permanent injunction entered against Apotex through manufacturing, selling of Nu-Enalapril—Applicants also submitting may not be able to collect damages awarded as Nu-Pharm mere wholesaler, distributor with 17 employees, having only \$16 million in annual sales and too few assets to help pay any award of damages, profits ordered against it—There are occasions when damage to one's goodwill can ground finding of irreparable harm—Dearth of evidence pointing to potential for loss of governmental goodwill herein—Court satisfied no irreparable harm will come to applicants despite making out strong case for patent infringement issue—

**PATENTS—Concluded**

Doubtful whether respondent can afford whatever relief may eventually issue against it—Disruption from which respondent will suffer if forced to stop manufacture, sale of Nu-Enalapril tablets far outweighing inconvenience applicants will experience if impugned drug allowed to stay on market until final disposition of main action—No injunction forthcoming despite applicants' adduced evidence of not only serious issue but of strong case for infringement—Motion dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 57—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 373.

MERCK & CO., INC. v. NU-PHARM INC. (T-753-99, Muldoon J., order dated 21/1/00, 22 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for judicial review of decision of director of La Macaza penitentiary to raise applicant's security level from low to medium and to place him in segregation, and decision of Regional Reception Centre to transfer plaintiff from La Macaza to Drummond institution—Decisions resulted from theft of goods valued at \$2,229 at La Macaza canteen and attack on fellow inmate—Application allowed—Question regarding segregation now moot—Fairness obligation requires in case of transfer inmate should receive whatever information needed to be able to make comments—Grounds in case at bar charges of theft and attacking fellow inmate—Investigator in charge of case admitted plaintiff did not participate in conspiracy to attack fellow inmate—On evidence appeared theft charges not based on anything more than suspicion—Finally, impossible to conclude plaintiff's behaviour jeopardized safety and security of institution—In light of recent case law, plaintiff did not receive sufficient information about grounds for his transfer and raising of his security level to say rules of procedural fairness observed—Furthermore, allegations and charges in question will have to be deleted from plaintiff's record.

ZARZOUR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1793-98, Rouleau J., order dated 28/1/00, 12 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from decision by prothonotary Morneau under r. 51 staying motions *sine die* pending verification of health of author of affidavit—Prothonotary's order discretionary—Judge hearing appeal should not intervene unless order clearly wrong in sense that Prothonotary's exercise of discretionary authority based upon wrong principle or misapprehension of facts—Appellant asked Court by judicial review to quash request for information by Revenue Canada to U.S. Internal Revenue Service—Appellant filed affidavit of Mr. El-Outaibi, resident of Saudi Arabia with health problems—Respondent wished to exercise right of cross-examining Mr. El-Outaibi *viva voce*—Appellant filed motion for order cross-examination be in writing—Irregular nature

**PRACTICE—Continued**

of affidavit by Nicole Bertrand justified dismissing appellant's motion cross-examination of Mr. El-Outaibi be in writing—From concern justice be done, Prothonotary adjourned motion and made order respecting rights of parties—Appellant's arguments without merit and case law cited not relevant—To dispose of motion, quite apart from question of jurisdiction, important factor Mr. El-Outaibi's disability—Prothonotary's order directed specifically to this end: establishing necessary facts—Exercise of discretionary authority by Prothonotary clearly not in error—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 51.

AZOUZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-34-99, Lemieux J., order dated 29/12/99, 6 pp.)

**CASE MANAGEMENT***Status Review*

Application to set aside Prothonotary's order dismissing action for delay—Defendant consenting to order sought—Plaintiff submitting action should not have been dismissed because responding to several notices of status review, parties only refrained from advancing action pending outcome of ongoing negotiations regarding settlement—Court having jurisdiction to set aside discretionary order of Prothonotary, exercise discretion *de novo*—Federal Court Rules, 1998, r. 382 providing Court may at status review require plaintiff to show cause why proceeding should not be dismissed for delay and if not satisfied that proceeding should continue, dismiss proceeding—In deciding manner in which to exercise wide discretion granted by r. 382, Court should be concerned with: reasons why case not moved forward faster and whether justifying delay; steps plaintiff proposing to move matter forward: *Baroud v. Canada* (1998), 160 F.T.R. 91 (F.C.T.D.)—No affidavit provided in support of motion indicating why negotiations not completed within various time delays requested and provided, and indicating realistic final deadline for achieving settlement after which action could be either dismissed for delay or proceeded with expeditiously—Following oral hearing of motion, written representations provided another offer of further information "if requested"—Further information requested, but not provided—Onus not on Court on status review taking place nine years after action commenced to request information justifying further delay—Onus on plaintiff to provide such information to Court's satisfaction—Onus not discharged in this matter—Court entitled to more than bland assurances parties negotiating settlement, particularly where plaintiff's own fixed dates for achievement of settlement regularly missed with no substantive explanation—Plaintiff failed to provide satisfactory reasons for delay, steps to move matter forward, when action dismissed for delay, and continuing to do so—Application dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 382.

TRANSALTA UTILITIES CORP. v. CANADA (T-3319-90, Gibson J., order dated 14/1/00, 9 pp.)

**PRACTICE—Continued****CONTEMPT OF COURT**

Penalty and costs—Defendant guilty of contempt of court for breaching interlocutory injunction restraining him from exporting Coca-Cola products from Canada—As contumacious acts committed before coming into force of Federal Court Rules, 1998, applicable penalty set out in former Federal Court Rules, R. 355—R. 355 providing anyone guilty of contempt of court liable to fine not exceeding \$5,000 or to imprisonment for not more than one year—Dismissal of action, dissolution of injunction prior to show cause hearing not defence to contempt action, but mitigating matter—Dire consequences should not result from violation of invalid order: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1996] 1 F.C. 787 (C.A.)—Defendant should not be sentenced to imprisonment for conduct which would have been legal were it not in breach of Court order—Plaintiffs' argument total fine should reflect multiple of number of shipments of Coca-Cola product exported from Canada, rejected for four reasons—(1) Show cause order cast in general terms—(2) Imposition of fine of magnitude suggested by plaintiffs (\$105,300) contrary to plain meaning of r. 355(2) providing fine shall not exceed \$5,000 in case of individual—(3) No case law supporting plaintiffs' submission multiple fines could be imposed where, as here, single show cause order, directly linked to single injunction, cast in general terms—*Louis Vuitton S.A. v. Tokyo Do Enterprises Inc.* (1990), 37 C.P.R. (3d) 8 (F.C.T.D.); *Polo Ralph Lauren Corp. v. Cato*, [1990] 3 F.C. 541 (T.D.) distinguished—(4) Plaintiffs submitting not making sense from policy perspective to treat series of separate acts which violate order as if only one act of contempt; if only one finding of contempt, one penalty can result from multiple breaches of order, contemnors will be encouraged to flout process of Court repeatedly—R. 472(c) of Federal Court Rules, 1998 placing no limitation on quantum of fine—Strength of policy submission cannot be used to detriment of defendants where former Rules specifically provided for maximum monetary penalty of \$5,000 and where show cause order issued in such general terms—Dismissal of plaintiffs' action, dissolution of injunction principal mitigating factor—Coupled with subject-matter of litigation, dictating penalty limited to monetary fine—At end of hearing on penalty, costs, defendant offering form of apology to Court—Appropriate penalty fine of \$4,000—Policy underlying practice of awarding costs on solicitor and client basis in matters of contempt that party who assists Court in enforcement of orders and in enforcement of respect for orders should not be out of pocket for having been put to that trouble: *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 86 C.P.R. (3d) 33 (F.C.T.D.)—Plaintiffs suggesting costs on solicitor and client basis approximately \$125,000, not including disbursements of \$100,000 paid to investigators, and \$33,000 to a solicitor for time spent in preparation for and actual attendance at trial to testify concerning factual

**PRACTICE—Continued**

matters—Court informed, after pronouncing penalty imposed, that offers to settle made during contempt trial, subject to Court's approval—Although plaintiffs' role in prosecuting contempt proceedings serving to protect integrity of order issued by Court, balance should be struck in awarding costs between public interest and plaintiffs' private interest in litigation i.e. protection of reputation of trademarks—Two guiding principles in assessment of costs against defendant: (1) in matters of contempt, plaintiff may be awarded reasonable costs, on solicitor and client basis; (2) imposition of costs should not result in undue punishment, particularly where order violated found to be invalid—Offer to settle also considered, in accordance with r. 400(3)(e), keeping in mind not accepted during limited period open for acceptance—Party and party costs representing approximately one third of solicitor and client costs, excluding disbursements, being sought by plaintiffs—Even taking into account dissolution of injunction, no reason to limit plaintiffs to party and party costs—In June and July 1998 defendant, with knowledge of substantially all plaintiffs' evidence adduced in Court, refused offer to admit liability on contempt charge and to pay fine of \$4,000 and costs on party and party scale—That refusal unduly extended litigation considered in determination of reasonable costs—Costs fixed at \$80,000 inclusive of all disbursements, except for additional amount of \$15,000 with respect to investigators—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 355—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 472.

COCA-COLA LTD. V. PARDHAN (T-2685-95, Lutfy J., order dated 19/1/00, 14 pp.)

**COSTS**

Federal Court Rules, 1998, r. 400—As general rule, costs should follow event—Where success fairly evenly divided, should normally be no order as to costs—Main action (T-1618-93, judgment dated 9/11/99, to be reported in F.C.R.) relating to copyright infringement—Defendant herein almost entirely successful in defending against claims of plaintiffs, but wholly unsuccessful in asserting its counterclaim—On whole, defendant more successful than plaintiffs—Issues of general importance and of significant complexity, involving substantial amount of work on both sides—Substantial public interest, both in policy terms and in legal terms, in having matter determined—Plaintiffs' allegations as set out in statement of claim and reliefs extraordinarily broad and without specificity, complicating defendant's preparation for and presentation at trial—On other hand, defendant's late-filed and ill-defined constitutional defence put plaintiffs to substantial additional work in attempting to anticipate and prepare therefor—No basis on which to conclude any step in action improper, vexatious or unnecessary or taken through negligence, mistake or excessive caution—In view of divided result, complexity of

**PRACTICE—Continued**

legal issues and lack of Canadian case law on issues, and public interest in having actions litigated, appropriate case for each party to bear own costs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400.

CCH CANADIAN LTD. v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA (T-1618-93, Gibson J., order dated 21/12/99, 10 pp.)

Assessment—Plaintiff's application for summary judgment dismissed with costs in any event of cause and forthwith—Charges for expert opinions disallowed as premature—Threshold for summary judgment includes "best foot forward" principle, requiring respondent in summary judgment proceeding to produce sufficient evidence to show cause genuine issue for trial—Not sufficient for respondent to merely state more, better evidence available at trial: evidence must be led in summary judgment proceeding—Intent of motion for summary judgment for reference to determine damages subsequent to hearing—Scheme of Federal Court Rules, 1998, rr. 153 to 162 providing for evidence led specifically for reference—Therefore Sweetman affidavit concerning damages premature; costs thereof cannot be assessed at this stage—Goldstein affidavit addressing substantive issues of liability—Generally purpose of summary judgment to remove matters from trial system having no genuine factual dispute for trial and to grant judgment accordingly—Use of expert opinions, in context of r. 20 of Ontario Rules of Civil Procedure, appears to require Court to assess competing allegations of fact, but without assistance of experts, on basis summary judgment as tool to expedite identification of genuine issues for trial not compromising right of parties to test allegations via full hearing at trial, including cross-examination of factual, expert witnesses—*Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 150 F.T.R. 205 (F.C.T.D.), in context of old R. 432.2(2) emphasizing importance in summary judgment proceedings of direct evidence of material facts—In *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. v. S.F. Concrete Technology Inc.* (1999) 1 C.P.R. (4th) 88 (F.C.T.D.) Court maintaining consistent approach in context of Federal Court Rules, 1998—Comparing test in this Court against that posed by Ontario r. 20 and noting narrower test in this Court may be attributable to fact Ontario not having equivalent to Federal Court Rules, 1998, r. 216(3), permitting summary judgment if genuine issue exists, if Court able on whole of evidence to find facts necessary to decide questions of fact, law—Neither case addressing use of experts—Individual cases in which expert opinion led in summary judgment proceeding considered—Not addressing allowability of experts at summary judgment stage, but rather timing for testing of opinions relative to application in determination of substantive issues of litigation—Establishment of conflicting expert opinions as opposed to conflicting factual allegations appeared to satisfy Court as to onus on respondent in summary judgment proceeding—Not implicit confirmation of need for experts in summary judgment proceedings—R.

**PRACTICE—Continued**

215 (and predecessor, R. 432.2) emphasizing necessity of setting out material facts, not necessity for expert evidence to assist Court in assessing conflicting versions of fact to confirm whether genuine issue for trial existing—Role of expert evidence set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9: generally, whether evidence helpful to trier of fact—In summary judgment process Court not trier of fact—Although rr. 43, 279 to 281 read with Tariff A3, contemplating full oral testimony by expert at trial, in ordinary circumstances no role for experts in summary judgment proceedings—That Goldstein affidavit helpful not establishing allegations of fact could not have been addressed by defendant, relative to threshold to be met in summary judgment proceeding, by other means than expert evidence—Relevance, necessity in terms of substantive issues in litigation not decided in disallowing costs for both experts—Only determined costs not relevant in context of ordinary threshold for summary judgment proceedings—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 43, 153-162, 215, 216, 279-281—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 432.2 (as enacted by SOR/94-41, s. 5)—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 20.

ITV TECHNOLOGIES, INC. v. WIC TELEVISION LTD. (T-1459-97, Stinson T.O., assessment of costs dated 12/1/00, 22 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Motions for orders requiring defendants Oceanex Inc., Oceanex (1977) produce for inspection, copying certain documents—First motion requesting documents relating to new management cargo handling procedures, supply of marine-compatible portable generators—Federal Court Rules, 1998, r. 222 providing document relevant if party intending to rely on it or if document tending to adversely affect party's case or to support another party's case—*T.O. Forest Products Inc. v. Fednav Ltd.* (1993), 72 F.T.R. 39 (F.C.T.D.) holding all documents of possible assistance to either party to support or defend claim relevant, and must be made available; documents should be produced unless clear of no relevance to issues being litigated—R. 223 categorizing documents to be listed in affidavit of documents—Parties having obligation to include in affidavit of documents all relevant documents, and stating why document may not be produced—Continuing obligation on parties to disclose newly discovered documents under r. 226—R. 231 providing disclosure of document or production for inspection not constituting admission of authenticity or admissibility in action—Admission of evidence for Trial Judge to determine—First motion granted; defendants ordered to provide documents as requested—Second motion requesting documents dealing with operation manual prepared by Oceanex prior to accident, completed after accident; documents relating to investigation report—Solicitor-client

**PRACTICE—Continued**

privilege claimed with respect to documents relating to investigation—Document produced in contemplation of litigation privileged—Onus on party claiming privilege to show dominant purpose of preparation of survey report in respect of litigation—Defendants not meeting onus—Plaintiffs demonstrating reports on damages part of regular practice of defendants; made as soon as damages, and not necessarily related to contemplated litigation—Defendants ordered to provide documents requested to Court for decision whether subject of solicitor/client privilege, whether clearly prepared in preparation for upcoming litigation, and at request of either solicitors at time or actual solicitors—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 222, 223, 226, 231.

MARUHA CORP. v. OCEANEX INC. (T-1785-98, Blais J., order dated 20/12/99, 15 pp.)

**PRIVILEGE**

Whether expunged portions of memoranda protected by solicitor-client privilege—In *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360 (C.A.), F.C.A. made it clear onus of establishing facts relevant to claim of privilege on party opposing production of documents by reason thereof—Respondents herein have not met onus as failed to adduce any evidence to establish facts giving rise to privilege claimed—Clear from *K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (1996), 106 F.T.R. 210 (F.C.T.D.) and *Lumonics* that affidavit setting forth relevant circumstances necessary to establish claim of privilege—As respondents herein have filed no affidavit setting forth relevant facts and circumstances, impossible to decide whether expunged portions of memoranda subject to solicitor-client privilege—As burden of proof on respondents, applicant succeeds on motion and expunged portions will have to be produced by respondents within 10 days of order.

1185740 ONTARIO LTD. v. M.N.R. (T-384-98, Nadon J., order dated 20/12/99, 5 pp.)

**REFERENCES**

Application for trial of issue to determine nature, quantum of damages suffered by defendant as result of operation of 1993 interim, 1994 interlocutory injunctions preventing defendant selling tablets of diclofenac sodium in same colour, shape, size as tablets sold by plaintiff under brand name Voltaren—After issuance of interlocutory injunction, defendant began marketing 100 mg tablets of diclofenac in different colour, size shape than plaintiff's—Never marketed 75 mg tablet in same colour, shape, size as plaintiff's tablets—Defendant not pursuing appeal of interlocutory

**PRACTICE—Continued**

injunction—Plaintiff not pursuing action against defendant on merits—Consequently injunction dissolved in December 1997 on defendant's application on ground plaintiff not meeting obligation arising with issuance of interlocutory injunction to proceed to trial with reasonable dispatch—Upon receipt of notice of status review under new Federal Court Rules, 1998 plaintiff filing notice of discontinuance—Enforcement of undertakings as to damages integral to award of interlocutory injunctions—Court having discretion in "special circumstances" to excuse compliance with such undertakings—Assertions any damages trivial, arose out of defendant's failure to mitigate (e.g. by not moving to market non-look-alike tablet at earlier date) not demonstrated to extent required to justify denying defendant opportunity to have nature, extent of damages determined—Defendant producing evidence of some damage, putting forth reasonable argument as to why additional damage occurred—Should be given opportunity to present evidence concerning damages, have evidence assessed—Record insufficient to determine plaintiff's claim failure to mitigate—Unclear whether prolongation of interlocutory injunction result of defendant's actions or matter of Court's convenience—Actions taking place during plaintiff's registration proceeding cannot be relied upon as special circumstances for relieving plaintiff of undertakings to pay damages in this proceeding for passing-off—Failure to pursue appeal of interlocutory injunction not relevant to whether defendant should be allowed to have determination of nature, quantum of damages—Plaintiff will not suffer prejudice as result of motion not having been filed earlier—Delay not significant factor—Plaintiff who commences action, subsequently discontinues it, required, unless consent to contrary to reimburse defendant for costs incurred as result of plaintiff's withdrawn claim—Claim by defendant for damages arising out of imposition of interim, interlocutory injunctions, when plaintiff not establishing right to those injunctions, of similar nature—Interim, interlocutory injunctions granted in anticipation of plaintiff establishing right thereto at trial—When such rights not established, plaintiff has had benefit of operation of injunctions without establishing right claimed as basis for their issuance—In absence of agreement to forego claim to damages, obligation to compensate pursuant to undertaking no different in case of discontinuance from that applicable when plaintiff losing on merits—Before April 1998 promulgation of new Rules, no requirements plaintiff move expeditiously to trial—No evidence defendant caused lengthy delay—Fundamental unfairness in allowing plaintiff interlocutory injunction on strength of argument such injunction would not put end to litigation, and then allowing it to avoid undertakings to pay damages on ground injunction, together with passage of time, having that result—Even if nothing left to litigate, as of date of discontinuance (defendant not having moved to market diclofenac in look-alike tablet despite dissolution of injunction), not reason to absolve plaintiff from obligation



**PRACTICE—Concluded**

to recompense defendant for damages arising from imposition of interim, interlocutory injunctions at earlier stage—R. 153 providing Court may, for purpose of making inquiry and report, refer any question of fact in proceeding to judge or other person—Narrower than predecessor R. 500 authorizing referring of any matter to judge or other person for purpose of making inquiries, or for determination of any question or issue of fact—*VISX, Inc. v. Nidek Co.* (1998), 81 C.P.R. (3d) 572 (F.C.T.D.) holding r. 107 not envisaging reference as such, but simply separate determination by trial or otherwise of separate issue; damages, profits rarely exclusively matters of fact, references pursuant to r. 153 intended to be only for determination of questions of fact—Order pursuant to r. 107 for trial of issue more appropriate herein than reference pursuant to r. 153—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 107, 153—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 500.

CIBA-GEIGY CANADA LTD. v. NOVOPHARM LTD.  
(T-2582-93, Reed J., order dated 15/12/99, 13 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Judicial review of Public Service Appeal Board's decision not having jurisdiction to hear appeal under Public Service Employment Act, s. 21 of appointment to position of Chief of Appeals of Southern Ontario Regional office of Revenue Canada—In 1996 Revenue Canada holding closed competitions for positions of Chief of Appeals and Director, Programs—Applicant applying for position of Chief of Appeals—As no applicants qualified, no appointment made, no appeal rights arose on basis of competition—Applicant not applying for Director, Programs position—Eight qualified candidates for Director, Programs position placed on eligibility list—Public Service Commission deciding as positions similar, position of Chief of Appeals could be filled from eligibility list for position of Director, Programs—Chief of Appeals appointed from eligibility list—Application allowed—S. 21(1) not giving applicant right to appeal appointment from eligibility list because applicant not candidate for position Director, Programs, process by which eligibility list established—Appointment of Chief of Appeals made from within Public Service by process of personnel selection other than competition—Creation of eligibility list result of competition, but choice of individual as Chief of Appeals not—S. 21(1.1) giving applicant right to appeal appointment—Appeal Board having jurisdiction to hear appeal—Confused issue of jurisdiction with substantive issues raised by applicant—Lengthy hearing on question of whether two positions similar—Appeal Board not permitting all relevant evidence to be heard because impossible to determine how applicant would have presented case if Appeal Board not insisting on determining question of similarity of positions as threshold question—Public

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

HASAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1760-98, Sharlow J., order dated 17/1/00, 5 pp.)

**TRADE MARKS****INFRINGEMENT**

Motion for interim, interlocutory injunction to restrain defendant Showmax Inc. from using "Showmax" as name of large-format motion picture theatre proposing to open in Montréal—Plaintiff claiming to be inventor, developer of large-format cinema industry—Presently 25 "Imax", "Omnimax" motion picture theatres in Canada, including 3 in Montréal—Defendant intending to open large-format motion picture theatre in Montréal in June 2000 at Forum Entertainment Centre under name, mark "Showmax"—Plaintiff believing defendant's activities likely to cause confusion—Commencing action for trade-mark infringement, passing-off, depreciation of goodwill, statutory trade libel under Trade-marks Act, and for copyright infringement—Showmax Inc. responsible for internet website used to advertise opening of "Showmax" large-format theatre at Forum Entertainment Centre—Technology page on website offering links, including one leading viewer to Old Port of Montréal website, containing information, advertising regarding "Imax" theatre at Old Port of Montréal, displaying "Imax" trade-mark—Plaintiff stating arrangement of framing, linking causing viewer to be likely to infer "Imax" responsible for, connected with "Showmax", for purposes of proposed large-format "Showmax" theatre—Application allowed—(1) Sufficient evidence leading Court to conclude serious issue to be tried—As registered owner of family of marks ("Imax"), plaintiff having exclusive right throughout Canada to use of marks in respect of wares, services—Filed affidavit of Dr. Senders in whose opinion, based on responses to consumer perception survey, use of "Showmax" as name of giant-screen movie theatre in Montréal would be likely to cause visitors, potential visitors to theatre to believe "Showmax" theatres owned, operated by or associated with company owning, operating "Imax" theatres—Defendant filing affidavit of Dr. Liefeld, who disagreed with method of survey, questions asked, method of choosing participants—But Dr. Liefeld neither saying, nor can he say, based on method Dr. Liefeld believes should have been adopted, results different from conclusion of Dr. Senders—That Dr. Liefeld disagreeing with method used by Dr. Senders not sufficient for Court to set aside results of Dr. Sender's survey—Might have been different had Dr. Liefeld conducted own survey in manner thought appropriate, and concluded no possible confusion—Plaintiff making out arguable case on issue of confusion—(2) Plaintiff will suffer irreparable harm—To demonstrate irreparable harm, appli-

**TRADE MARKS—Concluded**

cant must lead clear evidence showing how such harm will occur, why irreparable—Evidence of confusion insufficient to infer existence of irreparable harm—Plaintiff must show actual evidence of loss of goodwill or reputation—As defendant not yet commencing operations of large-format theatre using name “Showmax” in Montréal, difficult for plaintiff to show evidence of irreparable harm such as loss of goodwill, sales due to confusion—Plaintiff leading affidavit of Dr. Pearce in whose opinion “Imax” will suffer serious damage to goodwill if defendants using “Showmax” name with large-format movie theatre in Montréal; use of “Showmax” mark will damage brand meaning, equity of “Imax” mark—Defendant not filing any contradictory evidence—(3) Balance of convenience favouring plaintiff—Defendant not yet commencing doing business in Canada—In Montréal, only expense defendant incurring cost of sign on Montréal Forum Building where theatre to open, costs of pamphlet advertising eventual opening of large-format theatre—Costs relatively insignificant—Application allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13..

IMAX CORP. v. SHOWMAX, INC. (T-592-99, Teitelbaum J., order dated 18/1/00, 29 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Judicial review of Umpire’s decision reducing penalty imposed by Commission pursuant to Unemployment Insurance Act, s. 33, and allowing reduced penalty to be repaid by way of monthly installments—Board of Referees finding not sufficient evidence to overcome general presumption statements knowingly made falsely—Umpire holding extenuating circumstances i.e. respondent’s serious health problems, for reducing penalty—Application allowed—Board of Referees, Umpire having jurisdiction to exercise discretion Commission exercised in judicially incorrect manner i.e. on basis of irrelevant considerations or without regard for all relevant considerations: *Canada (Attorney General) v. Dunham*, [1997] 1 F.C. 462 (C.A.)—As no evidence Commission aware of claimed extenuating circumstance, discretionary decision imposing amount of penalty not made on basis of irrelevant considerations, or without regard for all relevant considerations, or in judicially incorrect manner—Umpire not having jurisdiction to reduce penalty or to allow respondent to repay penalty by way of monthly installments—Act not conferring such power on Umpire—Matter of arrangements for repayment of penalty

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

clearly left for Commission to make with claimant—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 33 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 25).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PYNE (A-378-98, Stone J.A., judgment dated 15/12/99, 4 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Review and Appeal Board (Board) decision confirming decision of Entitlement Review Board affirming Minister’s decision denying pension entitlement for claimed condition of sarcoidosis under Pension Act, Appropriation Act No. 10, 1964—Applicant claiming condition resulting from having been heavily exposed to pollutants created by oil well fires during period of service in Persian Gulf during Gulf War—Issue whether Board committed reviewable error in deciding applicant not entitled to pension—Application allowed—Applicant bears burden of demonstrating Board made error of law or erroneous finding of fact made in perverse or capricious manner or without regard to material before Board—However, Pension Act, s. 21(3) providing injury or illness will be assumed to have been incurred during military service where no evidence to contrary—On basis of evidence herein, Board misapplied Veterans Review and Appeal Board Act, ss. 3 and 39 and misinterpreted Federal Court case law—While applicant bore burden of establishing causal link between current medical condition and military service, benefit of doubt must be given to applicant—Sole medical opinion before Board herein stated cause of sarcoidosis not clear—Board erred when refused applicant his right to pension based thereon—While etiology of sarcoidosis may be unclear, all x-rays of applicant before going to Persian Gulf showed no problem with lungs and post-return x-rays show sarcoidosis—If benefit of doubt must be resolved in favour of applicant and applicant must make proof on balance of probabilities, Board’s decision patently unreasonable—Board erred in law by requiring much greater standard of proof than balance of probabilities—Applicant clearly entitled to pension—Appropriation Act No. 10, 1964, S.C. 1964-65, c. 34—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 21(3) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8)—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 39.

CUNDELL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-648-99, Teitelbaum J., order dated 13/1/00, 20 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de révision d'une décision de la défenderesse autorisant la divulgation de documents en réponse à une demande d'accès à l'information adressée à l'Agence canadienne d'inspection des aliments concernant des rapports d'inspection d'établissements—Les demanderesses se sont opposées à la divulgation des rapports concernés en invoquant les exemptions prévues à l'art. 20(1)c) et d) de la Loi sur l'accès à l'information—Il s'agit de savoir si la communication des documents et renseignements demandés devrait être refusée en vertu de ces dispositions—La communication est la règle générale et l'exemption, l'exception—C'est à ceux qui réclament l'exemption de prouver leur droit à cet égard—Les rapports en litige sont des rapports périodiques, datant d'un à trois ans, et concernant strictement l'état de l'établissement visité, non la qualité du produit qui s'y trouve—L'accès à l'information ne doit pas être interdit du seul fait que celle-ci puisse être défavorable aux personnes qu'elle concerne—Le risque de suppression de commentaires légitimes mérite davantage d'être évité que le risque de commentaires abusifs—Il n'y avait dans la preuve aucun fondement réel justifiant les simples affirmations des demanderesses en ce qui concerne tant les conséquences financières d'une divulgation de l'information et de son impact sur leur compétitivité que les conséquences de cette divulgation sur des contrats futurs—Ce sont là de simples conjectures qui ne répondent pas au critère du «risque vraisemblable de préjudice probable»—Les demanderesses n'ont pas réussi à s'acquitter du fardeau qui leur incombait d'établir que les documents demandés en vertu de la Loi renferment le type de renseignements dont il est question à l'art. 20 (1)c),d)—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), c. A-1, art. 20.

COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DU QUÉBEC C. CANADA (AGRICULTURE ET AGROALIMENTAIRE) (T-1798-98, juge Pinard, jugement en date du 7-1-00, 12 pp.)

Demande de contrôle judiciaire du refus du ministre d'Industrie Canada de communiquer des renseignements en se fondant sur diverses exceptions à la communication

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

prévues à l'art. 21(1)a) de la Loi (avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre)—Le ministre a refusé de divulguer le poids en pourcentage accordé aux critères d'évaluation des propositions soumises au défendeur—Demande accueillie—L'affaire *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1<sup>re</sup> inst.), a été appliquée relativement à la norme de contrôle applicable: même si la Cour est tenue de revoir les décisions du ministre en respectant la norme de la décision correcte, il est certainement approprié de tenir compte du rapport et des recommandations du commissaire à l'information—La Cour ne devrait pas tenter elle-même d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le document en question et les circonstances qui l'entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé de bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé: *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 53 F.T.R. 147 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1993), 154 N.R. 319 (C.A.)—À la lumière de la norme de la décision correcte, les poids en pourcentage peuvent à bon droit être qualifiés d'avis ou de recommandations formulés par une institution fédérale pour un ministre, les assujettissant ainsi à l'application de l'art. 21(1)a) de la Loi—Il était par conséquent raisonnablement loisible au défendeur d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du refus de la communication des poids en pourcentage—En novembre 1996, les critères d'évaluation et les poids en pourcentage ont changé de nature, passant d'avis ou de recommandations adressés au défendeur à des décisions émanant du défendeur même—Ils n'étaient alors plus assujettis à l'art. 21(1)a) de la Loi et ce statut est demeuré inchangé pour les fins de la présente affaire—Bien que les poids en pourcentage constituaient initialement des avis ou des recommandations adressés au défendeur, ils ont changé de nature lorsque le défendeur a accepté ces avis ou recommandations—Lorsque le défendeur les a acceptés, les pourcentages sont devenus des décisions émanant du défendeur même et ont cessé d'être des avis ou des recommandations lui étant adressés—Si un dossier de

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

décisions distinct avait été préparé, la conclusion relativement aux documents en l'espèce aurait peut-être été différente, mais la Cour n'a pas été saisie de cette possibilité—Mis à part les faits différents, le raisonnement adopté dans l'affaire *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre d'Industrie)*, [1999] A.C.F. no 1859 (1<sup>re</sup> inst.) (Q.L.), où les poids en pourcentage n'ont pas été divulgués du fait qu'ils constituaient des avis ou des recommandations, est identique au raisonnement en l'espèce—Il y avait, en l'espèce, une recommandation particulière quant à la résolution de toute discussion de politique générale qui aurait pu être soulevée sur la question des poids en pourcentage appropriés—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 21(1)a).

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE L'INDUSTRIE) (T-394-99, juge Gibson, ordonnance en date du 14-1-00, 18 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Président de la Société «Les Ponts Jacques-Cartier et Champlain Incorporée», refusant l'accès au rapport de vérification interne 1997, préparé par la firme Raymond Chabot Martin Paré—André Dauphinais, président du syndicat des travailleurs et travailleuses de la Société en question, avait demandé au défendeur une copie du rapport—Celui-ci a refusé en se fondant sur les art. 21 et 22 de la Loi sur l'accès à l'information—La Commission de l'accès à l'information a recommandé la divulgation du rapport—La défendeur a refusé de suivre la recommandation—La Commission a déposé une demande de contrôle judiciaire—Suivant la Loi sur l'accès à l'information et la jurisprudence, il revenait au défendeur de convaincre la Cour que le rapport ne devrait pas être divulgué—Le rapport en question n'était pas un projet—Selon l'art. 21(2) de la Loi, seul le rapport préparé par un conseiller ou consultant qui appartient au personnel d'une institution fédérale ou au ministre est exclu—Ayant été préparé par une firme privée, le rapport échappait à l'application de l'art. 21(1)—Le rapport en question contenait les résultats de la vérification interne—Les résultats étant exclus de la portée de l'art. 22, le défendeur ne pouvait se fonder sur cette disposition pour refuser la communication—Il n'a d'aucune façon démontré le préjudice appréhendé si le document était divulgué—Il n'a pas réussi à démontrer que les exceptions prévues par la Loi s'appliquent à l'instance—Demande accueillie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 21, 22.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. PRÉSIDENT, PONTS JACQUES-CARTIER ET CHAMPLAIN INC. (T-732-99, juge Blais, ordonnance en date du 26-1-00, 16 p.)

**ANCIENS COMBATTANTS**

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (le

**ANCIENS COMBATTANTS—Fin**

Tribunal) confirmant la décision du comité d'examen; cette dernière instance confirmait la décision ministérielle par laquelle on a refusé au demandeur le droit à une pension fondée sur une invalidité, soit une sarcoïdose, aux termes de la Loi sur les pensions et la Loi des subsides n° 10 de 1964—Le demandeur affirme que l'invalidité dont il est atteint est due au fait qu'il a été fortement exposé à des polluants provenant des feux de puits de pétrole lors de son service militaire dans le Golfe persique, au cours de la guerre du Golfe—La question en litige consiste à savoir si le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en refusant au demandeur le droit à une pension—Demande accueillie—Il incombe au demandeur de démontrer que le Tribunal a commis une erreur de droit ou qu'il est arrivé à une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance—L'art. 21(3) de la Loi sur les pensions prévoit cependant qu'une blessure ou une maladie est réputée être consécutive ou rattachée directement au service militaire en l'absence de preuve contraire—Sur l'ensemble de la preuve en l'espèce, le Tribunal a mal appliqué les art. 3 et 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) et a mal interprété la jurisprudence établie par la Cour fédérale—Bien qu'il incombe au demandeur de démontrer le lien de causalité qui existe entre son état de santé actuel et son service militaire, le demandeur doit avoir le bénéfice du doute—Le seul avis médical dont disposait le Tribunal en l'espèce faisait état d'une incertitude quant à la cause de la sarcoïdose—Le Tribunal a commis une erreur en refusant au demandeur le droit à une pension en se fondant sur cet avis—Bien que les causes de la sarcoïdose soient obscures, toutes les radiographies qu'a passées le demandeur avant son départ pour le Golfe persique ne faisaient état d'aucun problème pulmonaire, et c'est à son retour que les radiographies ont montré des symptômes d'une sarcoïdose—Si le bénéficiaire du doute doit fonctionner en faveur du demandeur et que celui-ci doit établir la preuve selon la prépondérance des probabilités, la décision du Tribunal était alors manifestement déraisonnable—Le Tribunal a commis une erreur de droit en exigeant du demandeur une norme de preuve considérablement plus contraignante que celle de la prépondérance des probabilités—Le demandeur a clairement droit à sa pension—Loi des subsides n° 10 de 1964, S.C. 1964-65, ch. 34—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8)—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 39.

CUNDELL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-648-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 13-1-00, 24 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre de réduire une amende imposée par la Commission en vertu de

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

l'art. 33 de la Loi sur l'assurance-chômage et de permettre que cette amende, déjà réduite, soit payée au moyen de versements mensuels—Le Conseil arbitral a conclu que la preuve n'était pas suffisante pour réfuter la présomption générale qu'il s'agissait de fausses déclarations faites sciemment—Le juge-arbitre a conclu qu'il y avait des circonstances atténuantes en faveur d'une réduction de l'amende, notamment, les graves problèmes de santé de la défenderesse—Demande accueillie—Le Conseil arbitral et le juge-arbitre ont juridiction pour exercer le pouvoir discrétionnaire que la Commission aurait exercé de façon judiciairement incorrecte, c'est-à-dire sur la base de considérations non pertinentes ou encore sans égard à toutes les considérations pertinentes: *Canada (Procureur général) c. Dunham*, [1997] 1 C.F. 462 (C.A.)—Étant donné que rien ne prouvait que la Commission ait été informée des circonstances atténuantes alléguées, la décision discrétionnaire fixant le montant de l'amende n'a pas été prise sur la base de considérations non pertinentes ou sans égard à toutes les considérations pertinentes ou encore de façon judiciairement incorrecte—Le juge-arbitre n'avait pas la juridiction pour réduire l'amende ou pour permettre à la défenderesse de payer l'amende au moyen de versements mensuels—La Loi ne confère pas un tel pouvoir au juge-arbitre—C'est clairement à la Commission qu'il appartient de conclure individuellement avec les prestataires des ententes sur la question des modalités de paiement des amendes—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 33 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 25).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PYNE (A-378-98, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 15-12-99, 4 p.)

**BREVETS****CONTREFAÇON**

Demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à la défenderesse Apotex à l'égard d'un médicament, le cisapride—Dans son avis d'allégation, Apotex affirme que le procédé qui sera utilisé pour la production du monohydrate de cisapride n'est pas visé par le brevet des demanderesse—Le brevet contient des revendications pour le cisapride, s'appliquant aussi bien au procédé qu'au produit obtenu par le procédé—En raison des limitations prévues dans la Loi sur les brevets (et plus précisément à son art. 41(1)), le cisapride n'était pas, au moment du dépôt, revendiqué sous la forme du produit en soi—La demande est accueillie—L'interprétation d'un brevet doit être raisonnable et juste tant pour le titulaire du brevet que pour le public—N'eût été l'art. 41(1) de la Loi sur les brevets, le titulaire du brevet aurait eu le droit de formuler une revendication portant sur le produit lui-même, le cisapride, indépendamment de son mode de fabrication—Le breveté n'avait pas l'intention de se limiter aux procédés spécifiques

**BREVETS—Suite**

exposés dans la revendication 1, étant donné que les limitations du procédé n'avaient été incluses que pour se conformer à l'art. 41(1) de la Loi—La revendication 5 du brevet englobe les procédés de la revendication 1 ainsi que tout autres procédé chimique manifeste—Vu l'ensemble de la preuve, le procédé proposé par Apotex est visé par le brevet ou est un équivalent chimique manifeste des procédés de la revendication 1—Le procédé contreferait donc le brevet des demanderesse—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 41(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16).

JANSSEN PHARMACEUTICA INC. C. APOTEX INC. (T-1970-94, juge Nadon, ordonnance en date du 7-2-00, 46 p.)

Requête des demanderesse visant l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse Nu-Pharm Inc. de contrefaire le brevet canadien '1 275 349—Les requérantes demandent en outre à la Cour d'interdire à Nu-Pharm Inc. la fabrication, l'acquisition, l'importation, l'exportation, la distribution, la vente, la mise en vente et l'acceptation de commandes de maléate d'énalapril en vrac ou sous forme de comprimés, ainsi que la publicité et le marketing s'y rapportant—L'intimée est grossiste et distributeur de médicaments génériques—Les requérantes allèguent que toutes les revendications du brevet sont valides—L'intimée offre l'avis de six experts dans une variété de domaines pertinents à l'appui de l'allégation d'invalidité de la revendication 1—Vasotec et Nu-Enalapril sont tous deux des inhibiteurs de l'enzyme de conversion de l'angiotensine et sont indiqués dans le traitement de l'hypertension artérielle et de l'insuffisance cardiaque—L'art. 57 de la Loi sur les brevets et la règle 373 des Règles de la Cour fédérale (1998) confèrent à la Cour la compétence voulue pour connaître de la requête en injonction interlocutoire—Le critère applicable pour déterminer s'il y a lieu de décerner une injonction interlocutoire est le critère à trois volets dégagé dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—La Cour doit tout d'abord déterminer s'il existe une question sérieuse à trancher—Il ressort d'une évaluation préliminaire qu'il y a des chances que les revendications en cause soient valides et qu'elles aient été contrefaites—L'allégation de contrefaçon formulée contre l'intimée n'est pas futile—Question sérieuse à trancher—Les requérantes font premièrement valoir, au chapitre du préjudice irréparable, que l'intimée désobéira à l'injonction permanente visant Apotex si elle fabrique et vend le Nu-Enalapril—Elles font en outre valoir qu'elles pourraient ne pas toucher d'éventuels dommages-intérêts, car Nu-Pharm n'est qu'un grossiste et distributeur doté de 17 employés, son chiffre d'affaires annuel n'est que de 16 millions de dollars et ses éléments d'actif seraient insuffisants pour exécuter un jugement ordonnant le versement de dommages-intérêts ou la restitution des profits—Dans certains cas, le préjudice infligé à la cote d'estime peut

**BREVETS—Fin**

permettre de conclure à l'existence d'un préjudice irréparable—Il y a absence d'éléments de preuve établissant en l'espèce le risque de perdre la clientèle constituée des autorités publiques—La Cour est convaincue que les requérantes ne subiront aucun préjudice irréparable, malgré les arguments fort valables avancés à l'appui de la contrefaçon de leur brevet—La Cour a des doutes concernant la capacité de l'intimée à verser les dommages-intérêts auxquels elle pourrait être condamnée—Le dérangement que connaîtra l'intimée si elle est contrainte à mettre fin à la fabrication et à la vente de comprimés de Nu-Enalapril l'emporte de loin sur les inconvénients que subiront les requérantes si le médicament en cause demeure sur le marché jusqu'au règlement définitif de l'action principale—Aucune injonction n'est décernée même si les requérantes ont produit des éléments de preuve concernant l'existence d'une question sérieuse à trancher et ont avancé des arguments solides à l'appui de la contrefaçon—Requête rejetée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 57—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS 98/106, règle 373.

MERCK & CO., INC. C. NU-PHARM INC. (T-753-99, juge Muldoon, ordonnance en date du 21-1-00, 24 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

Appels en matière de citoyenneté—Pratique—Appel d'une décision de la Section de première instance selon laquelle les nouvelles Règles de la Cour Fédérale (1998) ne peuvent s'appliquer aux appels en matière de citoyenneté interjetés avant l'entrée en vigueur des nouvelles Règles (25 avril 1998)—Il s'agit de déterminer si les nouvelles Règles s'appliquent aux appels qui ont été interjetés en application du paragraphe 14(5) de la Loi sur la citoyenneté et qui étaient en instance au moment où elles sont entrées en vigueur—En vertu des anciennes Règles (Règles 912), les appels en matière de citoyenneté étaient entendus par la voie d'un procès *de novo*, alors qu'aux termes des nouvelles règles (règle 300c), ils sont traités comme des demandes—Appels rejetés—Bien que la règle 501(1) prévoit que les nouvelles règles s'appliquent à toutes les instances, y compris les procédures engagées après leur entrée en vigueur dans le cadre d'instances introduites avant ce moment, il est tout simplement impossible, en pratique, de concilier les nouvelles Règles avec les anciennes Règles et de poursuivre les appels interjetés en vertu des anciennes Règles conformément aux nouvelles Règles, en ce qui concerne les appels en matière de citoyenneté—Dans les circonstances très exceptionnelles, la Cour doit nécessairement interpréter les dispositions transitoires «de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.» (règle 3)—Le meilleur moyen de trancher le litige de façon définitive est d'appliquer les anciennes Règles aux appels interjetés avant le 25 avril 1998—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 912—Règles de la Cour fédérale (1998),

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

DORS/98-106, règles 3, 300c), 501(1)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 14(5).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KARIC (A-592-98, A-593-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 1-3-00, 2 p.)

**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel (le tribunal) de la CISR que le mariage du demandeur avait principalement pour but d'obtenir l'admission au Canada de sa conjointe à titre de parent—Demande accueillie—Application du critère à deux volets de l'affaire *Horbas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 C.F. 359 (1<sup>re</sup> inst.): le mariage doit avoir été contracté principalement dans le but d'obtenir l'admissibilité au Canada en tant que membre de la catégorie des parents et, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'y ait aucune intention de vivre ensemble en permanence—Quant au deuxième volet du critère, le tribunal conclut sans analyse que le requérant n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que sa conjointe avait l'intention de vivre en permanence avec lui—Au vu des faits, le tribunal n'a pas tenu compte de la preuve pertinente qui lui était présentée (contexte familial, qualités personnelles, éducation, style de vie, parents au Canada) et, de ce fait, il a commis une erreur ouvrant droit au contrôle.

MEELU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-841-99, juge Gibson, ordonnance en date du 7-1-00, 8 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Requête pour dépens—Demandeur détenu par le défendeur en vertu d'un mandat d'arrestation—Défaut du demandeur de comparaître, le 20 janvier 1999, à son entrevue de renvoi du Canada—Le 2 février 1999, l'arbitre a conclu que le demandeur ne se présenterait pas pour son renvoi si on le libérait et a maintenu le demandeur en détention—À cette époque, le requérant faisait l'objet d'une ordonnance de probation l'obligeant à se présenter périodiquement à son agent de probation—Le 9 février 1999, nouvelle décision de maintenir le demandeur en détention en vue de son renvoi—Le demandeur a déposé une demande d'autorisation pour le contrôle judiciaire des décisions de le maintenir en détention rendues les 2 et 9 février 1999—L'exécution de la mesure d'expulsion était fixée au 25 février 1999—Le demandeur a sollicité et obtenu de la Cour une ordonnance de sursis à son expulsion—Le demandeur a été libéré—Les parties conviennent que la demande de contrôle judiciaire était devenue sans objet—La seule question à régler est la réclamation du demandeur pour les dépens—L'argument

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

voulant que l'arbitre, l'avocat du défendeur, et les fonctionnaires chargés de l'application de la loi, ont tout simplement fait des erreurs et n'ont pas agi de façon désinvolte n'est pas crédible—Leurs actions constituent de la grossière négligence—On ne peut mettre de côté les décisions de la Section de première instance dans *Cuskic c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997) 130 F.T.R. 232 et *Clarke c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 259 (déclarant illégal d'émettre une convocation aux fins de renvoi à un individu qui fait l'objet d'une ordonnance de probation l'obligeant à se présenter périodiquement à son agent de probation) jusqu'à ce qu'elles soient confirmées par la Cour d'appel fédérale—Les responsables de la mise en œuvre et l'arbitre n'ont pas tenu compte de la loi—Devant l'arbitre, l'avocat du défendeur a donné une interprétation clairement erronée du droit—Ces circonstances établissent l'existence de raisons spéciales—Tous les frais engagés sont une conséquence de la décision du 2 février 1999 et ils se situent dans le cadre de la présente affaire—Ordonnance quant aux dépens en conformité avec les présents motifs.

RUSSELL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-800-99, juge Reed, ordonnance en date du 10-12-99, 9 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision portant que les demanderessees n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les revendicatrices ont retenu les services d'un avocat au moyen d'un certificat d'aide juridique—L'audience a été fixée au 9 novembre 1998—Le 23 octobre 1998, l'assistant de l'avocat a écrit à la Commission pour l'informer que, sur ordre du médecin, l'avocat s'absenterait de son travail pour une période indéterminée et pour demander un ajournement—L'agente d'audience a refusé l'ajournement—Le 5 novembre, l'assistant a envoyé une autre lettre pour expliquer que l'avocat, toujours malade, ne représentait plus les revendicatrices et pour demander à nouveau un ajournement—Sa demande a été rejetée une fois encore—Les revendicatrices n'ont pas réussi à retenir les services d'un autre avocat à peine quatre jours avant l'audience—Les revendicatrices ne pouvaient sans doute pas, dans un délai aussi court, obtenir une autre autorisation de l'aide juridique pour embaucher un autre avocat—L'audience a eu lieu comme prévu, sans avocat—Le deuxième membre du tribunal n'a pas participé à l'audience, apparemment parce qu'il ne se sentait pas à l'aise de participer à une audience en anglais—La transcription laisse croire que, parce que l'avocat avait écrit au tribunal en français, l'agente des audiences s'attendait que l'affaire soit entendue en français—Le rapport préparé par un agent chargé de présenter des dossiers complets au tribunal révèle que, dès le 8 juin 1998, les revendicatrices avaient demandé que l'audience se

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

déroule en anglais—Non seulement un des commissaires devant siéger à l'audience n'était pas en mesure d'entendre l'affaire parce qu'elle devait se dérouler en anglais, mais encore le tribunal n'avait même pas accès à un interprète capable de traduire de l'anglais au français—La commissaire qui a présidé l'audience n'a tenu aucun compte des instructions de l'agent de la Commission même, en ne s'assurant pas de former un tribunal compétent pour tenir l'audience en anglais—Le tribunal n'a pas veillé à ce que les revendicatrices reçoivent des conseils indépendants—La commissaire n'a pas informé les revendicatrices qu'elles pouvaient refuser que l'audition ait lieu parce qu'un seul commissaire du tribunal était prêt à l'entendre—Si on fait pression sur un demandeur pour qu'il donne son consentement, ou s'il ne comprend pas ce qu'il fait, il y a défaut de consentement valable: *Virk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1992), 140 N.R. 290 (C.A.F.)—Demande accueillie—La procédure s'est déroulée de façon inéquitable en ne tenant aucun compte des principes de justice naturelle.

KVELASHVILI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-907-99, juge Rouleau, ordonnance en date du 4-1-00, 11 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La SSR a reconnu que le demandeur était un citoyen du Nigeria et qu'il craignait d'être persécuté au moment où il avait quitté le Nigeria en 1998, mais elle a conclu que le demandeur n'avait plus de motifs valables de craindre d'être persécuté parce que la situation au Nigeria avait connu des changements suffisamment importants, réels et durables pour que la crainte d'être persécuté soit maintenant déraisonnable—Demande accueillie—La SSR a commis une erreur en s'appuyant sur une décision inédite d'un autre tribunal de la SSR statuant sur un autre litige pour tirer sa conclusion concernant les changements de la situation au Nigeria—Il n'a pas été fait mention, à l'audience ou à un autre moment avant la décision, de la décision antérieure dont le tribunal a adopté le raisonnement—Le demandeur n'a pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue—Une conclusion relative aux changements de la situation constitue clairement une conclusion de fait—L'adoption du raisonnement retenu par un autre tribunal relativement à une conclusion de fait déterminante justifie l'intervention de la Cour.

OSADOLOR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2239-99, juge MacKay, ordonnance en date du 20-1-00, 5 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas, suite à son évaluation, de rejeter une demande de résidence permanente où la profession envisagée était celle de chimiste—La question est de savoir si le demandeur a

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

reçu une occasion valable de répondre aux inquiétudes que l'agente des visas lui a communiquées à l'entrevue au sujet d'une lettre de référence—L'agente des visas a contacté l'employeur (W. R. Grace and Co.) avant l'entrevue, et la directrice des ressources humaines a déclaré que le demandeur avait travaillé pour eux pendant une courte période, comme contractuel dans le domaine du soutien de laboratoire, et que l'auteur de la lettre de référence lui avait dit qu'elle n'avait pas été rédigée sur du papier en-tête de Grace—L'agente des visas s'inquiétait de la possibilité que la lettre soit frauduleuse—L'agente des visas a admis qu'elle n'avait pas donné l'occasion au demandeur d'entrer en rapport avec l'employeur ou l'auteur de la lettre de référence pour régler la question—L'agente des visas était sous l'impression, au vu de la réponse et de la réaction du demandeur (qui n'avait pas d'explication à offrir), que la lettre était frauduleuse—Elle croyait aussi, étant donné la description de son travail fournie par l'employeur, qu'il ne s'agissait pas d'un emploi qui permettait de l'évaluer comme chimiste—Elle a accordé au demandeur 0 point au titre de l'expérience et 2 points au titre des qualités personnelles—Après l'entrevue, le demandeur est entré en rapport avec l'agence de placement qui lui a fourni une lettre confirmant qu'il avait travaillé comme chimiste analytique sur un projet entrepris pour le compte de Grace—L'auteur de la lettre de référence a aussi confirmé que le demandeur avait travaillé comme chimiste, et qu'il s'était trompé lorsqu'il a déclaré que la lettre en cause n'était pas sur du papier en-tête—Lorsque le demandeur a présenté cette nouvelle preuve, on l'a avisé que le refus de la demande de résidence permanente était une décision finale et qu'aucun appel n'était prévu—Demande accueillie—Les principes de l'équité procédurale ont été enfreints de deux façons—On aurait dû donner un avis précis au demandeur de la question à l'étude (les doutes quant à l'aspect frauduleux de la lettre de référence) avant l'entrevue—On aurait dû lui donner l'occasion de clarifier la question—C'est à tort qu'on a avisé le demandeur qu'il n'était pas possible de réexaminer la décision au vu de la nouvelle preuve—Un agent d'immigration peut réexaminer un dossier lorsqu'il y va de l'intérêt de la justice: *Nouranidoust c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 123 (1<sup>re</sup> inst.)—C'est le principe qu'on aurait dû appliquer ici.

ISLAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-22-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 23-12-99, 10 p.)

**CONCURRENCE**

Dans une action en matière de droits d'auteur, requête visant la radiation des mentions de l'art. 32 de la Loi sur la concurrence et des pratiques qui y sont mentionnées au motif que ces pratiques ne peuvent faire l'objet d'une poursuite que sur une plainte exhibée par le procureur général du Canada—L'art. 32 traite de la question de

**CONCURRENCE—Fin**

limiter, de restreindre, d'empêcher, de réduire, etc. la concurrence notamment ou de lui causer un préjudice, et cc, indûment—La question de savoir si l'un quelconque de ces gestes entraîne une conséquence indue ne peut être établie que dans le cadre d'une plainte du procureur général du Canada—Tant qu'un tribunal n'a pas conclu à des conséquences indues, l'art. 32 ne peut être invoqué comme moyen de défense ni servir de fondement à une demande reconventionnelle dans le cadre d'une action concernant des droits d'auteur—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 32 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 18; L.C. 1990, ch. 37, art. 29.

VOLKSWAGEN CANADA INC. C. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD. (T-319-98, protonotaire chef-adjoint Giles, ordonnance en date du 20-12-99, 3 p.)

**DROIT D'AUTEUR****VIOLATION**

Appel de la décision de la Section de première instance ([1998] 3 C.F. 103) rejetant l'action en violation du droit d'auteur des appelantes—Les appelantes allèguent que l'intimée a porté atteinte à leur droit d'auteur sur le dessin Mangrove, une œuvre artistique créée en France par Claire Iles et intitulée «Harmonie»—L'intimée a obtenu l'adjudication d'un marché visant la fourniture de dalles de moquette à l'aéroport de Calgary—Le motif des dalles était une copie du dessin Harmonie (Mangrove), d'où le litige—Les appelantes ont fait enregistrer le dessin Mangrove en vertu de la Loi sur les dessins industriels, le 6 novembre 1990—La Loi, à cette date, limitait la protection qu'elle prévoyait aux propriétaires des dessins et ne reconnaissait pas les cessionnaires (ce qu'était l'appelante Milliken) comme propriétaires—Des modifications ont été apportées à la Loi en 1993, pour permettre aux cessionnaires de requérir l'enregistrement des dessins industriels en qualité de propriétaires, mais elles prévoyaient aussi que les cessionnaires ne pourraient tenter d'action en contrefaçon fondée sur des revendications antérieures à l'entrée en vigueur des modifications—Le nouvel art. 64 de la Loi sur le droit d'auteur, entré en vigueur le 8 juin 1988, est la seule source potentielle de protection par le droit d'auteur de l'œuvre en question—Si le dessin a été créé après le 8 juin 1988 inclusivement, la nouvelle disposition s'applique, sinon c'est l'ancien art. 64(1) qui continue de s'appliquer—Si Harmonie est un dessin créé avant le 8 juin 1988, aucun droit d'auteur ne le protège et l'appel est voué à l'échec—Le juge de première instance, à partir de l'inférence défavorable qu'elle a tirée, a conclu que l'œuvre Harmonie achetée de M<sup>me</sup> Iles avait été créée avant le 8 juin 1988—Elle avait le droit de tirer une inférence défavorable dans ces circonstances, et de conclure que l'œuvre Harmonie avait été créée avant le 8 juin 1988—L'œuvre que les appelantes ont achetée à M<sup>me</sup> Iles le 11 janvier 1989 était susceptible d'être enregistrée en



**DROIT D'AUTEUR—Fin**

vertu de la Loi sur les dessins industriels et avait servi d'échantillon, pour être multiplié par un procédé industriel—Par conséquent, l'œuvre intitulée Harmonie était un dessin (*design*) susceptible d'être enregistré en vertu de la Loi sur les dessins industriels, devant servir d'échantillon à multiplier par un procédé industriel, et était exclue de la protection du droit d'auteur en raison de l'art. 64(1) de la Loi sur le droit d'auteur lequel s'applique aux dessins industriels antérieurs au 8 juin 1988—C'est la loi applicable qui permet de déterminer si une œuvre est un dessin (*design*)—La loi applicable aux œuvres antérieures au 8 juin 1988 est l'ancien art. 64(1) et non le nouvel art. 64—Compte tenu des faits de l'espèce, il n'y a donc pas lieu d'invoquer le nouvel art. 64—Les appelantes n'ont pas tenu compte des mots employés dans la définition de «dessin» à l'art. 64(1)—L'objet fini, dans la définition de dessin, n'a pas à être un objet utilitaire—L'argument des appelantes sur l'application du nouvel art. 64 vise seulement à les soustraire à l'intention claire du législateur, exprimée à l'art. 64(4), à savoir que la loi antérieure au 8 juin 1988 continue de s'appliquer aux dessins créés avant cette date—Le juge de première instance a conclu à bon droit que le dessin en cause n'était pas protégé par la Loi sur le droit d'auteur en raison de l'ancien art. 64(1) de cette Loi—Appel rejeté—Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 64 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 11).

MILLIKEN & CO. C. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (CANADA) INC. (A-120-98, A-121-98, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 26-1-00, 16 p.)

**DROIT MARITIME**

## PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

La demande principale avait pour but de faire déclarer la défenderesse en défaut de respecter les termes d'une convention de prêt en date du 11 février 1998, ladite convention étant garantie par une hypothèque maritime pour un montant de 80 000 \$—La défense conteste non seulement la validité de l'hypothèque maritime, mais également la nature des règles de droit applicables en l'espèce—Requête en jugement sommaire au motif que la défense déposée au dossier ne soulève aucune véritable question litigieuse à l'encontre de la déclaration de la demanderesse—Requête rejetée—Les deux questions soulevées en défense constituent des questions sérieuses—Les faits au dossier sont insuffisants pour permettre de trancher l'ensemble des questions de faits et de droit soulevées—Application du test (établi dans *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437) applicable quant à la détermination de l'étendue du champ d'application des règles de droit maritime—Il appert des transactions effectuées dans le présent litige que

**DROIT MARITIME—Fin**

la convention de prêt relève des pouvoirs accordés aux provinces en vertu de la Constitution relativement à la propriété et aux droits civils et que le billet à terme relève du fédéral—Toutefois, l'objet grevé par l'hypothèque maritime est un navire sujet aux règles applicables en matière d'amirauté et de droit maritime canadien et relève de la compétence de la Cour fédérale du Canada—Les parties n'ayant pas, à l'audition de la requête, établi les règles de droit applicables en l'espèce, la question doit être renvoyée au juge devant entendre le litige au fond.

PAQUIN C. ALLEY CAT (LE) (T-1048-98, juge Lemieux, ordonnance en date du 23-12-99, 16 p.)

## TRANSPORT DE MARCHANDISES

Les demandereses réclament des dommages suite à la manutention négligente de leurs marchandises par les défendeurs (2 caisses contenant une machine à développer des photos, ainsi que deux sous-ensembles)—Requête visant l'annulation d'une ordonnance du protonotaire ([1999] F.C.J. n° 1584 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) refusant la requête des défendeurs pour une suspension des procédures afin que l'affaire soit entendue à Anvers, et l'octroi d'une suspension d'instance au défendeur—Une clause attributive de compétence dans le connaissance prévoit que toute réclamation sera tranchée par les tribunaux d'Anvers—Le connaissance indique que les marchandises doivent être chargées au port d'Anvers et déchargées au port de Seattle—Le transporteur a décidé de décharger les marchandises à Montréal, pour ensuite les expédier par voie ferroviaire jusqu'à Seattle—La fragilité des marchandises faisait qu'elles ne pouvaient être expédiées par voie ferroviaire—Requête rejetée—Application du critère portant sur la suspension retenu dans la décision *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237—Le protonotaire avait compétence pour déterminer que le connaissance était devenu caduc à Montréal et que la clause attributive de compétence avait subi le même sort—Le protonotaire a eu raison de considérer la question de la violation d'une clause essentielle ou du déroutement—La décision d'ordonner une suspension des procédures est une question de fait à déterminer dans chaque cas et le protonotaire avait le pouvoir discrétionnaire de prendre la décision qu'il a prise au vu des faits dont la Cour était saisie, après avoir pris en compte les critères établis dans l'affaire *The Eleftheria*—Le juge du procès pourra évaluer les gestes posés par les parties au vu du connaissance—Le juge du procès peut tout à fait trancher la question de l'applicabilité du contrat, ainsi que celle de savoir si le défendeur est devenu un transporteur général après avoir déchargé les marchandises à Montréal.

Z.I. POMPEY INDUSTRIE C. CANMAR FORTUNE (LE) (T-98-98, juge Blais, ordonnance en date du 21-12-99, 12 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

### APPELS

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique a statué qu'il n'avait pas compétence pour trancher l'appel interjeté en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique à l'encontre de la nomination au poste de chef des appels au Bureau régional du sud de l'Ontario de Revenu Canada—En 1996, Revenu Canada a tenu des concours internes pour les postes de chef des appels et de directeur des programmes—Le demandeur a posé sa candidature au poste de chef des appels—Comme aucun candidat n'a été jugé admissible et aucune nomination n'a été faite, aucun droit d'appel n'a pris naissance à la suite de ce concours—Le demandeur n'a pas posé sa candidature au poste de directeur des programmes—Huit candidats admissibles au poste de directeur des programmes ont été inscrits sur une liste d'admissibilité—La Commission de la fonction publique a décidé que ces postes étaient similaires et que le poste de chef des appels pouvait être doté au moyen de la liste d'admissibilité établie pour le poste de directeur des programmes—Le chef des appels a été nommé à partir de la liste d'admissibilité—Demande accueillie—L'art. 21(1) ne conférait pas au demandeur le droit d'interjeter appel de la nomination à partir de la liste d'admissibilité parce qu'il n'était pas candidat au poste de directeur des programmes et que la liste d'admissibilité a été établie dans le cadre du processus de dotation de ce poste—La nomination du chef des appels était consécutive à une sélection interne effectuée autrement que par concours—La création de la liste d'admissibilité résulte d'un concours, mais le choix du titulaire du poste de chef des appels n'est pas consécutif au concours—L'art. 21(1.1) conférait au demandeur le droit d'interjeter appel de la nomination—Le comité d'appel avait compétence pour trancher l'appel—Il a confondu la question de la compétence avec les questions de fond soulevées par le demandeur—L'audition a porté longuement sur la question de savoir si les deux postes étaient similaires—Le comité d'appel n'a pas autorisé la présentation de tous les éléments de preuve pertinents, parce qu'il est impossible de déterminer comment le demandeur aurait présenté sa preuve si le comité d'appel n'avait pas insisté pour trancher la question de la similarité des postes comme première question déterminante—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

HASAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1760-98), juge Sharlow, ordonnance en date du  
17-1-00, 5 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

### CALCUL DU REVENU

#### Déductions

Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que la demanderesse n'avait le droit d'ajouter aucun

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

montant à son compte de frais cumulatifs à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz (FBCPG) en vertu de l'art. 66.4(5)a) et b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La contribuable et Lone Rock Resources Ltd étaient des sociétés par actions albertaines exerçant leurs activités dans le domaine de l'exploration pétrolière et gazière—En janvier 1986, ces deux sociétés par actions ont formé une société en commandite—Une société par actions à dénomination numérique a été désignée comme le commandité et Lone Rock comme le commanditaire—En septembre 1986, Lone Rock, une filiale à part entière de la contribuable, a cédé à la contribuable la totalité de ses biens, de ses éléments d'actif et de ses entreprises—Le seul bien d'importance appartenant à Lone Rock était une participation de 99,9 p. 100 dans la société en commandite LRR—Le 29 septembre 1986, Lone Rock a été dissoute—Le 30 septembre 1986, la contribuable a conclu avec la société en commandite LRR une convention relative à l'attribution en vertu de laquelle la société en commandite a transféré tous ses biens à la contribuable—Ces biens comprenaient un avoir minier canadien qui avait une juste valeur marchande non contestée de 12 276 297 \$—La contribuable soutenait que, pour acquérir l'avoir minier canadien de la société en commandite, elle s'était départie de sa participation de cessionnaire de Lone Rock dans la société en commandite et que cette participation avait une juste valeur marchande de 12 276 297 \$—Appel accueilli (le juge Robertson, J.C.A., étant dissident)—Le juge Rothstein, J.C.A.: Les motifs fournis par le juge de la Cour de l'impôt ne tenaient pas compte du libellé de l'art. 98(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Cette disposition dit simplement que, «aussi longtemps que tous les biens de la société [ . . . ] n'ont pas été attribués aux personnes qui ont le droit de les recevoir» la société de personnes est «réputée ne pas avoir cessé d'exister»—La participation de cessionnaire dans la société en commandite constitue un bien meuble—Il n'est pas nécessaire que des débours ou frais soient engagés en argent comptant—En l'espèce, la contribuable a engagé un débours en se départant de sa participation de cessionnaire dans la société en commandite contre les biens de la société en commandite—Elle avait le droit, en vertu de la loi, d'obtenir l'avoir minier canadien de la société en commandite au moment de sa dissolution—Ce droit lui était conféré en raison de sa participation de cessionnaire dans la société en commandite—Ce qui est pertinent, c'est la valeur et non le coût de la participation de cessionnaire de la contribuable—Pour dire que la contribuable n'a supporté aucun coût pour obtenir l'avoir minier canadien il faut n'attribuer aucune valeur à la participation de cessionnaire—Le coût que la contribuable a le droit d'ajouter à son compte de FBCPG en vertu de l'art. 66.4(5)a) de la Loi relativement à l'avoir minier canadien qu'elle a reçue à la dissolution de la société en commandite LRR s'élève à 12 276 297 \$—Le juge Robertson, J.C.A. (dissident): La contribuable n'a pas le droit d'ajouter quelque montant que ce soit à son compte de FBCPG cumulatifs relativement aux avoirs miniers

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

canadiens qu'elle a reçus à la dissolution d'une société en commandite—Elle n'a engagé ni débours ni frais contrairement à ce que prévoient l'art. 66.4(5)a) et b), ni versé de «contrepartie valable» en échange des avoirs en cause—La contribuable a acquis ces biens sans contracter d'obligation exécutoire en droit—Par conséquent, elle n'avait pas le droit d'ajouter la juste valeur marchande de l'avoir minier à son compte de FBCPG—Tout ce que la contribuable a fait, c'est d'acquérir les avoirs miniers canadiens appartenant à l'origine à Lone Rock, indirectement plutôt que directement et sans contracter quelque obligation juridique que ce soit qui pourrait être considérée comme des débours ou des frais—L'appel devrait être rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 66.4(5) (édicé par L.C. 1980-81, ch. 48, art. 37(1)), 98(1) (mod. par L.C. 1976-77, ch. 4, art. 37(1)).

BOW RIVER PIPELINES LTD. C. CANADA (A-359-98, juge Rothstein, J.C.A., juge Robertson, J.C.A. étant dissident, jugement en date du 18-1-00, 25 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Requête visant à obtenir une injonction interlocutoire provisoire afin d'empêcher la défenderesse Showmax d'employer le mot «Showmax» pour désigner un cinéma pour films grand format que celle-ci se propose d'ouvrir à Montréal—La demanderesse affirme être l'inventeur et le promoteur de l'industrie des films grand format—À l'heure actuelle, il y a 25 cinémas «Imax» ou «Omnimax» au Canada, dont trois à Montréal—La défenderesse a l'intention d'ouvrir un cinéma pour films grand format à Montréal au mois de juin 2000 sous le nom et la marque «Showmax», au centre de divertissement du Forum—La demanderesse croit que les activités de la défenderesse sont susceptibles de créer de la confusion—Action en violation de marque de commerce, en «*passing off*», en diminution de la valeur de l'achalandage, en diffamation commerciale fondée sur la Loi sur les marques de commerce et en violation d'un droit d'auteur—Showmax Inc. est responsable du site Web de l'Internet employé pour annoncer l'ouverture du cinéma «Showmax» pour films grand format au centre de divertissement du Forum—La page technique du site Web offre d'autres liens, et notamment un lien qui amène la personne qui consulte ce site au site Web du Vieux-Port de Montréal qui renferme des renseignements et de la publicité au sujet du cinéma «Imax» au Vieux-Port de Montréal et affiche la marque de commerce «Imax»—La demanderesse déclare que la disposition du cadrage et des liens amène vraisemblablement toute personne qui consulte le site à penser qu'«Imax» est responsable de «Showmax» ou qu'elle est liée à «Showmax» relativement au cinéma «Showmax» envisagé pour films grand format—La demande est accueillie—1) La Cour dispose d'un nombre suffisant d'éléments de preuve pour pouvoir conclure à l'existence d'une ques-

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

tion sérieuse à trancher—La demanderesse est le propriétaire inscrit d'une famille de marques («Imax») et elle possède donc le droit exclusif partout au Canada d'employer ces marques à l'égard de ses marchandises et services—Elle a déposé l'affidavit de M. Senders qui est d'avis, en s'appuyant sur les réponses à un sondage sur la perception des consommateurs, que l'emploi du terme «Showmax» comme nom d'un cinéma à écran géant à Montréal amènerait vraisemblablement les clients existants et éventuels de ce cinéma à croire que les cinémas «Showmax» appartiennent à la société qui possède et exploite les cinémas «Imax», qu'ils sont exploités par cette société, ou encore qu'ils sont associés à pareille société—La défenderesse a déposé un affidavit de M. Liefeld, qui ne souscrit pas à la méthode d'enquête, aux questions qui ont été posées, à la méthode par laquelle on a choisi les participants—Le fait que M. Liefeld ne souscrit pas à la méthode employée par M. Senders ne suffit pas pour permettre à la Cour d'annuler le résultat du sondage que ce dernier a effectué—La situation aurait peut-être été fort différente si M. Liefeld avait effectué son propre sondage comme il le jugeait bon et s'il avait conclu à l'absence d'une possibilité de confusion—La demanderesse a établi l'existence d'une cause défendable—2) La demanderesse subira un préjudice irréparable—Le requérant doit, pour démontrer l'existence d'un préjudice irréparable, apporter des preuves indiquant clairement comment ce préjudice sera causé et pourquoi il sera irréparable—La preuve de confusion est insuffisante pour inférer l'existence d'un préjudice irréparable—La demanderesse doit démontrer l'existence d'une preuve réelle de perte de son achalandage ou de sa réputation—La défenderesse n'ayant pas encore commencé à exploiter un cinéma pour films grand format en employant le nom «Showmax», il est difficile pour la demanderesse d'établir l'existence d'un préjudice irréparable comme la perte de son achalandage et la perte de ventes résultant de la confusion—La demanderesse a déposé l'affidavit de M. Pearce qui est d'avis qu'il sera gravement porté atteinte à l'achalandage d'«Imax» si les défenderesses emploient le nom «Showmax» à l'égard d'un cinéma pour films grand format à Montréal; l'emploi de la marque «Showmax» portera atteinte à la marque «Imax» en ce qui concerne sa signification ou le capital marques—La défenderesse n'a pas présenté de preuve pour contredire le témoignage d'expert de M. Pearce—3) La prépondérance des inconvénients favorise la demanderesse—La défenderesse n'a pas commencé à exercer ses activités au Canada—À Montréal, les seuls frais que la défenderesse a engagés se rapportent au coût de l'enseigne qui a été installée sur l'immeuble du Forum de Montréal et au coût d'une brochure annonçant l'ouverture future d'un cinéma pour films grand format—Ces frais sont relativement peu élevés—La demande d'injonction interlocutoire est accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13.

IMAX CORP. C. SHOWMAX, INC. (T-592-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 18-1-00, 29 p.)

## PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire attaquant la décision de la directrice du pénitencier de La Macaza d'augmenter la cote sécuritaire du requérant de faible à modéré et de le placer en isolement ainsi que la décision du Centre régional de réception de transférer le demandeur de La Macaza à l'établissement de Drummond—Ces décisions découlent d'un vol de marchandises évaluées à 2 229 \$ survenu à la cantine de La Macaza et de l'agression d'un co-détenu—Demande accueillie—La question relative à l'isolement est maintenant académique—L'obligation d'équité exige qu'en matière de transfèrement, le détenu reçoive l'information utile pour être en mesure de faire ses observations—Les motifs en l'espèce étaient les accusations de vol et d'agression contre un co-détenu—Or il a été admis que le demandeur n'avait pas participé au complot relativement à l'agression du co-détenu—Et, d'après la preuve, il semble que les accusations de vol n'étaient fondées que sur de simples soupçons—Enfin, il était impossible de conclure que la conduite du demandeur mettait en danger le bon ordre et la sécurité de l'établissement—À la lumière de la jurisprudence récente, le demandeur n'a pas reçu suffisamment de renseignements relativement aux motifs de son transfèrement et de la hausse de sa cote de sécurité pour affirmer que les règles d'équité procédurale ont été respectées—En outre, les allégations et accusations en question devront être radiées du dossier du demandeur.

ZARZOUR C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1793-98, juge Rouleau, ordonnance en date du  
28-1-00, 12 p.)

## PEUPLES AUTOCHTONES

### TERRES

Le demandeur poursuit la Couronne pour abus de confiance, manquement à obligation fiduciaire et délit civil—Le demandeur est un autochtone d'origine américaine—Il vit à Terre-Neuve et, depuis 1972, sur des terres qui font maintenant partie de la réserve de Miawpukek—Il affirme qu'il était propriétaire de ces terres par sa femme et que celle-ci en était propriétaire par ses propres ancêtres dont le titre remontait à 1870; il en a cédé la propriété en 1985 au chef de la bande à l'époque, à la condition qu'une fois la réserve créée, lui, le demandeur, se voie accorder le droit d'occuper, aussi longtemps qu'il le souhaite, les terres qu'il cédait de cette façon—Le chef de la bande a cédé en 1987 les terres à l'État fédéral, à la condition qu'elles soient affectées à la création d'une réserve—La réserve a été finalement créée, et la bande juridiquement constituée, par décret en 1984—Le demandeur ne pouvait devenir membre de cette bande à sa création puisque le décret organique prévoyait entre autres conditions que seuls les Canadiens pouvaient en faire partie—Requête rejetée—En ce qui concerne la question du droit de propriété, il y a dans le dossier suffisamment d'éléments qui montrent clairement qu'il jouissait d'un

## PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

certain droit majeur sur la propriété qu'il a cédée—Son cas était semblable à celui d'un certain nombre d'autres membres de la bande avant qu'elle ne devienne une bande juridiquement constituée—La Couronne, après avoir enquêté sur les revendications de ces derniers, a visiblement conclu qu'ils avaient un droit monnayable tel qu'elle devait se l'assurer moyennant finances avant la création formelle de la réserve—Elle s'est de fait assuré le droit de propriété d'autres personnes, mais non celui du demandeur puisqu'elle l'avait acquis entre les mains du chef de la bande—Application de la jurisprudence *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, en matière de règles de preuve dans le contexte des revendications autochtones—Il faut, dans l'application des règles de preuve, prendre en compte le fait que souvent, les communautés autochtones n'ont aucun registre écrit et qu'une grande partie de ce qui est connu a été transmise par tradition orale d'une génération à l'autre—Il n'est pas impossible pour la Cour de conclure des éléments de preuve produits en l'espèce que le demandeur jouissait d'un droit réel sur la propriété en question, que ce droit et la propriété elle-même étaient monnayables, et qu'il les avait cédés au chef de la bande en vue de la création de la réserve—Véritable point litigieux à juger—Le chef de plainte d'abus de confiance et de manquement à obligation fiduciaire soulève un véritable point litigieux à juger—Le fait que l'acte de cession du chef de la bande à la Couronne faisait état du transfert antérieur du demandeur à ce dernier, et que la Couronne a payé, en échange de leurs droits, d'autres se trouvant dans le même cas que le demandeur, pourrait permettre de conclure qu'elle était au courant de la condition qui s'attachait à la cession de la propriété de ce dernier au chef de la bande—Le demandeur affirme que la Couronne a commis contre lui un délit civil en fixant des critères d'appartenance à la bande, qui avaient pour effet de l'en exclure—Le chef de responsabilité délictuelle n'est pas recevable, car les décisions politiques, législatives et administratives de l'État ne peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité délictuelle.

WETZEL C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-747-94,  
juge Hugessen, ordonnance en date du 28-1-00, 7 p.)

## PRATIQUE

Appel d'une décision du protonotaire Morneau en vertu de la règle 51 ordonnant la remise *sine die* d'une requête pour permettre de vérifier l'état de santé de l'auteur d'un affidavit—L'ordonnance du protonotaire est discrétionnaire—Le juge saisi de l'appel ne doit intervenir que si l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits—L'appelant a demandé par contrôle judiciaire l'annulation d'une demande de renseignements adressée par Revenu Canada au U.S. Internal Revenue Service—Il a déposé l'affidavit de M. El-Outaibi, un résident de l'Arabie Saoudite avec des

**PRATIQUE—Suite**

problèmes de santé—L'intimé voulait exercer son droit de contre-interroger M. El-Outaibi de vive voix—L'appelant a déposé une requête afin d'obtenir une ordonnance de la Cour pour que ce contre-interrogatoire soit fait par écrit—La non-conformité de l'affidavit de Nicole Bertrand justifiait le rejet de la requête de l'appelant que le contre-interrogatoire de M. El-Outaibi soit par écrit—Par souci de justice, le protonotaire a ajourné cette requête et rendu une ordonnance respectueuse des droits des parties—Les prétentions de l'appelant n'avaient aucun mérite et la jurisprudence citée n'était pas pertinente—Pour trancher la requête, abstraction faite de la question de juridiction, l'élément essentiel était l'incapacité de M. El-Outaibi—L'ordonnance du protonotaire visait précisément cet objectif: l'établissement des faits nécessaires—L'exercice du pouvoir discrétionnaire du protonotaire n'était pas clairement erroné—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 51.

AZOUZ C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-34-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 29-12-99, 6 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Production de documents*

Requêtes tendant à la production par les défenderesses Oceanex Inc. et Oceanex (1997) de certains documents pour examen et reproduction—La première requête tend à la production de documents sur les nouvelles méthodes de manutention du fret et sur la fourniture de nouveaux générateurs portables, utilisables sur les navires—Selon la règle 222 des Règles de la Cour fédérale (1998), un document d'une partie est pertinent si cette partie entend l'invoquer ou s'il est susceptible d'être préjudiciable à sa cause ou de favoriser la cause d'une autre partie—Jugé dans *T.O. Forest Products Inc. c. Fednav Ltd.* (1993), 72 F.T.R. 39 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), que tous les documents susceptibles d'être utiles à l'une ou l'autre partie, soit pour étayer une revendication, soit pour s'y opposer, sont pertinents et doivent être communiqués; les documents en question doivent être produits à moins qu'ils n'aient rien à voir avec les questions en litige—La règle 223 prévoit les catégories à indiquer dans l'affidavit d'énumération des documents—Les parties sont tenues d'y énumérer tous les documents pertinents et d'indiquer pour quelles raisons tel ou tel document ne peut pas être produit—La règle 226 fait aux parties obligation de faire part au fur et à mesure des documents nouvellement découverts—La règle 231 prévoit que la communication d'un document ou sa production pour examen ne constitue pas une reconnaissance de son authenticité ou de son admissibilité dans le cadre de l'action—C'est au juge du principal qu'il appartient de se prononcer sur l'admissibilité des éléments de preuve—Accueil de la première requête;

**PRATIQUE—Suite**

ordonné aux défenderesses de produire les documents demandés—La seconde requête tend à la production de documents relatifs à un manuel d'exploitation préparé par Oceanex avant l'accident et parachevé après celui-ci, et de documents relatifs au rapport d'enquête—Secret professionnel revendiqué pour les documents relatifs à l'enquête—Les documents préparés en prévision d'un litige sont protégés par le secret—Il incombe à la partie revendiquant le secret professionnel de prouver que le but principal du rapport d'enquête est la préparation en vue du litige—Les défenderesses ne se sont pas acquittées de cette charge de la preuve—Les demanderesses ont démontré que les déclarations d'avaries font partie des pratiques courantes des défenderesses; ces rapports sont établis dès qu'il y a une avarie et non pas nécessairement en prévision d'une action en justice—Ordonné aux défenderesses de soumettre les documents demandés à la Cour, qui jugera s'ils sont protégés par le secret des communications entre client et avocat et s'ils ont été manifestement compilés en prévision d'un litige imminent, à la demande soit de leurs avocats de l'époque soit de leurs avocats actuels—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 222, 223, 226, 231.

MARUHA CORP. C. OCEANEX INC. (T-1785-98, juge Blais, ordonnance en date du 20-12-99, 15 p.)

## COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Les passages retranchés de notes de service sont-ils protégés par le secret professionnel de l'avocat?—Dans *Lumonics Research c. Gould Limited*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a clairement établi qu'il incombait à la partie qui s'oppose à la production de documents en raison du caractère privilégié de la communication d'en établir les faits pertinents—Les défendeurs dans la présente affaire ne se sont pas déchargés du fardeau de la preuve étant donné qu'ils n'ont fourni aucune preuve des faits qui ont donné lieu à la protection du secret qu'ils invoquaient—Il est clair, à la lecture de *K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)* (1996), 106 F.T.R. 210 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et de *Lumonics*, qu'il importe d'établir les circonstances pertinentes au moyen d'un affidavit pour pouvoir invoquer la protection du secret des communications entre un avocat et son client—Étant donné que les défendeurs n'ont pas déposé d'affidavit établissant les faits pertinents, il est impossible de déterminer si le caractère secret des communications entre avocat et client s'applique aux passages occultés des notes de service—Comme il incombait aux défendeurs de s'acquitter du fardeau de la preuve, la requête de la demanderesse est accueillie et les défendeurs devront déposer les passages occultés dans les dix jours de l'ordonnance.

1185740 ONTARIO LTD. C. M.R.N. (T-384-98, juge Nadon, ordonnance en date du 20-12-99, 6 p.)

## PRATIQUE—Suite

## FRAIS ET DÉPENS

Règles de la Cour fédérale (1998), règle 400—Généralement, les dépens suivent l'issue de la cause—Lorsque la décision favorise également les parties, aucune ordonnance portant adjudication des dépens ne devrait normalement être rendue—Action principale pour contrefaçon (T-1618-93, jugement en date du 9-11-99 devant être publié dans R.C.F.)—En l'espèce, le défendeur a presque entièrement réussi à se défendre des réclamations des demanderesse, mais il a été entièrement débouté de sa demande reconventionnelle—Dans l'ensemble, le jugement a davantage favorisé le défendeur que les demanderesse—Les questions soulevées, d'importance générale et d'une complexité considérable, ont exigé beaucoup de travail des parties—Il était dans le plus grand intérêt public, tant au regard du droit que de l'ordre public, que l'affaire soit tranchée—Les allégations des demanderesse énoncées dans la déclaration et les réparations demandées étaient extrêmement larges et manquaient de précision, compliquant la préparation de l'instruction et la présentation des observations qui y ont été formulées—D'un autre côté, le dépôt tardif de la défense d'ordre constitutionnel, qui en outre était mal définie, a obligé les demanderesse à fournir un travail additionnel appréciable pour tenter de prévoir à quoi rimait cette défense et de s'y préparer—Rien ne permet de conclure que l'une ou l'autre des mesures prises dans le cadre des actions était inappropriée, vexatoire ou inutile, ou entreprise de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection—Compte tenu du résultat partagé de l'instance, de la complexité des questions juridiques, de l'absence de jurisprudence canadienne sur ces questions et de l'intérêt public lié à la résolution judiciaire de celles-ci, il est approprié que chacune des parties assume ses propres dépens—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400.

CCH CANADIENNE LTÉE C. BARREAU DU HAUT-CANADA (T-1618-93, juge Gibson, ordonnance en date du 21-12-99, 10 p.)

Taxation—La demande de jugement sommaire de la demanderesse a été rejetée avec dépens, les frais devant être payés sans délai quelle que soit l'issue de la cause—Les montants réclamés au titre des opinions d'experts sont refusés, les réclamations étant prématurées—Le critère de base applicable au jugement sommaire comprend le principe selon lequel une partie doit «présenter sa cause sous son meilleur jour», ce qui signifie que la partie intimée dans une requête en jugement sommaire doit produire une preuve permettant d'établir l'existence d'une question véritable à trancher à l'instruction—Il ne suffit pas pour la partie intimée de dire simplement qu'une preuve plus complète sera présentée à l'instruction: la preuve doit être présentée au cours de l'audition de la demande de jugement sommaire elle-même—La requête en jugement sommaire avait pour but de soumettre le litige à un renvoi visant à déterminer les

## PRATIQUE—Suite

dommages-intérêts après l'audition—Les règles 153 à 162 des Règles de la Cour fédérale (1998) concernent la preuve présentée spécifiquement aux fins d'un renvoi—Par conséquent, l'affidavit de Sweetman était prématuré et les frais s'y rapportant ne peuvent être taxés à ce stade-ci de l'instance—L'affidavit de Goldstein portait sur les questions de fond liées à la responsabilité—De façon générale, le jugement sommaire vise à éliminer du système judiciaire les questions qui ne font l'objet d'aucun différend véritable à trancher au cours d'une instruction et à rendre un jugement en conséquence—L'utilisation d'avis d'expert dans le contexte de la règle 20 des Règles de procédure civile de l'Ontario consiste apparemment à demander à la Cour d'évaluer des allégations de fait opposées, mais sans l'aide d'experts, sur la foi du principe selon lequel l'utilisation du jugement sommaire pour faciliter la détermination des questions à trancher à l'instruction ne compromet pas le droit des parties de vérifier le bien-fondé des allégations au moyen d'une audition complète à l'instruction, notamment dans le cadre du contre-interrogatoire de témoins factuels et de témoins experts—Dans l'arrêt *Kirkhi AG c. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 150 F.T.R. 205 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans le contexte de l'ancienne Règle 432.2(2), la Cour a insisté sur l'importance de la preuve directe de faits pertinents dans les requêtes en jugement sommaire—Dans *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. c. S.F. Concrete Technology Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 88 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a invoqué un raisonnement semblable dans le contexte des Règles de la Cour fédérale (1998)—Comparant le critère qu'elle applique à celui qu'exige la règle 20 des Règles de procédure civile de l'Ontario, elle a souligné que l'existence d'un critère plus restreint à la Cour fédérale peut être imputable au fait que l'Ontario ne possède pas de disposition équivalente à la règle 216(3) des Règles de la Cour fédérale (1998), qui permet à la Cour de rendre un jugement sommaire lorsque des questions sont en litige et que la Cour est en mesure, à la lumière de l'ensemble de la preuve, de dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit—Ces deux décisions ne renferment aucun commentaire sur l'utilisation des avis d'expert—Dans certains cas où un avis d'expert a été présenté dans le cadre d'une requête en jugement sommaire, le différend ne portait pas sur la possibilité de présenter des avis d'expert au stade de ladite requête, mais plutôt sur le moment à choisir pour évaluer lesdites opinions afin de trancher les questions de fond du litige—La présentation d'avis d'expert opposés plutôt que d'allégations factuelles contradictoires a semblé satisfaire la Cour quant à la tâche qui incombait à la partie intimée dans la demande de jugement sommaire, mais cela ne signifie pas pour autant que la Cour a implicitement confirmé la nécessité de présenter des avis d'expert dans le cadre d'une requête de cette nature—La règle 215 (et la Règle 432.2(1) qu'elle a remplacée) fait état de la nécessité de présenter les faits pertinents, mais n'indique pas qu'il est nécessaire de présenter une preuve d'expert pour aider la Cour à évaluer des versions contradictoires des faits afin de confirmer

## PRATIQUE—Suite

l'existence d'une véritable question litigieuse à trancher à l'instruction—Dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, la Cour suprême du Canada a analysé le rôle du témoignage d'expert en ce qui a trait à son utilité pour le juge des faits—Le rôle de la Cour dans les demandes de jugement sommaire ne consiste pas à évaluer les faits—Même si les règles 43 et 279 à 281 ainsi que le tarif A3 concernent la présentation d'un témoignage complet par un expert à l'instruction, les experts n'ont habituellement aucun rôle à jouer dans les requêtes en jugement sommaire—Le fait que l'affidavit de Goldstein ait été un élément utile ne prouve pas que la défenderesse n'aurait pu réfuter les allégations de fait par un moyen autre qu'un témoignage d'expert pour contester avec succès la requête en jugement sommaire—Bien qu'elle ait refusé d'accorder des frais à l'égard des affidavits des deux experts, la Cour ne s'est pas prononcée sur la pertinence et la nécessité desdits affidavits en ce qui a trait aux questions de fond à trancher dans le litige et a simplement décidé que les frais s'y rapportant n'étaient pas pertinents dans le contexte du critère de base habituellement applicable aux demandes de cette nature—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 43, 153 à 162, 215, 216, 279 à 281—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 432.2 (éditée par DORS/94-41, art. 5)—Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

ITV TECHNOLOGIES, INC. C. WIC TELEVISION LTD.  
(T-1459-97, officier taxateur Stinson, taxation en date du 12-1-00, 26 p.)

## GESTION DES INSTANCES

*Examen de l'état de l'instance*

Requête en annulation de l'ordonnance par laquelle la protonotaire a rejeté l'action pour cause de retard—La défenderesse consentait à l'ordonnance demandée—La demanderesse a soutenu que l'action ne devrait pas être rejetée pour cause de retard parce qu'elle avait répondu à plusieurs avis d'examen de l'état de l'instance et que les parties s'étaient simplement abstenues de faire progresser l'action en attendant l'issue des négociations menées en vue de conclure une transaction—La Cour avait compétence pour annuler l'ordonnance rendue par la protonotaire et exercer son pouvoir discrétionnaire *de novo*—La règle 382 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit que la Cour peut, lors de l'examen de l'état de l'instance, exiger que le demandeur donne les raisons pour lesquelles l'instance ne doit pas être rejetée pour cause de retard et, si elle n'est pas convaincue que l'instance doit être poursuivie, rejeter celle-ci—En décidant de la façon dont elle doit exercer le large pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de la règle 382, la Cour doit se préoccuper des raisons pour lesquelles l'affaire n'a pas avancé plus vite et de la question de savoir si elles justifient le retard ainsi que des mesures que le demandeur propose pour faire avancer l'affaire: *Baroud c. Canada*

## PRATIQUE—Suite

(1998), 160 F.T.R. 91 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Aucun affidavit n'a été produit à l'appui de la requête afin d'expliquer pourquoi les négociations n'ont pas été menées à terme avant l'expiration des différents délais demandés et accordés et afin de fixer une date limite réaliste pour la conclusion d'une transaction après laquelle l'action pourrait être soit rejetée pour cause de retard, soit poursuivie de façon expéditive—À la suite de l'audience relative à la requête, une nouvelle offre de fournir des renseignements supplémentaires «sur demande» a été faite dans des prétentions écrites—Des renseignements supplémentaires ont été demandés, mais aucun n'a été fourni—Il ne revient pas à la Cour, dans le cadre d'un examen de l'état de l'instance tenu quelque neuf ans après l'introduction de l'action, de demander des renseignements justifiant un nouveau retard—C'est au demandeur qu'il incombe de fournir cette information pour convaincre la Cour—En l'espèce, la demanderesse ne s'est pas acquittée de ce fardeau—La Cour avait droit à davantage qu'à de banales affirmations selon lesquelles les parties négociaient une transaction, plus particulièrement dans un cas où les dates fixées par la demanderesse même pour la conclusion d'une transaction ont été régulièrement dépassées sans explication substantielle—La demanderesse n'a pas fourni de justification satisfaisante du retard ni proposé de mesures satisfaisantes pour faire avancer l'affaire au moment du rejet de l'action ni plus tard—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 382.

TRANSALTA UTILITIES CORP. C. CANADA (T-3319-90, juge Gibson, ordonnance en date du 14-1-00, 9 p.)

## OUTRAGE AU TRIBUNAL

Pénalité et dépens—Défendeur jugé coupable d'outrage au tribunal pour avoir violé une injonction interlocutoire lui interdisant d'exporter des produits Coca-Cola du Canada—Comme les actes de désobéissance ont été commis avant l'entrée en vigueur des Règles de la Cour fédérale (1998), la peine applicable est celle qui est prévue à la Règle 355 des anciennes Règles de la Cour fédérale—La Règle 355 prévoyait que quiconque était coupable d'outrage au tribunal était passible d'une amende qui, dans le cas d'un particulier ne devait pas dépasser 5 000 \$ ou d'un emprisonnement d'un an au plus—Le rejet de l'action et la dissolution de l'injonction avant la tenue de l'audience relative à l'ordonnance de justification ne constituent un moyen de défense aux accusations d'outrage au tribunal, mais une circonstance atténuante—La violation d'une ordonnance jugée non valide ne devrait pas entraîner des suites désastreuses: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1996] 1 C.F. 787 (C.A.)—Le défendeur ne devrait pas être condamné à une peine d'emprisonnement pour une conduite qui aurait été légale si elle n'avait pas constitué un manquement à l'injonction de la Cour—L'argument des demanderesse suivant lequel l'amende totale devrait correspondre à un multiple du

**PRATIQUE—Suite**

nombre de cargaisons de produits Coca-Cola qui ont été exportés du Canada est rejeté pour quatre motifs—1) L'ordonnance de justification était libellée en des termes généraux—2) L'imposition d'une peine aussi sévère que celle que proposent les demanderesse (105 300 \$) va à l'encontre du sens non ambigu de la Règle 355(2), qui prévoit que, dans le cas d'un particulier, l'amende ne doit pas dépasser 5 000 \$—3) Aucune jurisprudence n'a été citée pour appuyer la thèse des demanderesse suivant laquelle des amendes multiples peuvent être infligées lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la seule ordonnance de justification qui se rapporte directement à l'unique injonction prononcée est libellée en des termes généraux—Distinction faite avec les décisions *Louis Vuitton S.A. c. Tokyo Do Enterprises Inc.*, (1990), 37 C.P.R. (3d) 8 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Polo Ralph Lauren Corp. c. Cato*, [1990] 3 C.F. 541 (1<sup>re</sup> inst.)—4) Les demanderesse affirment qu'il est illogique de considérer une série d'incidents distincts de violation d'une injonction comme un seul outrage et que si la violation répétée d'une ordonnance judiciaire ne peut donner lieu qu'à une seule conclusion d'outrage au tribunal et à une seule pénalité, les personnes responsables d'outrage au tribunal seraient alors encouragées à faire fi à plusieurs reprises de la procédure de la Cour—La règle 472c) des Règles de la Cour fédérale (1998) ne fixe aucune limite au montant de l'amende qui peut être imposée—La force de cet argument de principe ne peut être utilisée au détriment des défendeurs, compte tenu du fait que les anciennes Règles prévoyaient expressément une amende maximale de 5 000 \$ et que l'ordonnance de justification est libellée en des termes aussi généraux—La principale circonstance atténuante est le rejet de l'action des demanderesse et la dissolution de l'injonction—Ce facteur, ajouté à l'objet du litige, commande de limiter la peine à une amende—À la fin de l'audience sur la pénalité et les dépens, le défendeur a offert une sorte d'excuse au tribunal—La pénalité qu'il convient d'imposer en l'espèce est une amende de 4 000 \$—Le principe sous-jacent à la coutume consistant à adjuger les dépens au tarif des dépens extrajudiciaires dans les cas d'outrage au tribunal est le suivant: une partie qui aide la Cour à appliquer les ordonnances qu'elle rend et à en assurer le respect ne devrait pas être tenue de payer de sa poche les frais qu'elle engage à cette fin (*Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1998), 86 C.P.R. (3d) 33 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))—Les demanderesse ont suggéré que leurs dépens extrajudiciaires s'élèveraient à environ 125 000 \$, sans compter les frais d'environ 100 000 \$ qu'elles ont payés à leurs enquêteurs et les honoraires de 33 000 \$ qu'elles ont versés à un avocat pour le temps qu'il a consacré pour préparer le procès et pour y assister afin de témoigner au sujet de certaines questions de fait—La Cour a été informée, après avoir condamné le défendeur à une amende, que des offres de règlement avaient été faites au cours de l'audience sur l'outrage au tribunal, sous réserve de l'approbation de la Cour—Bien que le rôle joué par les demanderesse dans la

**PRATIQUE—Suite**

poursuite de la présente instance pour outrage au tribunal sert à protéger l'intégrité de l'ordonnance rendue par la Cour, il faut trouver le juste milieu, lorsqu'il s'agit d'adjuger les dépens, entre l'intérêt du public et l'intérêt privé des demanderesse à l'égard du procès, c.-à-d. la protection de la réputation de leurs marques de commerce—La Cour se guide sur deux principes pour condamner le défendeur aux dépens: 1) en matière d'outrage au tribunal, il est possible d'adjuger au demandeur des dépens raisonnables au tarif des dépens extrajudiciaires; 2) la condamnation aux dépens ne doit pas donner lieu à l'imposition d'une peine indue particulièrement lorsque l'ordonnance qui a été violée a été jugée invalide—La Cour a également tenu compte de l'offre de règlement, conformément à la règle 400(3)e), en tenant compte du fait qu'elle n'a pas été acceptée au cours de la courte période où elle pouvait l'être—Les dépens entre parties représentent environ le tiers des dépens extrajudiciaires réclamés par les demanderesse, à l'exclusion des débours—Même en tenant compte de la dissolution de l'injonction, il n'y a aucune raison de n'accorder aux demanderesse que les dépens entre parties—En juin et juillet 1998, le défendeur a, alors qu'il était au courant de la presque totalité des éléments de preuve présentés par les demanderesse au tribunal, refusé l'offre l'invitant à se reconnaître coupable d'outrage au tribunal et à payer une amende de 4 000 \$ et les dépens au tarif des dépens entre parties—Ce refus a indûment prolongé le procès, un facteur dont la Cour a tenu compte pour calculer les dépens raisonnables à payer—Dépens fixés à 80 000 \$, ce qui inclut tous les débours, sauf pour une somme supplémentaire de 15 000 \$ en ce qui concerne les enquêteurs—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 355—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400, 472.

COCA-COLA LTÉE C. PARDHAN (T-2685-95, juge Lutfy, ordonnance en date du 19-1-00, 14 p.).

**RENOIS**

Demande d'ordonnance portant instruction d'une question soulevée en vue de décider de la nature et du montant des dommages-intérêts à verser à la défenderesse en raison des injonctions provisoire (1993) et interlocutoire (1994) lui interdisant de vendre des comprimés de diclofénac sodique de même couleur, forme et taille que ceux vendus par la demanderesse sous le nom commercial Voltaren—Après le prononcé de l'injonction interlocutoire, la défenderesse a entrepris de commercialiser des comprimés de 100 mg de diclofénac de couleur, forme et taille différentes de ceux de la demanderesse—La défenderesse n'a jamais commercialisé de comprimés de 75 mg de couleur, forme et taille identiques à ceux de la demanderesse—La défenderesse n'a pas donné suite à son appel contre l'injonction interlocutoire—La demanderesse n'a rien fait pour que son action contre la défenderesse soit instruite sur le fond—L'injonction a donc été annulée en décembre 1997 à la demande de la défende-



## PRATIQUE—Suite

resse parce que la demanderesse avait manqué à l'obligation qui lui incombait, en raison du prononcé de l'injonction interlocutoire, de procéder à l'instruction dans des délais raisonnables—Après avoir reçu un avis d'examen de l'état de l'instance conformément aux nouvelles Règles de la Cour fédérale (1998), la demanderesse a déposé un avis de désistement—L'exécution d'engagements relatifs aux dommages-intérêts fait partie intégrante du prononcé d'injonctions interlocutoires—La Cour jouit du pouvoir discrétionnaire, dans des «circonstances particulières», d'accorder une dispense concernant l'observation de tels engagements—Les assertions voulant que les dommages soient négligeables et découlent du défaut de la défenderesse de limiter son préjudice n'ont pas été prouvées dans la mesure requise pour justifier qu'on prive la défenderesse de l'occasion de faire établir la nature et l'étendue des dommages qu'elle a subis—La défenderesse a prouvé avoir subi certains dommages, et elle a formulé un argument raisonnable expliquant pourquoi des dommages additionnels ont été causés—Elle devait avoir l'occasion de présenter sa preuve relative aux dommages et de la soumettre à l'appréciation de la Cour—Le dossier était insuffisant pour trancher l'allégation de la demanderesse concernant le défaut de limiter les dommages—Il était difficile de savoir si la prolongation de l'injonction interlocutoire découlait des actes de la défenderesse ou s'il s'agissait d'une question de commodité pour la Cour—On ne peut invoquer les actes accomplis dans le cadre de l'instance relative à l'enregistrement comme circonstances particulières en vue d'exonérer la demanderesse de ses engagements de payer les dommages-intérêts liés à la présente instance pour imitation frauduleuse—Le défaut de poursuivre l'appel formé contre l'injonction interlocutoire n'est pas pertinent pour décider si la défenderesse doit être autorisée à obtenir une décision quant à la nature et au montant de ses dommages-intérêts—La demanderesse ne subira pas de préjudice du fait que la requête n'a pas été déposée plus tôt—Le délai écoulé ne constitue pas un facteur important—Le demandeur qui intente une action et s'en désiste par la suite est tenu, à moins d'un consentement à l'effet contraire, de rembourser au défendeur les dépens engagés à cause de la réclamation, maintenant retirée, du demandeur—La demande d'un défendeur en vue d'obtenir des dommages-intérêts découlant du prononcé d'une injonction provisoire puis interlocutoire, lorsque le demandeur n'a pas prouvé son droit à ces injonctions, est d'une nature analogue—Les injonctions interlocutoires sont accordées dans l'attente que le demandeur établisse lors de l'instruction son droit d'obtenir ces injonctions—Lorsque ce

## PRATIQUE—Fin

droit n'est pas prouvé, le demandeur bénéficie de l'application des injonctions sans établir le droit qu'il invoquait pour les étayer—En l'absence d'un consentement à renoncer à toute revendication relative à des dommages-intérêts, l'obligation d'indemniser conformément aux engagements n'est pas différente dans le cas d'un désistement que celle applicable lorsque le demandeur est débouté de son action au fond—Avant la promulgation des nouvelles Règles en avril 1998, rien n'obligeait le demandeur à agir de manière que l'instruction ait lieu rapidement—Aucune preuve établissant que la défenderesse était à l'origine du retard prolongé—Il apparaîtrait fondamentalement inéquitable d'accorder au demandeur une injonction interlocutoire sur la foi de son argument voulant que cette mesure ne mette pas fin au litige, puis de l'autoriser à manquer à ses engagements de payer les dommages-intérêts parce que l'injonction, combinée à l'écoulement du temps, aurait justement entraîné ce résultat, soit la fin du litige—Même s'il ne restait plus aucune question à débattre au moment du désistement (la défenderesse n'ayant pas pris de mesures pour commercialiser son diclofénac en comprimés d'apparence semblable malgré la levée de l'injonction), cette situation ne peut justifier la Cour d'exonérer la demanderesse de son obligation d'indemniser la défenderesse des dommages causés par les injonctions provisoire et interlocutoire prononcées à un stade antérieur de l'instance—Suivant la règle 153, la Cour peut renvoyer toute question de fait pour enquête et rapport devant un juge ou toute autre personne—Cette disposition a une portée plus étroite que la précédente Règle 500 qui autorisait de renvoyer toute matière devant un juge ou toute autre personne pour faire des enquêtes, ou pour statuer sur un point ou une question de fait en litige—Selon *VISX, Inc. c. Nidek Co.* (1998), 81 C.P.R. (3d) 572 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la règle 107 ne prévoit pas comme tel la tenue d'un renvoi, mais permet tout simplement l'instruction séparée d'une question en litige distincte, notamment par un procès; les dommages-intérêts et les profits sont rarement exclusivement des questions de fait et les renvois en application de la règle 153 ne visent qu'à trancher des questions de fait—Une ordonnance fondée sur la règle 107 et portant instruction d'une question est plus appropriée en l'espèce qu'un renvoi suivant la règle 153—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 107, 153—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 500.

CIBA-GEIGY CANADA LTÉE C. NOVOPHARM LTD.  
(T-2582-93, juge Reed, ordonnance en date du  
15-12-99, 13 p.)



**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**03159442**

**OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacre-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernement Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

Available from Canadian Government Publishing  
PWGSC  
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Les Éditions du gouvernement du Canada  
TPSGC  
Ottawa, Canada K1A 0S9