



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 1, Part 1**

**1999, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [1999] 1 F.C., 3-242**

**Renvoi [1999] 1 C.F., 3-242**

---



Published by

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

---

Editorial Board

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

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

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

---

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

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

Publié par

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

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I

<b>Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (C.A.) .....</b>	<b>113</b>
--	------------

Human rights — Unions filing complaints of discriminatory practice under CHRA, s. 11 on basis of differences in wages between male, female employees performing work of equal value — Respondent seeking to set aside decision of CHRC to request appointment of Tribunal to investigate complaints — Conclusions of Joint Study, Commission's own findings suggesting possibility of discrimination contrary to s. 11 — Motions Judge applying wrong principle of law in raising issue of correct interpretation of s. 11.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Motions Judge quashing CHRC's decision to appoint Tribunal to inquire into pay equity complaints against respondent — Commission not required to give reasons for decision — Acting as administrative, screening body, not deciding complaint on merits — Act granting Commission latitude when performing screening function on receipt of investigation report — Commission's finding complaints not out of time unassailable — Systemic discrimination extending over time — Commission considering Revised Report, respondent's submission on it, further submissions by respondent before reaching decision — Procedural fairness complied with.

Practice — Parties — Standing — Respondent challenging unions' status to bring complaint under CHRA, ss. 40, 41 —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I

<b>Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (C.A.) .....</b>	<b>113</b>
--	------------

Droits de la personne — Plaintes d'acte discriminatoire déposées par des syndicats en vertu de l'art. 11 de la LCDP en raison de disparités salariales entre les employés masculins et féminins exécutant des fonctions de valeur égale — L'intimée a demandé l'annulation de la décision de la CCDP de demander la formation d'un tribunal devant examiner les plaintes — Les conclusions de l'étude mixte et les conclusions de la Commission elle-même laissaient voir une possibilité de discrimination contraire à l'art. 11 — Le juge des requêtes a appliqué un principe de droit erroné en soulevant la question de l'interprétation de l'art. 11.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Le juge des requêtes a annulé la décision de la CCDP de constituer un tribunal devant examiner les plaintes relatives à l'équité salariale déposées contre l'intimée — La Commission n'était pas tenue de fournir les motifs de sa décision — Elle a des fonctions d'administration et d'examen préalable et ne se prononce pas sur le bien-fondé d'une plainte — La Loi confère à la Commission toute latitude dans l'exécution de sa fonction d'examen préalable au moment de la réception d'un rapport d'enquête — La conclusion de la Commission que les plaintes n'ont pas été déposées hors délai était inattaquable — La discrimination systématique se poursuit dans le temps — La Commission a examiné le rapport révisé, les observations de l'intimée sur ce dernier ainsi que d'autres observations présentées par l'intimée, avant de rendre sa décision — Les règles de l'équité procédurale ont été respectées.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — L'intimée a contesté le statut des syndicats quant au dépôt d'une plainte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Unions' status as "group of individuals" under Act, s. 40(1) not questioned — S. 40(2) allowing complaint to go forward even where consent of complainants not obtained — Alleged victims having endorsed unions' actions throughout — Absent bad faith, use of mechanism of complaint by union under Act, s. 11 to force revision of collective agreement negotiated by it not legally wrong.

### **Canada (Attorney General) v. Consolidated Canadian Contractors Inc. (C.A.)** ..... 209

Customs and Excise — Excise Tax Act — Taxpayer building contractor using "zero rated" supplies — Supplies not GST exempt as part of entire construction project, not acquired by taxpayer as agent for school boards — T.C.C. finding in favour of Minister but setting aside 6% penalty as due diligence exercised by taxpayer in attempting to ascertain correct amount of GST — Whether "due diligence" defence available to persons subject to automatic penalty for failing to remit correct amount of GST under Excise Tax Act, s. 280 — S. 280 administrative penalty — *Mens rea*, strict liability, absolute liability offences distinguished — Administrative penalties giving rise to strict, absolute liability — Patent unfairness not sufficient reason to imply due diligence defence under s. 280 — Implied due diligence not contrary to legislative scheme, purposes underlying s. 280.

Construction of statutes — Taxpayer liable for underpayment of GST, assessed for additional tax, interest, 6% penalty under Excise Tax Act, s. 280(1) — Whether implied due diligence defence available where taxpayer exercising required standard of care — Conventional interpretative principles applicable in deciding whether due diligence defence available — "Modern" approach to statutory interpretation involving contextual, purposive analysis of legislation — Relevant factors to be considered in determining whether s. 280 gives rise to strict liability — S. 280 not giving rise to absolute liability — Implied due diligence not incompatible with legislative scheme — Presumption in favour of strict liability not rebutted.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en vertu des art. 40 et 41 de la LCDP — Le statut des syndicats comme «groupe d'individus» au sens de l'art. 40(1) de la Loi n'a pas été remis en question — L'art. 40(2) permet la poursuite de la plainte même lorsque le consentement des plaignants n'a pas été obtenu — Les victimes alléguées ont approuvé les actions de leurs syndicats tout au long du processus — En l'absence de mauvaise foi, l'utilisation par un syndicat du mécanisme de plainte prévu par l'art. 11 de la Loi pour forcer la révision d'une convention collective qu'il a négociée n'est pas interdite par la loi.

### **Canada (Procureur général) c. Consolidated Canadian Contractors Inc. (C.A.)** ..... 209

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — La contribuable qui est une entreprise de construction utilisait des fournitures «détaxées» — Ces fournitures n'étaient pas exemptées de la TPS puisqu'elles étaient partie intégrante du projet de construction tout entier et que la contribuable ne les avait pas acquises en qualité de représentante des commissions scolaires intéressées — La C.C.I. s'est prononcée en faveur du ministre mais a infirmé la pénalité de 6 p. 100 par ce motif que la contribuable avait fait raisonnablement diligence pour essayer de calculer le montant exact de TPS — Il échet d'examiner si le moyen de défense de la «diligence raisonnable» peut être invoqué par quelqu'un frappé d'une pénalité automatique pour défaut de verser le montant correct de TPS conformément à l'art. 280 de la Loi sur la taxe d'accise — L'art. 280 prévoit une pénalité administrative — Distinction entre infraction caractérisée par l'intention coupable, infraction de responsabilité stricte et infraction de responsabilité absolue — Les pénalités administratives impliquent responsabilité absolue ou responsabilité stricte — L'iniquité flagrante n'est pas un motif suffisant pour dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable de l'art. 280 — Le moyen de défense implicite de la diligence raisonnable n'est incompatible ni avec le régime instauré par l'art. 280 ni avec les fins qui le sous-tendent.

Interprétation des lois — La contribuable était assujettie au complément de taxe, aux intérêts courus et à une pénalité de 6 p. 100 sur le moins-payé de TPS, conformément à l'art. 280(1) de la Loi sur la taxe d'accise — Il échet d'examiner si le contribuable qui a fait diligence conformément à la norme peut tirer argument du moyen implicite de la diligence raisonnable — Les principes traditionnels d'interprétation s'appliquent pour décider si ce moyen peut être invoqué — La méthodologie «moderne» d'interprétation des lois consiste en une analyse contextuelle et téléologique du texte — Facteurs à considérer pour examiner si l'art. 280 porte responsabilité stricte — L'art. 280 ne porte pas responsabilité absolue — L'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable n'est pas incompatible

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Judges and Courts — Limits of judicial discretion in statutory interpretation and policy-making role of courts — Automatic penalty for insufficient GST remittance — Whether Court may read in due diligence defence — Statutory interpretation leading to absurd result, manifest injustice undermines public confidence in, respect for, judicial system — Reason for “golden rule” as qualification to literal rule of construction — Case law on what constitutes absurdity irreconcilable at time of Canadian legal realist movement — “Golden rule” device used by judges to achieve desired result — Whether concept of absurdity extends to consequences contradicting values considered important by courts (such as principle no punishment without fault) — Fear that statutory interpretation will dissolve into judge-made law — Influence of judicial values on interpretation of tax law — Historically, courts have resisted giving effect to statutes imposing absolute liability in absence of negligence — Common law principle no punishment without fault capable of giving rise to rebuttable presumption Parliament not intending to enact absolute liability under Excise Tax Act, s. 280 — Still, Court must consider legislative context, purpose of provision — Court justified in reading in to avoid unfairness, manifest injustice if relief granted compatible with legislative scheme, not frustrating purposes — These restrictions should silence argument Court exceeding constitutional role.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hajjalikhani (T.D.) ..... 181**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of IRB decision claimant Convention refugee, not excluded from protection because of membership in Mujahideen — Immigration Act, s. 2(1) definition of “Convention refugee” excluding any person to whom Convention not applying pursuant to Art. 1E, F — Art. 1F(a) excluding from definition persons with respect to whom serious reasons for considering committed crime against peace, war crime or crime against humanity — Signed document stating claimant member of Mujahideen from 1979 to 1985, but claimant asserting notation “member” not in his handwriting — Board focusing on claimant’s lack of personal involvement in specific acts, referring to organization as terrorist organization — Reference to international instruments for definitions of war crimes,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

avec le régime fiscal — La présomption de responsabilité stricte n’a pas été réfutée.

Juges et tribunaux — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge dans l’interprétation des lois et dans la définition des grandes orientations sociales — Pénalité automatique pour défaut de verser le montant correct de TPS — Il échet d’examiner si le juge peut dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable du texte de loi — Une interprétation qui aboutit à un résultat absurde ou à une injustice flagrante sape la confiance du public en la justice et son respect pour elle — La «règle d’or» avait pour objet de tempérer la règle d’interprétation littérale — Impossible de dégager de la jurisprudence une définition homogène d’absurdité à l’époque de l’école du réalisme juridique au Canada — La «règle d’or» était un moyen utilisé par les juges pour parvenir à un résultat voulu — Il échet d’examiner si le concept d’absurdité s’étend aux conséquences jugées indésirables parce qu’elles vont à l’encontre des valeurs que la justice tient pour importantes (tel le principe posant qu’il ne saurait y avoir sanction sans faute) — Appréhension que l’interprétation des lois ne devienne loi prétorienne — Influence des valeurs judiciaires sur l’interprétation de la loi fiscale — Par le passé, la justice a répugné à donner effet aux lois imposant la responsabilité absolue en l’absence de toute faute — Le principe posant qu’il ne peut y avoir de punition sans faute donne lieu à la présomption réfutable que le législateur entendait imposer la responsabilité stricte, et non la responsabilité absolue, par l’art. 280 de la Loi sur la taxe d’accise — La Cour est cependant tenue de considérer le contexte législatif de cette disposition ainsi que son but — Le juge est fondé à extrapoler le texte de loi pour éviter l’iniquité ou l’injustice flagrante, si le redressement accordé est compatible avec l’économie du texte et ne fait pas obstacle au but de ce dernier — Ces restrictions devraient parer à l’argument que la Cour déborde de son rôle constitutionnel.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Hajjalikhani (1<sup>re</sup> inst.) ..... 181**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d’une décision de la CISR posant que le demandeur de statut était un réfugié au sens de la Convention et que son appartenance aux Moudjahidines ne permettait pas de lui refuser le bénéfice de la protection normalement accordée aux réfugiés — La manière dont «réfugié au sens de la Convention» est défini à l’art. 2(1) de la Loi sur l’immigration exclut toute personne à qui la Convention ne s’applique pas en raison de l’art. 1E et F — L’art. 1Fa) exclut de la définition les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité — Selon un document revêtu de sa signature, le demandeur a fait partie des Moudjahidines de 1979 à 1985, mais il a affirmé que la mention «membre»

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

crimes against humanity — F.C.A. cases dealing with Art. 1F(a) reviewed — Analysis in Art. 1F(a) case where membership in organization alleged to constitute presumption of complicity in crimes against humanity requiring: (a) assessment of nature of organization, i.e. whether directed to limited brutal purpose; (b) assessment of individual's involvement with organization, i.e. whether member thereof, or involvement such that inference sharing group's common purpose — (a) Board not analyzing evidence respecting nature of Mujahideen — Although not immediately obvious evidence supporting conclusion organization directed to limited brutal purpose, Board should have made clear finding on issue — (b) Board making no decision with respect to claimant's involvement in Mujahideen — In absence of some reason to believe form altered after signed, reasonable to assume alteration made at claimant's direction or with acquiescence — Board not analyzing evidence adduced to support inference of involvement — Applied incorrect test by asking whether claimant personally involved in crimes alleged, in sense of physically present, rather than whether involvement such as to encourage, enable commission of alleged crimes by others — Characteristics transforming common crime into crime against humanity not well articulated — Material on record not immediately supporting finding organization's activities crimes against humanity — Matter referred back to differently constituted Board.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander (T.D.) ..... 88**

Evidence — Admissibility of documents tendered as exhibits by Minister in reference relating to respondent's acquisition of citizenship — At issue German war documents, originating in central or field offices of armed forces or police, serving government of Third Reich, during World War II; testimonial documents prepared for or provided in Canadian

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

n'était pas de sa main — La Commission a insisté particulièrement sur le fait que le demandeur de statut n'avait pas personnellement pris part à des actes pouvant être identifiés de manière précise, évoquant ensuite l'organisation en question considérée comme organisation terroriste — Extraits d'instruments internationaux définissant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité — Examen d'arrêts de la C.A.F. relatifs à l'art. 1Fa) — Analyse, dans le contexte de l'art. 1Fa), des cas où l'appartenance à une organisation est donnée comme entraînant une présomption de complicité de crimes contre l'humanité, cela exigeant: a) que l'on évalue la nature de l'organisation et que l'on détermine si l'on peut affirmer qu'elle vise des fins limitées et brutales; b) que l'on évalue la participation de l'individu en question à l'organisation et que l'on cherche à savoir s'il en était membre ou si sa participation permet de conclure qu'il partageait les objectifs du groupe — a) La Commission n'a pas analysé les éléments de preuve concernant la nature même des Moudjahidines — S'il n'est pas immédiatement évident que la preuve permettait de conclure qu'il s'agissait effectivement d'une organisation visant principalement des fins limitées et brutales, la question aurait dû faire, de la part de la Commission, l'objet d'une conclusion explicite — b) La Commission ne s'est pas prononcée quant à la participation du demandeur de statut — Faute de raisons permettant de penser que le formulaire a pu être modifié après sa signature, on peut raisonnablement supposer que la modification a été apportée soit à la demande du demandeur de statut, soit, à tout le moins, avec son consentement — La Commission n'a pas cherché à analyser les éléments de preuve qui auraient permis de conclure à la participation du demandeur — Elle n'a pas appliqué le bon critère lorsqu'elle l'a interrogé pour savoir s'il avait personnellement pris part aux crimes dont il est fait état, c'est-à-dire s'il avait été présent, physiquement, sur les lieux, au lieu de lui demander si sa participation n'avait pas consisté à encourager et à faciliter la commission des crimes présumés par d'autres personnes — Les traits caractéristiques qui font d'un crime de droit commun un crime contre l'humanité n'ont pas été nettement articulés — Il n'est pas immédiatement évident que la documentation versée au dossier permettait de conclure que les activités de l'organisation constituaient effectivement des crimes contre l'humanité — L'affaire est renvoyée devant une autre formation de la Commission.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander (1<sup>re</sup> inst.) ..... 88**

Preuve — Admissibilité de documents produits à titre de preuve par le ministre dans le cadre d'un renvoi concernant l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur — Les documents en question étaient des documents de guerre allemands, provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouver-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

judicial proceedings, including affidavits, affiants of which either deceased or unable to testify; miscellaneous documents — (1) War documents containing hearsay — Supported by affidavit of archivists, others attesting to authenticity of copy of document — Canada Evidence Act, s. 30 providing where oral evidence in respect of matter admissible, record made in usual, ordinary course of business containing information in respect of that matter admissible on production of record — War documents records — Activity in which originated clearly within broad definition of “business” in s. 30(12) (i.e. in relation to ordinary activities of government agencies) — Documents should not be excluded as not meeting requirement for reliability because only persons available to attest to original production of documents in usual, ordinary course those historical experts who gained knowledge second-hand — S. 30 not requiring attestation document made in usual, ordinary course of business be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in producing document — Expertise of historians providing necessary threshold reliability for admission of documents in evidence as official documents — (2) Testimonial documents hearsay — Test for reliability of documents not met where documents prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination, but ultimately none possible — Test of necessity not met as similar evidence already before Court — S. 30(10) excluding admission of record made in contemplation of legal proceedings or transcripts of evidence taken in course of another legal proceeding — As documents within those specific descriptions, inappropriate to admit them on basis of principled exception to common law rule — (3) Miscellaneous documents admitted except copy of verdict of German Court in criminal trial of another person — Clearly irrelevant.

**Ilva Saronno S.p.A. v. Privilegiata Fabbrica  
Maraschino “Excelsior” (T.D.) ..... 146**

Practice — References — Appeal from dismissal of motion to have issues of damages, profits determined by reference

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

nement du Troisième Reich, pendant la Seconde guerre mondiale; des documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, et notamment des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou étaient incapables de témoigner; divers documents — 1) Les documents de guerre renfermaient du oui-dire — Ils étaient étayés par les affidavits d’archivistes et d’autres personnes attestant l’authenticité de la copie du document en cause — L’art. 30 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsqu’une preuve orale concernant une chose est admissible, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est admissible sur production de la pièce — Les documents de guerre étaient des pièces — L’activité dans le cadre de laquelle ils avaient été établis était clairement visée par la définition large du mot «affaires» figurant à l’art. 30(12) (c’est-à-dire dans le cours ordinaire des activités d’organismes du gouvernement) — Les documents ne devraient pas être exclus pour le motif qu’ils ne satisfont pas à l’exigence concernant la fiabilité parce que les seules personnes qui étaient disponibles pour attester que les documents avaient initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires étaient les experts en histoire qui en avaient indirectement connaissance — L’art. 30 n’exige pas qu’il soit attesté que le document est établi dans le cours ordinaire des affaires ou d’une activité par quelqu’un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document — Les connaissances spéciales des historiens satisfaisaient au critère préliminaire nécessaire relatif à la fiabilité lorsqu’il s’agissait d’admettre les documents en preuve à titre de documents officiels — 2) Les documents testimoniaux constituaient du oui-dire — Le critère relatif à la fiabilité des documents n’est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d’affidavits à l’égard de procédures judiciaires en prévision d’un contre-interrogatoire qui n’a en fait pas lieu — Le critère relatif à la nécessité n’a pas été satisfait étant donné que la Cour disposait déjà d’éléments de preuve similaires — En vertu de l’art. 30(10), une pièce établie en prévision d’une procédure judiciaire ou la transcription de témoignages recueillis au cours d’une autre procédure judiciaire ne sont pas admis — Étant donné que les documents étaient visés par ces descriptions précises, il ne serait pas approprié de les admettre sur la base de l’exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law — 3) Les documents divers ont été admis à l’exception d’une copie du verdict rendu par un tribunal allemand lors du procès subi au criminel par une autre personne — Ils n’étaient clairement pas pertinents.

**Ilva Saronno S.p.A. c. Privilegiata Fabbrica  
Maraschino «Excelsior» (1<sup>re</sup> inst.) ..... 146**

Pratique — Renvois — Appel du rejet d’une requête visant à faire trancher les questions de dommages-intérêts et de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

— A.S.P. holding defendants not providing any evidence bifurcating issues of liability, remedy resulting in inevitable saving of time, expense — Appeal dismissed — R. 107 permitting Court at any time to order issues in proceeding be determined separately — Exercise of r. 107 discretion subject to principles applicable under former R. 480, subject to two changes made by 1998 Rules: (1) Court having more flexibility as may now order severance of issues, even though severed issues not suitable for determination on reference because raising issues of both fact, law; (2) r. 107 must be applied so as to secure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding on merits as required by r. 3 — On r. 107 motion, Court may order postponement of discovery, determination of remedial issues until after discovery, trial of liability issues, if satisfied on balance of probabilities that, in view of evidence and all circumstances of case (including nature of claim, conduct of litigation, issues, remedies sought), severance more likely than not to result in just, expeditious, least expensive determination of proceeding on merits — Defendants not meeting burden — Court particularly influenced by paucity of information in defendants' affidavit; that discovery underway; existence of profits questionable; delays in final disposition of case likely to be prejudicial to plaintiff; difficulty of totally disentangling questions of law going to liability from those going to remedy.

### **Liebmann v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) ..... 20**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Action for declaration Canadian Forces Administrative Orders (CFAO) 20-53 infringing equality rights — CFAO 20-53, s. 6(c) permitting consideration of cultural, religious or other sensitivities of parties to conflict and host country in determining whether participation of particular member in specific peacekeeping operation in keeping with policy all members eligible to perform peacekeeping duties unless exclusion justifiable under Charter, s. 1 or Canadian Human Rights Act, s. 5 — Plaintiff not selected for position of Executive Assistant to Commander of Canadian Forces in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

profits par renvoi — Le protonotaire adjoint a statué que les défenderesses n'avaient pas présenté d'éléments de preuve tendant à montrer que la disjonction des questions de responsabilité et de redressement entraînerait inévitablement une économie de temps et d'argent — Appel rejeté — La règle 107 permet à la Cour, à tout moment, d'ordonner que les questions en litige dans une instance soient jugées séparément — L'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 107 est assujéti aux principes s'appliquant en vertu de la Règle 480 des anciennes Règles, compte tenu de deux modifications apportées par les Règles de 1998: 1) la Cour a plus de latitude étant donné qu'elle peut maintenant ordonner la disjonction des questions même s'il ne s'agit pas de questions qu'il convient de régler par renvoi parce qu'elles soulèvent à la fois des questions de fait et des questions de droit; 2) la règle 107 doit être appliquée compte tenu de l'art. 3, de façon à apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Dans le cadre d'une requête présentée en vertu de la règle 107 des Règles, la Cour peut ordonner l'ajournement des interrogatoires préalables et de la détermination des questions de redressement tant que les interrogatoires préalables et l'instruction concernant la question de la responsabilité n'auront pas eu lieu, si elle est convaincue selon la prépondérance des probabilités que, compte tenu de la preuve et de toutes les circonstances de l'affaire (y compris la nature de la demande, le déroulement de l'instance, les questions en litige et les redressements demandés), la disjonction permettra fort probablement d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Les défenderesses ne se sont pas acquittées de cette obligation — La Cour s'est arrêtée en particulier à la faible quantité de renseignements figurant dans l'affidavit des défenderesses; au fait que les interrogatoires préalables étaient en cours; au fait qu'il était contestable que des profits aient été réalisés; au fait que si l'on tardait à régler l'affaire d'une façon définitive, la demanderesse subirait probablement un préjudice et au fait qu'il était difficile de démêler complètement les questions de droit se rapportant à la responsabilité et celles se rapportant au redressement.

### **Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 20**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Action visant à obtenir un jugement déclarant que l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53 enfreint le droit à l'égalité — L'art. 6c) de l'O AFC 20-53 permet de tenir compte des sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu pour voir si la participation d'un militaire à une certaine opération de maintien de la paix est conforme à la politique énoncée que tout militaire peut remplir des tâches de maintien de la paix, à moins qu'une exclusion ne puisse être justifiée en vertu de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Middle East during Gulf War because Jewish — Any distinction drawn by CFAO 20-53 based upon cultural, religious or other characteristics of members relevant to underlying premise of policy i.e. successful peacekeeping missions without endangering lives of those involved — Effect or impact of distinctions not suggesting based on stereotypical applications of presumed group or personal characteristics — Policy applied on case-by-case basis to sensitivities identified in theatres of operations, not to screen classes of members based upon stereotypical views of groups to which belong — Distinctions under CFAO 20-53, s. 6(c) not discriminatory — Terms “cultural”, “religion” should be replaced with more general terms “background”, “circumstance” — Definition of peacekeeping should be provided.

Armed Forces — Plaintiff, Naval Reservist, not selected for position of Executive Assistant to Commander of Canadian Forces in Middle East during Gulf War because Jewish — CFAO 20-53, s. 6(c) permitting consideration of cultural, religious or other sensitivities of parties to conflict and host country in determining whether participation of particular member in specific peacekeeping operation in keeping with policy all members eligible to perform peacekeeping duties unless exclusion justifiable under Charter, s. 1 or Canadian Human Rights Act, s. 5 — Impugned policy poorly drafted, containing no definition of “peacekeeping” — Although policy valid, should not have been applied since posting not involved in peacekeeping mission, but part of Canadian contingent to international forces assembling in Persian Gulf to enforce blockade of Iraq — But no basis on which to allow plaintiff’s claim.

### **Makivik Corp. v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (T.D.)** ..... 38

Native peoples — Lands — Negotiation of aboriginal land claims in context of treaty process — Minister of Canadian Heritage desiring to create Torngat National Park in Northern Labrador — Negotiations thereon between Minister, Newfoundland and Labrador Government, and Labrador Inuit Association — Nunavik Inuit, represented by Makivik

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’article premier de la Charte ou de l’art. 5 de la Loi canadienne des droits de la personne — Le demandeur n’a pas été choisi pour le poste d’adjoint administratif du commandant des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe car il était juif — Toute distinction établie par l’OAFIC 20-53 à l’égard des particularités culturelles, religieuses ou autres des militaires est pertinente pour le fondement de la politique, c.-à-d., le succès des missions de maintien de la paix et la protection de la vie de ceux qui y participent — Les effets ou les conséquences des distinctions n’indiquent pas que celles-ci soient fondées sur des applications stéréotypées de présumées caractéristiques de groupe ou personnelles — La politique a été appliquée selon chaque cas à des particularités repérées dans des théâtres d’opérations, et non pas pour évaluer des catégories de militaires à la lumière d’opinions stéréotypées sur les groupes auxquels ils appartiennent — Les distinctions établies en vertu de l’art. 6c) de l’OAFIC 20-53 ne sont pas discriminatoires — Les termes «culturel» et «religion» devraient être remplacés par les termes plus généraux «contexte» et «circonstance» — Les termes «maintien de la paix» devraient être définis.

Forces armées — Le demandeur, faisant partie de la Réserve navale, n’a pas été choisi pour le poste d’adjoint administratif du commandant des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe car il était juif — L’art. 6c) de l’OAFIC 20-53 permet de tenir compte des sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu pour voir si la participation d’un militaire à une certaine opération de maintien de la paix est conforme à la politique énoncée que tout militaire peut remplir des tâches de maintien de la paix, à moins qu’une exclusion ne puisse être justifiée en vertu de l’article premier de la Charte ou de l’art. 5 de la Loi canadienne des droits de la personne — La politique contestée a été mal rédigée, ne contenant aucune définition de «maintien de la paix» — Bien que la politique soit valide, elle n’aurait pas dû être appliquée étant donné que l’affectation n’avait pas lieu dans le cadre d’une opération de maintien de la paix, mais dans celui du contingent canadien se joignant aux forces internationales dans le Golfe persique pour mettre à exécution le blocus de l’Iraq — Néanmoins, il n’y avait aucun fondement sur lequel s’appuyer pour accueillir la demande.

### **Société Makivik c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 38

Peuples autochtones — Terres — Négociation des revendications territoriales des autochtones dans le contexte du processus de négociation de traités — Le ministre du Patrimoine canadien désirait créer un parc national dans la région des monts Torngat, dans le nord du Labrador — Négociations y afférentes entre le ministre, le gouvernement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Corp., with whom Federal Crown engaged in comprehensive land claims settlement negotiations, excluded from process because provincial government not recognizing them — Duty to consult and negotiate in good faith — Agreement in principle between federal government and applicant constituting recognition park cannot be established until negotiations completed.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Negotiation of aboriginal land claims in context of treaty process — Minister of Canadian Heritage desiring to create Torngat National Park in Northern Labrador — Negotiations thereon between Minister of Canadian Heritage, Newfoundland and Labrador Government, and Labrador Inuit Association — Nunavik Inuit, with whom Federal Crown engaged in comprehensive land claims settlement negotiations, excluded from process because provincial government not recognizing them — Duty to consult and negotiate in good faith — Agreement in principle between federal government and applicant constituting recognition park cannot be established until negotiations completed.

Constitutional law — Distribution of powers — Minister of Canadian Heritage desiring to create Torngat National Park in Northern Labrador — Negotiations thereon between Minister, Newfoundland and Labrador Government, and Labrador Inuit Association — Nunavik Inuit, represented by Makivik Corp., with whom Federal Crown engaged in comprehensive land claims settlement negotiations, excluded from process because provincial government not recognizing them — Province of Newfoundland questioning Court's jurisdiction to grant relief impacting directly or indirectly on Province's constitutional authority over its lands, resources.

### **Pawar v. Canada (T.D.) ..... 158**

Practice — Judgments and orders — Summary judgment — Application for dismissal of claim on ground no genuine issue for trial — Federal Court Rules, r. 216 permitting Court to grant summary judgment if able on whole of evidence to find facts necessary to decide questions of fact, law — Although could not conclude no genuine issue for trial, actions should not be deferred for trial on mere suggestion further evidence may be made available, or law in state of confusion — Responding party having positive responsibility to go beyond mere supposition; Court having

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de Terre-Neuve et du Labrador et l'Association des Inuit du Labrador — Les Inuit du Nunavik, représentés par la Société Makivik, avec qui la Couronne fédérale avait engagé des négociations au sujet de revendications territoriales globales, avaient été exclus du processus parce que le gouvernement provincial ne les reconnaissait pas — Obligation de consulter et de négocier de bonne foi — Entente de principe entre le gouvernement fédéral et la demanderesse constituant une reconnaissance que le parc ne peut pas être créé tant que les négociations ne sont pas terminées.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Négociation des revendications territoriales des autochtones dans le contexte du processus de négociation des traités — Le ministre du Patrimoine canadien désirait créer un parc national dans la région des monts Torngat, dans le nord du Labrador — Négociations y afférentes entre le ministre du Patrimoine canadien, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et l'Association des Inuit du Labrador — Les Inuit du Nunavik, avec qui la Couronne fédérale avait engagé des négociations au sujet de revendications territoriales globales, avaient été exclus du processus parce que le gouvernement provincial ne les reconnaissait pas — Obligation de consulter et de négocier de bonne foi — Entente de principe entre le gouvernement fédéral et la demanderesse constituant une reconnaissance que le parc ne peut pas être créé tant que les négociations ne sont pas terminées.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le ministre du Patrimoine canadien désirait créer un parc national dans la région des monts Torngat, dans le nord du Labrador — Négociations y afférentes entre le ministre, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et l'Association des Inuit du Labrador — Les Inuit du Nunavik, représentés par la Société Makivik, avec qui la Couronne fédérale avait engagé des négociations au sujet des revendications territoriales globales, avaient été exclus du processus parce que le gouvernement provincial ne les reconnaissait pas — La province de Terre-Neuve remettait en question la compétence de la Cour d'accorder une réparation influant directement ou indirectement sur le pouvoir constitutionnel conféré à la province, à l'égard des terres et ressources.

### **Pawar c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 158**

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Demande de rejet de la déclaration au motif qu'il n'y a pas de véritable question litigieuse à trancher — La r. 216 des Règles de la Cour fédérale autorise la Cour à rendre un jugement sommaire si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit — Bien que l'on ne puisse conclure que la présente affaire ne soulève aucune véritable question litigieuse, les actions ne devraient pas être instruites dès qu'on laisse entendre que d'autres éléments de preuve

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

duty to take hard look at merits of action at preliminary stage — Evidence establishing essential facts relevant to plaintiff's claim before Court — Proceeding to trial would add detail, but not significant additional evidence — Given costs involved, trial neither necessary nor justified.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Under Old Age Security Act entitlement to full monthly pension at age 65 requiring 10 years of residence in Canada immediately preceding day on which person's application approved, or 40 years of residence in Canada since age 18 — Plaintiff coming from India in 1987 when 58 — At age 65 denied old age security pension benefits because not meeting requirement of being resident in Canada for 10 years — Legislation drawing distinction leading to denial of equal benefit of law — Distinction based on residence in Canada not based on characteristic enumerated in Charter, s. 15 — Nor does expansion of group entitled to benefits by reference to entitlement under pension plans of countries with which Canada having reciprocal agreements convert distinction to one based on national origin — Expansion not based on citizenship, national origin, but on entitlement under plans in other countries — Group of individuals not entitled to benefits not comprising category analogous to those listed in s. 15 — Category of persons not qualifying for benefits not suffering historical disadvantage — Pension entitlement based on residency not reinforcing societal stereotypes as no stereotypes particular, unique to this group — Persons over 65 who have not lived in Canada for 10 years not discrete, insular minority, but diffuse, disparate group — Members of group not facing discrimination because not residing in Canada for 10 years — Applying for social assistance not denial of essential human dignity — Distinction not offending Charter, s. 15.

Health and Welfare — Old Age Security Act — Argument residency requirement discriminatory, contrary to Charter

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pourront être présentés ou que le droit est incertain — L'intimé a l'obligation d'aller au-delà des hypothèses; le tribunal est tenu d'examiner attentivement le bien-fondé de l'action dès cette étape préliminaire — La Cour dispose d'éléments de preuve établissant les faits essentiels pertinents en ce qui concerne la déclaration du demandeur — L'instruction de la cause permettrait d'ajouter des détails, mais pas nécessairement de nouveaux éléments de preuve importants — L'instruction de la cause n'est ni nécessaire, ni justifiée, compte tenu des coûts qu'elle entraînerait.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — En vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse, une personne peut bénéficier de la pleine pension à l'âge de 65 ans si elle a résidé au Canada pendant les dix années précédant la date d'agrément de sa demande, ou encore elle doit avoir résidé au Canada pendant 40 ans après avoir eu 18 ans — Le demandeur a quitté l'Inde pour le Canada en 1987, alors qu'il avait 58 ans — Après avoir atteint l'âge de 65 ans, le demandeur s'est vu refuser le droit à une pension de la sécurité de la vieillesse au motif qu'il ne satisfaisait pas à l'exigence selon laquelle il devait avoir résidé au Canada pendant au moins dix ans — La loi établit une distinction qui engendre une négation du droit au même bénéfice de la loi — La distinction est fondée sur le fait de résider au Canada et non sur un motif énuméré à l'art. 15 de la Charte — Par ailleurs, l'élargissement du groupe des personnes admissibles à toucher une pension, par l'ajout de personnes qui ont droit à une pension en vertu du régime de l'un des pays avec lequel le Canada a conclu des accords de réciprocité, n'a pas pour effet de transformer la distinction en une distinction fondée sur l'origine nationale — L'élargissement n'est fondé ni sur la citoyenneté, ni sur l'origine nationale, mais sur le droit à une pension en vertu de régimes établis dans d'autres pays — Le groupe des personnes qui n'ont pas droit de recevoir des prestations ne comprend pas de catégorie analogue aux catégories énumérées à l'art. 15 — Les personnes qui ne sont pas admissibles à recevoir des prestations ne subissent pas un désavantage historique — Le droit à une pension fondé sur le lieu de résidence ne renforce aucunement des stéréotypes sociétaux, car il n'existe pas de stéréotypes particuliers et uniques à propos du groupe visé — Les personnes âgées de plus de 65 ans qui n'ont pas résidé au Canada pendant dix ans ne constituent pas une minorité discrète et isolée; elles forment plutôt un groupe diffus et disparate — Les personnes appartenant à ce groupe ne subiront pas de discrimination pour le motif qu'elles n'ont pas résidé au Canada pendant dix ans — Le fait de demander des prestations d'aide sociale ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des personnes âgées — La distinction ne contrevient pas à l'art. 15 de la Charte.

Santé et bien-être social — Loi sur la sécurité de la vieillesse — On soutient que l'exigence en matière de résidence

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

equality provision — Came from India at 58 — Denied benefits at 65 as not resident 10 years — Canada not having reciprocal agreement with India as its hybrid form of provident fund does not coordinate with Canadian legislation — Argued that reliance on provincial social assistance carries stigma — Plaintiff not member of group suffering from stereotyping, social prejudice — Action dismissed upon application for summary judgment, there being no Charter violation.

### **Wang Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) (T.D.) . . . . . 3**

Crown — Contracts— Judicial review of Minister's delegate's decision not in public interest within NAFTA, Art. 1015(4)(c) to award contract — Following inquiry, CITT holding PWGSC not conducting procurement for provision of computer maintenance services to Revenue Canada according to requirements of NAFTA, Agreement on Internal Trade — Recommending PWGSC award contract to Wang, subject to Art. 1015(4)(c) — PWGSC deciding not to award contract to Wang as not in public interest — Issuing new RFP — Under Art. 1015(4)(c) government entity must award contract to supplier whose bid meeting certain criteria, unless deciding in public interest not to award contract — Public interest exception may be invoked by government entity only where decision made not to award contract — Minister's delegate never deciding contract would not be awarded — Not entitled to rely on Art. 1015(4)(c) exception given intention to award contract.

Foreign trade — Judicial review of Minister's delegate's decision not in public interest within NAFTA, Art. 1015(4)(c) to award contract — Following inquiry, CITT holding Department of Public Works and Government Services not conducting procurement for provision of computer maintenance services to Revenue Canada according to requirements of NAFTA, Agreement on Internal Trade — Recommending Department award contract to Wang, subject to Art. 1015(4)(c) — Department deciding not to award contract to Wang as not in public interest — Issuing new RFP — In taking procedural steps to circumvent Tribunal's determination, Minister's delegate acting contrary to purpose, intent of legislative scheme, particularly

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

est discriminatoire et qu'elle contrevient à la disposition de la Charte relative au droit à l'égalité — Le demandeur a quitté l'Inde pour le Canada alors qu'il avait 58 ans — Après avoir atteint l'âge de 65 ans, il s'est vu refuser le droit à une pension de sécurité de la vieillesse au motif qu'il n'avait pas résidé au Canada pendant dix ans — Le Canada n'a pas conclu d'accord de réciprocité avec l'Inde, étant donné que la forme hybride de caisse de prévoyance existant dans ce pays n'est pas compatible avec la loi canadienne — On a prétendu que la dépendance de l'aide sociale provinciale stigmatisait les personnes âgées — Le demandeur ne fait pas partie d'un groupe de personnes victimes de stéréotypes ou de préjugés sociaux — À la suite d'une demande sollicitant un jugement sommaire, l'action a été rejetée parce que la Charte n'avait pas été violée.

### **Wang Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 3**

Couronne — Contrats — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le délégué du ministre a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'art. 1015(4)c) de l'ALÉNA d'adjuger un marché — Après enquête, le TCCE a conclu que TPSGC n'avait pas passé le marché pour la fourniture de services d'entretien du matériel informatique de Revenu Canada conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'Accord sur le commerce intérieur — Il a recommandé que TPSGC adjuge le marché à Wang, sous réserve de l'art. 1015(4)c) — TPSGC a décidé pour des raisons d'intérêt public de ne pas adjuger le marché à Wang — Il a lancé une nouvelle DP — En vertu de l'art. 1015(4)c), une entité gouvernementale doit adjuger un marché à un fournisseur dont la soumission respecte certains critères sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché — Une entité gouvernementale ne peut invoquer l'exception concernant l'intérêt public que lorsqu'elle décide de ne pas adjuger le marché — Le délégué du ministre n'a jamais décidé que le marché ne serait pas passé — L'exception prévue à l'art. 1015(4)c) ne peut pas être invoquée vu l'intention de passer le marché.

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le délégué du ministre a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'art. 1015(4)c) de l'ALÉNA, d'adjuger un marché — Après enquête, le TCCE a conclu que TPSGC n'avait pas passé le marché pour la fourniture de services d'entretien du matériel informatique de Revenu Canada conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'Accord sur le commerce intérieur — Il a recommandé que TPSGC adjuge le marché à Wang, sous réserve de l'art. 1015(4)c) — TPSGC a décidé pour des raisons d'intérêt public de ne pas adjuger le marché à Wang — Il a lancé une nouvelle DP — En prenant des mesures procédurales pour passer outre à la décision du Tribunal, le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

CITT Act, s. 30.18(1) requiring implementation of Tribunal's recommendations to greatest extent possible — Legislative scheme implementing important trade agreements must be rigorously respected — Delegate erred in law by misinterpreting scope of authority under Art. 1015(4)(c).

Construction of statutes — Under NAFTA, Art. 1015(4)(c) government entity must award contract to supplier whose bid meeting certain criteria, unless deciding in public interest not to award contract — Submission "public interest" ascertained by balancing interest in open, fair procurement process against interest in obtaining goods, services at most efficient, lowest price rejected — "Public interest" in context of Art. 1015(4)(c) permitting Minister to make discretionary, administrative decisions in which may weigh, evaluate broad range of considerations beyond those in dispute between parties with view to determining what is in best interests of Canadian public.

## SOMMAIRE (Fin)

délégué du ministre a contrevenu à l'objectif du régime législatif, en particulier à l'obligation prévue à l'art. 30.18(1) de la Loi sur le TCCE de mettre en œuvre les recommandations du Tribunal dans toute la mesure du possible — Le régime législatif incorporant des accords commerciaux importants doit être rigoureusement respecté — Le délégué du ministre a commis une erreur de droit en interprétant mal l'étendue du pouvoir conféré par l'art. 1015(4)c).

Interprétation des lois — En vertu de l'art. 1015(4)c) de l'ALÉNA, une entité gouvernementale doit adjudger un marché à un fournisseur dont la soumission respecte certains critères sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché — L'argument selon lequel l'«intérêt public» devrait être interprété en opposant l'intérêt d'avoir une procédure de passation des marchés publics qui soit transparente et équitable et l'intérêt d'obtenir ses biens et services au prix le plus avantageux et le plus bas possible est rejeté — L'expression «intérêt public», dans le contexte de l'art. 1015(4)c), habilite le ministre à prendre une décision administrative discrétionnaire en évaluant et en appréciant un large éventail de considérations allant au-delà de celles qui sont en litige entre les parties, afin de se prononcer sur ce qui est le plus avantageux pour le public canadien.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

*Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), was reversed by a decision dated 21/1/99, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1996] 2 F.C. D-21 (C.A.), was affirmed by a decision dated 28/1/99, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [1999] 1 F.C. D-11 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/1/99.

*Barrouk v. Crowther*, A-979-96, Marceau J.A., judgment dated 15/1/98 (C.A.), reconsideration of the application for leave to appeal to S.C.C. refused, 21/1/99.

*Canada (Attorney General) v. Andritsopoulos*, A-327-94, Marceau J.A., judgment dated 24/6/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/1/99.

*Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.*, [1998] 3 F.C. 202 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/1/99.

*Varma v. Canada Post Corp.*, A-465-95, Stone J.A., judgment dated 21/10/96 (C.A.), reconsideration of the application for leave to appeal to S.C.C. refused, 21/1/99.

*Vuntut Gwitchin First Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, A-797-97, Denault J.A. (*ex officio*), judgment dated 25/5/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/1/99.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 21-1-99, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1996] 2 C.F. F-42 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 28-1-99, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [1999] 1 C.F. F-17 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-99.

*Barrouk c. Crowther*, A-979-96, le juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 15-1-98 (C.A.), réexamen de la demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, 21-1-99.

*Canada (Procureur général) c. Andritsopoulos*, A-327-94, le juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 24-6-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-99.

*Human Life International in Canada Inc. c. M.R.N.*, [1998] 3 C.F. 202 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-99.

*Varma c. Société canadienne des postes*, A-465-95, le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-10-96 (C.A.), réexamen de la demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, 21-1-99.

*Première nation des Vuntut Gwitchin c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, A-797-97, le juge Denault, J.C.A. (de droit), jugement en date du 25-5-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-1-99.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 1, Part 1**

**1999, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-944-98

T-944-98

**Wang Canada Limited** (*Applicant*)**Wang Canada Limited** (*demanderesse*)

v.

c.

**Minister of Public Works and Government Services**  
(*Respondent*)**Ministre des Travaux publics et des Services  
gouvernementaux** (*défendeur*)*INDEXED AS: WANG CANADA LTD. v. CANADA (MINISTER  
OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: WANG CANADA LTD. c. CANADA (MINISTRE  
DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX)  
(I<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, McGillis J.—Ottawa, September 10  
and 28, 1998.Section de première instance, juge McGillis—Ottawa,  
10 et 28 septembre 1998.

*Crown — Contracts— Judicial review of Minister's delegate's decision not in public interest within NAFTA, Art. 1015(4)(c) to award contract — Following inquiry, CITT holding PWGSC not conducting procurement for provision of computer maintenance services to Revenue Canada according to requirements of NAFTA, Agreement on Internal Trade — Recommending PWGSC award contract to Wang, subject to Art. 1015(4)(c) — PWGSC deciding not to award contract to Wang as not in public interest — Issuing new RFP — Under Art. 1015(4)(c) government entity must award contract to supplier whose bid meeting certain criteria, unless deciding in public interest not to award contract — Public interest exception may be invoked by government entity only where decision made not to award contract — Minister's delegate never deciding contract would not be awarded — Not entitled to rely on Art. 1015(4)(c) exception given intention to award contract.*

*Couronne — Contrats — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le délégué du ministre a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'art. 1015(4)c) de l'ALÉNA d'adjuger un marché — Après enquête, le TCCE a conclu que TPSGC n'avait pas passé le marché pour la fourniture de services d'entretien du matériel informatique de Revenu Canada conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'Accord sur le commerce intérieur — Il a recommandé que TPSGC adjuge le marché à Wang, sous réserve de l'art. 1015(4)c) — TPSGC a décidé pour des raisons d'intérêt public de ne pas adjuger le marché à Wang — Il a lancé une nouvelle DP — En vertu de l'art. 1015(4)c), une entité gouvernementale doit adjuger un marché à un fournisseur dont la soumission respecte certains critères sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché — Une entité gouvernementale ne peut invoquer l'exception concernant l'intérêt public que lorsqu'elle décide de ne pas adjuger le marché — Le délégué du ministre n'a jamais décidé que le marché ne serait pas passé — L'exception prévue à l'art. 1015(4)c) ne peut pas être invoquée vu l'intention de passer le marché.*

*Foreign trade — Judicial review of Minister's delegate's decision not in public interest within NAFTA, Art. 1015(4)(c) to award contract — Following inquiry, CITT holding Department of Public Works and Government Services not conducting procurement for provision of computer maintenance services to Revenue Canada according to requirements of NAFTA, Agreement on Internal Trade — Recommending Department award contract to Wang, subject to Art. 1015(4)(c) — Department deciding not to award contract to Wang as not in public interest — Issuing new RFP — In taking procedural steps to circumvent Tribunal's determination, Minister's delegate acting contrary to purpose, intent of legislative scheme, particularly CITT Act, s. 30.18(1) requiring implementation of Tribunal's recommendations to greatest extent possible — Legislative scheme implementing important trade agreements must be rigorously respected — Delegate erred in law by*

*Commerce extérieur — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le délégué du ministre a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'art. 1015(4)c) de l'ALÉNA, d'adjuger un marché — Après enquête, le TCCE a conclu que TPSGC n'avait pas passé le marché pour la fourniture de services d'entretien du matériel informatique de Revenu Canada conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'Accord sur le commerce intérieur — Il a recommandé que TPSGC adjuge le marché à Wang, sous réserve de l'art. 1015(4)c) — TPSGC a décidé pour des raisons d'intérêt public de ne pas adjuger le marché à Wang — Il a lancé une nouvelle DP — En prenant des mesures procédurales pour passer outre à la décision du Tribunal, le délégué du ministre a contrevenu à l'objectif du régime législatif, en particulier à l'obligation prévue à l'art. 30.18(1) de la Loi sur le TCCE de mettre en œuvre les recommandations du Tribunal dans toute la mesure du*

*misinterpreting scope of authority under Art. 1015(4)(c).*

*Construction of statutes — Under NAFTA, Art. 1015(4)(c) government entity must award contract to supplier whose bid meeting certain criteria, unless deciding in public interest not to award contract — Submission “public interest” ascertained by balancing interest in open, fair procurement process against interest in obtaining goods, services at most efficient, lowest price rejected — “Public interest” in context of Art. 1015(4)(c) permitting Minister to make discretionary, administrative decisions in which may weigh, evaluate broad range of considerations beyond those in dispute between parties with view to determining what is in best interests of Canadian public.*

This was an application for judicial review of the respondent's delegate's decision that it was not in the public interest, within the meaning of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America (NAFTA)*, Article 1015(4)(c) to award a contract for computer maintenance services to Wang. The Department of Public Works and Government Services (Department) issued a Request for Proposal and Statement of Work (RFP) for the provision of computer maintenance services to Revenue Canada nationally on an “as and when required” basis. Wang, the incumbent service provider, submitted a bid which did not appear to require it to provide the labour for the removal of failed computer hardware components and the reinstallation of new or repaired ones under the “Component Per Incident” service option in the RFP. All of the other bidders had included that labour as part of the service to be provided. The Department advised Wang that its proposal was non-compliant with the RFP, and that the contract would be awarded “to the company that submitted the highest rated compliant proposal in accordance with the evaluation criteria”. Wang filed a complaint with the Canadian International Trade Tribunal. Following its inquiry, the Tribunal determined that the RFP did not require a bidder to include in the Component Per Incident service option the labour costs associated with the removal and installation of a computer component. On the basis that the Department did not conduct the procurement according to the requirements of NAFTA and the *Agreement on Internal Trade*, the Tribunal recommended that the Department award the contract to Wang, subject to the public interest exception in Article 1015(4)(c) of NAFTA. The Minister's delegate informed the Tribunal that the Department did not intend to award the contract to Wang, on the basis that it was not in the public interest to do so.

*possible — Le régime législatif incorporant des accords commerciaux importants doit être rigoureusement respecté — Le délégué du ministre a commis une erreur de droit en interprétant mal l'étendue du pouvoir conféré par l'art. 1015(4)c.*

*Interprétation des lois — En vertu de l'art. 1015(4)c de l'ALÉNA, une entité gouvernementale doit adjuger un marché à un fournisseur dont la soumission respecte certains critères sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché — L'argument selon lequel l'«intérêt public» devrait être interprété en opposant l'intérêt d'avoir une procédure de passation des marchés publics qui soit transparente et équitable et l'intérêt d'obtenir ses biens et services au prix le plus avantageux et le plus bas possible est rejeté — L'expression «intérêt public», dans le contexte de l'art. 1015(4)c, habilite le ministre à prendre une décision administrative discrétionnaire en évaluant et en appréciant un large éventail de considérations allant au-delà de celles qui sont en litige entre les parties, afin de se prononcer sur ce qui est le plus avantageux pour le public canadien.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le délégué du défendeur a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'alinéa 1015(4)c de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* (l'ALÉNA), d'adjuger à Wang un marché de services d'entretien d'ordinateurs. Le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le ministère) a publié une demande de proposition et un énoncé des travaux (DP) pour la fourniture «au fur et à mesure des besoins» de services nationaux d'entretien du matériel informatique de Revenu Canada. Wang, le fournisseur de services en place, a présenté une soumission qui ne paraissait pas exiger qu'elle prenne à sa charge la main-d'œuvre pour l'enlèvement de composants défectueux et la réinstallation de composants nouveaux ou réparés suivant l'option de service «Composant par incident» dans la DP. Tous les autres soumissionnaires avaient prévu que la main-d'œuvre faisait partie du service à fournir. Le Ministère a informé Wang que sa proposition n'était pas conforme à la DP et que le marché serait adjugé «à la compagnie ayant présenté la proposition conforme portant la cote la plus élevée conformément aux critères d'évaluation». Wang a déposé une plainte devant le Tribunal canadien du commerce extérieur. Après son enquête, le Tribunal a conclu que la DP n'obligeait pas le soumissionnaire à inclure les frais de main-d'œuvre pour l'enlèvement d'un composant défectueux et la réinstallation d'un nouveau composant dans le cadre du service d'option «Composant par incident». Ayant conclu que le Ministère n'avait pas passé le marché conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'*Accord sur le commerce intérieur*, le Tribunal a recommandé que le Ministère adjuge le marché à Wang, sous réserve de l'exception concernant l'intérêt public prévue à l'alinéa

Wang instituted judicial review proceedings challenging the Department's decision to reissue a RFP in respect of the computer maintenance services required by Revenue Canada. The Department then decided that instead of reissuing the RFP, it would issue a new one which was the same as the previous one, except that the labour required to remove and reinstall computer components was specified as a significant requirement of the Component Per Incident service option. Wang submitted a bid in response to the new RFP.

The issue was whether the Minister acted in bad faith, erred in law or acted upon the basis of irrelevant considerations in deciding that it was not in the public interest to award the contract to Wang.

*Held*, the application should be allowed and the contract awarded to Wang in accordance with the recommendation of the Tribunal.

Counsel for the applicant submitted that the phrase "public interest" in Article 1015(4)(c) should be ascertained by balancing the interest in having an open and fair procurement process against the interest in allowing the government to obtain its goods and services at the most efficient and lowest price possible. In support of that submission, he noted that NAFTA and the *Agreement on Internal Trade* contemplate a procurement process that balances the two interests. Those submissions could not be accepted because they unduly narrowed or limited the breadth of the phrase "public interest". The phrase "public interest", in the context of Article 1015(4)(c) of NAFTA, permits the Minister to make a discretionary, administrative decision by weighing and evaluating a broad range of considerations, beyond those in dispute between the parties, with a view to determining what is in the best interests of the Canadian public. Such interpretation is supported by case law and the broad and general Preamble to NAFTA, which provides, among other things, that the parties have resolved to "preserve their flexibility to safeguard the public welfare".

Under the terms of Article 1015(4)(c), a government entity must award a contract to a supplier whose bid meets certain criteria, unless it decides in the public interest not to award the contract. As a result, the public interest exception in Article 1015(4)(c) may only be invoked by a government entity in circumstances where a decision is made not to award the contract. The Minister's delegate never made a decision that Revenue Canada did not require on-site preventative and remedial computer maintenance services nationally on an "as and when required" basis, as called for in the original RFP, or that such a contract would not be awarded. The Minister's delegate was not entitled to rely on

1015(4)(c) de l'ALÉNA. Le délégué du ministre a informé le Tribunal que, pour des raisons d'intérêt public, le Ministère n'avait pas l'intention d'adjuger le marché à Wang. Wang a présenté une demande de contrôle judiciaire pour contester la décision du Ministère de republier une DP relativement aux services d'entretien d'ordinateurs dont a besoin Revenu Canada. Le Ministère a alors décidé qu'au lieu de republier la DP, il en lancerait une nouvelle qui était identique à la précédente, sauf qu'il y était précisé que la main-d'œuvre nécessaire à l'enlèvement et à l'installation de composants d'ordinateur constituait une condition essentielle de l'option de service «Composant par incident». Wang a présenté une soumission à la nouvelle DP.

La question en litige est de savoir si le ministre a agi de mauvaise foi, a commis une erreur de droit ou s'est fondé sur des considérations non pertinentes pour statuer qu'il n'était pas dans l'intérêt public d'adjuger le marché à Wang.

*Jugement*: la demande doit être accueillie et le marché doit être adjugé à Wang conformément à la recommandation du Tribunal.

L'avocat de la demanderesse a soutenu que l'expression «intérêt public» à l'alinéa 1015(4)(c) devrait être interprétée en opposant l'intérêt d'avoir une procédure de passation des marchés publics qui soit transparente et équitable et l'intérêt de permettre au gouvernement d'obtenir ses biens et services au prix le plus avantageux et le plus bas possible. À l'appui de cet argument, il a fait remarquer que l'ALÉNA et l'*Accord sur le commerce intérieur* envisagent une procédure de passation des marchés qui tiennent compte de ces deux intérêts. Ces arguments ne peuvent être retenus parce qu'ils restreignent ou limitent inutilement la portée de l'expression «intérêt public». Cette expression, dans le contexte de l'alinéa 1015(4)(c) de l'ALÉNA, habilite le ministre à prendre une décision administrative discrétionnaire en évaluant et en appréciant un large éventail de considérations allant au-delà de celles qui sont en litige entre les parties, afin de se prononcer sur ce qui est le plus avantageux pour le public canadien. Cette interprétation est étayée par la jurisprudence et par le préambule général de l'ALÉNA, qui prévoit notamment que les parties ont résolu «de préserver leur liberté d'action relativement à la sauvegarde du bien public».

En vertu de l'alinéa 1015(4)(c), une entité gouvernementale doit adjuger un marché à un fournisseur dont la soumission respecte certains critères sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché. En conséquence, une entité gouvernementale ne peut invoquer l'exception concernant l'intérêt public prévue à l'alinéa 1015(4)(c) de l'ALÉNA que lorsqu'elle décide de ne pas adjuger le marché. Le délégué du ministre n'a jamais décidé que Revenu Canada n'avait pas besoin de services nationaux d'entretien préventif et correctif sur place de son matériel informatique «au fur et à mesure des besoins», comme l'exigeait la DP originale, ou qu'un tel marché ne serait pas

the public interest exception because he did not make a decision "not to award the contract", within the meaning of NAFTA, Article 1015(4)(c).

Furthermore, in taking procedural steps to circumvent the determination made by the Tribunal, the Minister's delegate acted contrary to the purpose and intent of the legislative scheme, particularly the statutory requirement in CITT Act, subsection 30.18(1) that a government entity implement the Tribunal's recommendations to the greatest extent possible. The Minister's delegate should have challenged the determination directly by instituting judicial review proceedings. NAFTA and the *Agreement on Internal Trade* are important trade agreements which impose significant obligations on our government institutions, and the legislative scheme implementing them into Canadian law ought to be rigorously respected.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement on Internal Trade, Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995), Art. 506(6).  
*Agreement on Internal Trade Implementation Act*, S.C. 1996, c. 17.  
*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.11(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), 30.13 (as enacted *idem*), 30.14 (as enacted *idem*), 30.15(1) (as enacted *idem*), (2) (as enacted *idem*), 30.18(1) (as enacted *idem*), (2) (as enacted *idem*).  
*Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 (as am. by SOR/95-300, s. 2), ss. 7 (as am. *idem*, s. 7; 96-30, s. 5), 11 (as am. by SOR/95-300, s. 9; 96-30, s. 8), 13(a) (as enacted *idem*, s. 9).  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1013(1)(g), 1015(4)(c),(d).  
*North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

- Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Nakina (Township)* (1986), 69 N.R. 124 (F.C.A.); *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711;

passé. Le délégué du ministre n'avait pas le droit de se prévaloir de l'exception concernant l'intérêt public puisqu'il n'a pas décidé «de ne pas passer le marché» au sens de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA.

Qui plus est, en prenant des mesures procédurales pour passer outre à la décision du Tribunal, le délégué du ministre a contrevenu à l'objectif du régime législatif, en particulier à l'obligation, prévue au paragraphe 30.18(1) de la Loi sur le TCCE, pour une entité gouvernementale de mettre en œuvre les recommandations du Tribunal dans toute la mesure du possible. Le délégué du ministre aurait dû contester directement la décision en engageant des procédures de contrôle judiciaire. L'ALÉNA et l'*Accord sur le commerce intérieur* sont des accords commerciaux importants qui imposent des obligations considérables à nos institutions fédérales et le régime législatif les incorporant au droit canadien doit être rigoureusement respecté.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1013(1)g), 1015(4)c),d).  
*Accord sur le commerce intérieur, Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 Avril 1995), art. 506(6).  
*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.  
*Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, L.C. 1996, ch. 17.  
*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 30.11(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), 30.13 (édicte, *idem*), 30.14 (édicte, *idem*), 30.15(1) (édicte, *idem*), (2) (édicte, *idem*), 30.18(1) (édicte, *idem*), (2) (édicte, *idem*).  
*Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 (mod. par DORS/95-300, art. 2), art. 7 (mod., *idem*, art. 7; 96-30, art. 5), 11 (mod. par DORS/95-300, art. 9; 96-30, art. 8), 13a) (édicte, *idem*, art. 9).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS CITÉES:

- Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nakina (Municipalité)* (1986), 69 N.R. 124 (C.A.F.); *R. c.*

(1992), 77 C.C.C. (3d) 91; 17 C.R. (4th) 74; 12 C.R.R. (2d) 31; 144 N.R. 176; 51 Q.A.C. 161; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161.

APPLICATION for judicial review of Minister of Public Works and Government Services delegate's decision that it was not in the public interest, within the meaning of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* to award a contract for computer maintenance services to Wang (*Wang Canada Ltd. (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 17 (QL)). Application allowed.

APPEARANCES:

*Gordon K. Cameron* and *Nancy K. Brooks* for applicant.  
*Michael Ciavaglia* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

McGILLIS J.:

INTRODUCTION

[1] The applicant Wang Canada Limited (Wang) has challenged by way of judicial review a decision, dated March 31, 1998, of the Minister of Public Works and Government Services (Minister), made by his Assistant Deputy Minister Alan Williams, that it was not in the public interest, within the meaning of Article 1015(4)(c) of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* (NAFTA),<sup>1</sup> to award a contract for computer maintenance services to Wang.

*Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; (1992), 77 C.C.C. (3d) 91; 17 C.R. (4th) 74; 12 C.R.R. (2d) 31; 144 N.R. 176; 51 Q.A.C. 161; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le délégué du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, d'adjuger à Wang un marché de services d'entretien d'ordinateurs (*Wang Canada Ltd. (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 17 (QL)). Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Gordon K. Cameron* et *Nancy K. Brooks* pour la demanderesse.  
*Michael Ciavaglia* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE MCGILLIS:

INTRODUCTION

[1] La demanderesse Wang Canada Limited (Wang) conteste par voie de contrôle judiciaire une décision datée du 31 mars 1998 par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le ministre) a conclu, par l'intermédiaire de son sous-ministre adjoint Alan Williams, qu'il n'était pas dans l'intérêt public, au sens de l'alinéa 1015(4)c) de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* (l'ALÉNA)<sup>1</sup>, d'adjuger à Wang un marché de services d'entretien d'ordinateurs.

FACTS

[2] In July 1997, the Department of Public Works and Government Services (Department) issued a Request for Proposal and Statement of Work (RFP) for the provision of on-site preventative and remedial computer maintenance services to Revenue Canada nationally on an “as and when required” basis. Wang and seven other companies submitted bids in response to the RFP. Wang is the incumbent service provider to Revenue Canada under a contract that expires on September 30, 1998.

[3] In early October 1997, the Department determined that Wang’s proposal complied with the mandatory requirements in the RFP, and evaluated its proposal as constituting the “best value” in accordance with the specified criteria.

[4] During October and November 1997, the Department and Wang negotiated the terms of a contract under which the services were to be provided. By November 19, 1997, they had agreed on the terms of the contract. However, the Department subsequently informed Wang that its bid did not appear to require it to provide the labour for the removal of failed computer hardware components and the reinstallation of new or repaired ones under the “Component Per Incident” service option in the RFP. In response, Wang advised the Department that the labour for removing failed computer components and reinstalling new or repaired parts was not a mandatory requirement in the RFP under the Component Per Incident service option. Indeed, under the existing service contract with Wang, Revenue Canada personnel were required to provide the labour to remove failed components and to install repaired or replacement ones. However, all of the other seven companies that submitted bids in response to the RFP had included that labour as part of the service to be provided.

[5] By letter dated December 5, 1997, the Department advised Wang that its proposal was “non-compliant” with the RFP, and that the contract would be awarded “to the company that submitted the highest

FAITS

[2] En juillet 1997, le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) a publié une demande de proposition et un énoncé des travaux (DP) pour la fourniture «au fur et à mesure des besoins» de services nationaux d’entretien préventif et correctif sur place du matériel informatique de Revenu Canada. Wang et sept autres compagnies ont présenté des soumissions en réponse à la DP. Wang est l’actuel fournisseur de tels services à Revenu Canada en vertu d’un contrat qui prend fin le 30 septembre 1998.

[3] Au début d’octobre 1997, le Ministère a décidé que la proposition de Wang satisfaisait aux exigences de la DP, et a estimé que sa proposition présentait la «meilleure valeur» conformément aux critères spécifiés.

[4] Au cours des mois d’octobre et de novembre 1997, le Ministère et Wang ont négocié les conditions du marché aux termes duquel les services devaient être fournis. Le 19 novembre 1997, ils se sont entendus sur les conditions du marché. Toutefois, le Ministère a par la suite informé Wang que sa soumission ne semblait pas exiger qu’elle prenne à sa charge la main-d’œuvre pour l’enlèvement de composants défectueux et la réinstallation de composants nouveaux ou réparés suivant l’option de service «Composant par incident» dans la DP. Wang a répondu au Ministère que la main-d’œuvre pour l’enlèvement de composants défectueux et la réinstallation de composants nouveaux ou réparés n’était pas une exigence obligatoire en vertu de l’option de service «Composant par incident». En fait, aux termes du marché de service existant avec Wang, Revenu Canada devait fournir la main-d’œuvre pour enlever les composants défectueux et les remplacer par des composants nouveaux ou réparés. Toutefois, les sept autres compagnies qui ont présenté des propositions en réponse à la DP avaient prévu que la main-d’œuvre faisait partie du service à fournir.

[5] Dans une lettre datée du 5 décembre 1997, le Ministère a informé Wang que sa proposition n’était pas conforme à la DP, et que le marché devrait être adjugé [TRADUCTION] «à la compagnie ayant présenté

rated compliant proposal in accordance with the evaluation criteria.” In that letter, the Department explained its reasons for taking the position that the labour for removing and reinstalling computer components was a necessary part of Revenue Canada’s requirements in the RFP. Among other things, the Department referred to information contained in the Solicitation Update portion of the RFP indicating that the service option in question was “new”, and that Wang, as the existing service provider for Revenue Canada, could not rely on the work requirements of its existing contract in interpreting those in the RFP.

[6] On December 16, 1997, Wang filed a complaint under subsection 30.11(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act* (CITT Act)<sup>2</sup> with the Canadian International Trade Tribunal (Tribunal). In its complaint, Wang alleged that the Department had breached Article 506(6) of the *Agreement on Internal Trade*,<sup>3</sup> by failing to identify clearly in the RFP the basis for evaluating the bids. Alternatively, Wang alleged that the RFP was ambiguous in relation to the work required in the Component Per Incident service option. Wang further alleged that the Department violated Articles 1015(4)(c) and (d) of NAFTA, in that the contract would not be awarded in accordance with the criteria and essential requirements specified in the RFP. Finally, Wang alleged that the Department contravened Article 1013(1)(g) of NAFTA, by failing to include a “complete description of the goods or services to be procured”.

[7] On December 19, 1997, the Tribunal determined that the conditions for inquiry in section 7 of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations* (CITT Procurement Inquiry Regulations)<sup>4</sup> had been met, and under section 30.13 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the CITT Act, decided to conduct an inquiry into the complaint. The inquiry was conducted on the basis of the written submissions of Wang, the Department and an intervenor.

la proposition conforme portant la cote la plus élevée conformément aux critères d’évaluation». Dans cette lettre, le Ministère a expliqué les raisons pour lesquelles il estimait que les frais de main-d’œuvre requis pour l’enlèvement et la réinstallation de composants d’ordinateur étaient une partie essentielle des conditions de Revenu Canada dans la DP. Il a notamment invoqué les renseignements contenus dans la mise à jour de la DP indiquant que l’option de service en cause était «nouvelle» et que Wang, qui était l’actuel fournisseur de services pour Revenu Canada, ne pouvait se servir des clauses qui, dans son contrat actuel, concernaient les travaux effectués pour interpréter celles contenues dans la DP.

[6] Le 16 décembre 1997, Wang a déposé une plainte conformément au paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la Loi sur le TCCE)<sup>2</sup> devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal). Wang a soutenu dans sa plainte que le Ministère avait contrevenu au paragraphe 506(6) de l’*Accord sur le commerce intérieur*<sup>3</sup> en n’indiquant pas clairement dans la DP les critères appliqués dans l’évaluation des soumissions. Subsidiairement, Wang a allégué que la DP était ambiguë quant aux travaux nécessaires concernant l’option de service «Composant par incident». Elle a en outre prétendu que le Ministère avait enfreint les alinéas 1015(4)c) et d) de l’ALÉNA puisque le marché ne serait pas adjugé en conformité avec les critères et les conditions essentielles spécifiés dans la DP. Wang a finalement affirmé que le Ministère avait enfreint l’alinéa 1013(1)g) de l’ALÉNA en omettant d’inclure «une description complète des produits ou services demandés».

[7] Le 19 décembre 1997, le Tribunal a statué que les conditions d’enquête précisées à l’article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*<sup>4</sup> (le Règlement sur les enquêtes du TCCE) avaient été remplies et, conformément à l’article 30.13 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la Loi sur le TCCE, il a décidé d’enquêter sur la plainte. Le Tribunal a effectué son enquête en se fondant sur les observations écrites de Wang, du Ministère et d’un intervenant.

[8] In its complaint, Wang requested that the Tribunal grant it various remedies. Among other things, Wang requested that the Tribunal award it the contract. In the alternative, in the event that the Tribunal found the impugned provision in the RFP to be ambiguous, Wang requested as follows:

. . . that a new solicitation for the portion of the contract dealing with the “Component Per Incident” only be issued, or that a new solicitation dealing with the financial proposal only be issued, or that a new solicitation for the requirement be issued. Wang finally requested to be compensated for any costs associated with revising its bid to conform with the requirements of the new solicitation and for its costs to submit and pursue this complaint.

[9] In its submissions to the Tribunal, the Department argued, among other things, that there was no ambiguity in the requirements of the RFP. It therefore requested that the Tribunal dismiss Wang’s complaint with costs.

[10] Following its inquiry, the Tribunal rendered a determination on March 11, 1998 [*Wang Canada Ltd. (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 17 (QL)], in which it determined that Wang’s complaint was valid. In particular, the Tribunal found that the RFP did not require a bidder to include in the Component Per Incident service option the labour costs associated with the removal and reinstallation of a computer component. In its findings and its determination, the Tribunal stated, in part, as follows [at paragraphs 55-59]:

The Tribunal is of the view that, according to the terms of the RFP and the clarifications provided by the Department, these tasks could be performed by Revenue Canada personnel. Alternatively, these tasks could be performed by the contractor outside of the “Component Per Incident” service option.

Having interpreted the RFP as not requiring that a bidder include in the “Component Per Incident Remedial Maintenance Rate” the labour costs associated with the removal of a failed component and installation of a new or repaired component, the Tribunal concludes that the Department’s determination that Wang’s proposal was non-compliant on the basis that it did not include such labour costs constituted a violation of the provisions of Article 506(6) of the AIT and Article 1013(1) of NAFTA. In particular, the Tribunal is of the view that, by interpreting the RFP to include such labour costs and determining that Wang’s proposal was non-

[8] Dans sa plainte, Wang a demandé au Tribunal de prendre diverses mesures correctives. Elle lui a notamment demandé de lui adjuger le marché. Subsidièrement, dans l’éventualité où le Tribunal déciderait que la disposition attaquée dans la DP était ambiguë, Wang a demandé ce qui suit:

[. . .] qu’une nouvelle invitation à soumissionner soit lancée pour la partie du marché portant sur le «Composant par incident» uniquement ou qu’une nouvelle invitation portant sur la proposition financière seulement soit lancée, ou qu’une nouvelle invitation pour combler le besoin soit lancée. Wang a en outre demandé d’être indemnisée de ses frais pour la révision de sa soumission pour la rendre conforme aux exigences de la nouvelle invitation à soumissionner et de ses frais de présentation de la présente plainte.

[9] Le Ministère a notamment fait valoir devant le Tribunal qu’il n’y avait aucune ambiguïté dans les exigences de la DP. Il a donc demandé au Tribunal de rejeter la plainte de Wang avec dépens.

[10] Après son enquête, le Tribunal a rendu sa décision le 11 mars 1998 [*Wang Canada Ltd. (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 17 (QL)]; il a statué que la plainte de Wang était fondée. Il a en particulier conclu que la DP n’obligeait pas le soumissionnaire à inclure les frais de main-d’œuvre pour l’enlèvement d’un composant défectueux et la réinstallation d’un nouveau composant dans le cadre du service d’option «Composant par incident». Dans ses conclusions et sa décision, le Tribunal a dit notamment ce qui suit [aux paragraphes 55 à 59]:

Le Tribunal est d’avis que, selon les termes de la DP et les éclaircissements fournis par le Ministère, ces tâches peuvent être effectuées par le personnel de Revenu Canada. En revanche, ces tâches peuvent être effectuées par l’entrepreneur indépendamment de l’option de service «Composant par incident».

Comme il est d’avis que la DP n’exige pas que le soumissionnaire inclue dans le «Tarif de maintenance corrective d’un composant par incident» les frais de main-d’œuvre associés à l’enlèvement d’un composant défectueux et à l’installation d’un composant nouveau ou réparé, le Tribunal conclut que la décision du Ministère selon laquelle la proposition de Wang n’était pas conforme, pour le motif qu’elle ne comprenait pas les frais de main-d’œuvre, constitue une violation des dispositions du paragraphe 506(6) de l’ACI et du paragraphe 1013(1) de l’ALÉNA. Le Tribunal fait observer notamment que, comme le Minis-

compliant, the Department introduced, after bid closing, a new mandatory requirement into the RFP.

It is clear from the information on the record that the Department assessed Wang's proposal as being the "best value" and intended to award Wang the contract as evidenced by the contract negotiations between the Department and Wang. Were it not for the difference in interpretation of the "Component Per Incident Remedial Maintenance Rate" in the RFP, which only became known when the Department and Wang were finalizing the terms and conditions of the contract, the Tribunal is of the view that the Department would have awarded Wang the contract. In these circumstances, the Tribunal is of the view that, subject to Article 1015(4) of NAFTA, Wang should be awarded the contract.

#### DETERMINATION OF THE TRIBUNAL

In light of the foregoing, the Tribunal determines, in consideration of the subject matter of the complaint, that the procurement was not conducted according to the requirements set out in NAFTA and the AIT and that, therefore, the complaint is valid.

Pursuant to subsections 30.15(2) and (3) of the CITT Act, the Tribunal recommends, as a remedy, that, subject to the provisions of Article 1015(4)(c) of NAFTA, the Department award the contract to Wang.

[11] Given its determination that the complaint was valid, on the basis that the Department did not conduct the procurement according to the requirements of NAFTA and the *Agreement on Internal Trade*, the Tribunal recommended, by way of remedy, that the Department award the contract to Wang, subject to the public interest exception in Article 1015(4)(c) of NAFTA. In the circumstances, it was unnecessary for the Tribunal to consider the alternative relief sought by Wang, requesting that a new solicitation be issued in various forms.

[12] By virtue of subsection 30.18(2) [as enacted *idem*] of the CITT Act and paragraph 13(a) [as enacted by SOR/96-30, s. 9] of the CITT Procurement Inquiry Regulations, the Department was required to inform the Tribunal of its actions in response to the determination. By letter dated March 31, 1998, the

terè a interprété la DP comme si les frais de main-d'œuvre étaient inclus et a décidé de ce fait que la proposition de Wang était non conforme, le Ministère a introduit, après la clôture des soumissions, une nouvelle exigence obligatoire dans la DP.

Il est clair selon les renseignements au dossier que le Ministère a déterminé que la proposition de Wang avait la «meilleure valeur» et avait l'intention d'adjuger le marché à Wang comme en témoignent les négociations contractuelles entre le Ministère et Wang. N'eût été l'écart d'interprétation de l'élément du «Tarif de maintenance corrective d'un composant par incident» dans la DP, élément qui n'est venu à la connaissance du Ministère et de Wang qu'au moment où les conditions du marché allaient être mises au point, le Tribunal est d'avis que le Ministère aurait adjugé le marché à Wang. C'est pourquoi le Tribunal est d'avis que, sous réserve du paragraphe 1015(4) de l'ALÉNA, le marché doit être adjugé à Wang.

#### DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine, relativement à l'objet de la plainte, que le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'ACI, et que, par conséquent, la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective que, sous réserve des dispositions de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA, le Ministère adjuge le marché à Wang.

[11] Ayant conclu que la plainte était fondée puisque le Ministère n'avait pas passé le marché conformément aux exigences énoncées dans l'ALÉNA et dans l'*Accord sur le commerce intérieur*, le Tribunal a recommandé, comme mesure corrective, que le Ministère adjuge le marché à Wang, sous réserve de l'exception concernant l'intérêt public prévue à l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA. Dans les circonstances, il était inutile pour le Tribunal d'examiner la mesure corrective subsidiaire demandée par Wang, savoir qu'une nouvelle invitation à soumissionner soit lancée sous diverses formes.

[12] En vertu du paragraphe 30.18(2) [édicte, *idem*] de la Loi sur le TCCE et de l'alinéa 13a) [édicte par DORS/96-30, art. 9] du Règlement sur les enquêtes du TCCE, le Ministère était tenu d'informer le Tribunal des mesures qu'il allait prendre relativement à sa décision. Dans une lettre datée du 31 mars 1998, le

Minister, by his delegate Assistant Deputy Minister Alan Williams, advised the Tribunal that the Department did not intend to award the contract to Wang, on the basis that it was not in the public interest to do so. In his letter, Mr. Williams stated as follows:

This letter is filed in compliance with Subsection 13(a) of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*.

The Tribunal, in its Determination issued on Wednesday, March 11, 1998 made the following recommendation concerning the referenced Complaint relating to a Request for Proposal (RFP) for the provision of maintenance services on behalf of Revenue Canada.

“Pursuant to subsections 30.15(2) and (3) of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, the Canadian International Trade Tribunal recommends, as a remedy, that, subject to the provisions of Article 1015(4)(c) of the North American Free Trade Agreement, the Department, award the contract to Wang Canada Limited.”

The Crown has reviewed the Findings of The Tribunal and has carefully considered the recommendation of the Tribunal, the requirements of Revenue Canada and the provisions of the trade agreements. The Tribunal has made a finding that the terms of the RFP did not require that a bidder include in the “Component per Incident Remedial Maintenance Rate” the labour costs associated with a failed component and installation of a new or repaired component.

These labour costs were, however, intended to be part of the requirement for the provision of maintenance services on behalf of Revenue Canada and the Crown has always intended to acquire services that met all of the requirements for maintenance services as was detailed in the Government Institution Report.

The services proposed by Wang Canada Limited do not meet the needs of Revenue Canada. A contract with Wang Canada Limited based on the RFP specifications as determined by the Tribunal would result in Revenue Canada acquiring and paying for a service that does not meet all of its needs.

It is respectfully submitted that for the Crown to negotiate with Wang Canada Limited and enhance both the scope of work and the price to be paid under the proposed contract in order to meet Revenue Canada’s requirements would constitute a violation of NAFTA Article 1014.

For these reasons, the Crown has determined pursuant to NAFTA Article 1015(4)(c) that it is not in the best public interest to award the subject contract to Wang Canada Limited.

ministre, par l’intermédiaire de son sous-ministre adjoint Alan Williams, a informé le Tribunal que, pour des raisons d’intérêt public, le Ministère n’avait pas l’intention d’adjuger le marché à Wang. Dans sa lettre, M. Williams dit ce qui suit:

[TRADUCTION] La présente lettre est expédiée conformément à l’alinéa 13a) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*.

Dans la décision qu’il a rendue le mercredi 11 mars 1998, le Tribunal a fait la recommandation suivante concernant la plainte mentionnée en exergue relativement à une demande de proposition (DP) pour la fourniture de services d’entretien pour Revenu Canada.

«Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que, sous réserve des dispositions de l’alinéa 1015(4)c) de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux adjuge le marché à la société Wang Canada Limited.»

L’État a examiné les conclusions du Tribunal et a analysé attentivement la recommandation du Tribunal, les exigences de Revenu Canada et les dispositions des accords commerciaux. Le Tribunal a conclu que la DP n’exigeait pas que le soumissionnaire inclue dans le «Tarif de maintenance corrective de composant par incident» les frais de main-d’œuvre associés à l’enlèvement d’un composant défectueux et à l’installation d’un composant nouveau ou réparé.

Ces frais de main-d’œuvre étaient toutefois censés faire partie des exigences concernant la fourniture de services d’entretien pour Revenu Canada, et l’État a toujours eu l’intention d’obtenir des services d’entretien qui respectaient les exigences énoncées dans le rapport de l’institution fédérale.

Les services proposés par Wang Canada Limited ne satisfont pas aux besoins de Revenu Canada. Si un marché devait être conclu avec Wang Canada Limited sur le fondement des spécifications de la DP comme l’a décidé le Tribunal, Revenu Canada paierait pour un service qui ne satisfait pas à tous ses besoins.

Il est allégué qu’en négociant avec Wang Canada pour élargir les travaux et augmenter le prix à payer en vertu du marché proposé afin de satisfaire aux exigences de Revenu Canada, l’État enfreindrait l’article 1014 de l’ALÉNA.

Pour ces motifs, l’État a conclu, conformément à l’alinéa 1015(4)c) de l’ALÉNA, qu’il n’est pas dans l’intérêt public d’adjuger le marché en cause à Wang Canada Limited.

I am pleased to advise that the Crown intends to re-issue a request for proposal in respect of this requirement in order to afford all potential suppliers the opportunity to submit a proposal based on the requirements of Revenue Canada that "Component per Incident Remedial Maintenance Rate" include the labour costs associated with a failed component and installation of a new or repaired component. It is noted that this course of action will provide Wang Canada Limited with relief that it specifically requested in its Complaint.

[13] On May 5, 1998, Wang instituted judicial review proceedings challenging the decision of the Department to reissue a RFP in respect of the computer maintenance services required by Revenue Canada. By letter dated May 11, 1998, counsel for the Department informed counsel for Wang that the Department would not reissue the RFP, but rather would issue a new one.

[14] On May 11, 1998, the Department issued a new RFP for the Revenue Canada computer maintenance services. The new RFP was the same as the previous one, save and except that the labour required to remove and reinstall computer components was specified as a significant requirement of the Component Per Incident service option. The new RFP required bids to be submitted on or before June 29, 1998. Wang has submitted a bid in response to the new RFP.

### ISSUES

[15] The principal issue to be determined on this application is whether the Minister acted in bad faith, erred in law or acted upon the basis of irrelevant considerations in deciding that it was not in the public interest to award the contract to Wang.

### ANALYSIS

(i) statutory scheme governing procurement review

[16] Canada is a signatory to NAFTA and the *Agreement on Internal Trade*, which require, among

Il me fait plaisir de vous informer que l'État a l'intention de relancer une demande de proposition relativement à ses besoins afin de permettre à tous les fournisseurs potentiels de présenter une proposition en fonction des exigences de Revenu Canada et selon lesquelles le «Tarif de maintenance corrective d'un composant par incident» inclut les frais de main-d'œuvre associés à l'enlèvement d'un composant défectueux et à l'installation d'un composant nouveau ou réparé. Il convient de souligner que cette façon de procéder correspondrait à la mesure corrective expressément demandée dans la plainte de Wang Canada Limited.

[13] Le 5 mai 1998, Wang a présenté une demande de contrôle judiciaire pour contester la décision du Ministère de republier une DP relativement aux services d'entretien d'ordinateurs dont a besoin Revenu Canada. Dans une lettre datée du 11 mai 1998, l'avocat du Ministère a informé l'avocat de Wang que le Ministère ne republierait pas la DP, mais en lancerait plutôt une nouvelle.

[14] Le 11 mai 1998, le Ministère a lancé une nouvelle DP relativement aux services d'entretien des ordinateurs de Revenu Canada. La nouvelle DP était identique à la précédente, sauf qu'il y était précisé que les frais de main-d'œuvre associés à l'enlèvement et à l'installation de composants d'ordinateur constituaient une condition essentielle de l'option de service «Composant par incident». La nouvelle DP prévoyait que les soumissions devaient être présentées au plus tard le 29 juin 1998. Wang a présenté une soumission à la nouvelle DP.

### QUESTIONS EN LITIGE

[15] La principale question en litige dans la présente demande est celle de savoir si le ministre a agi de mauvaise foi, a commis une erreur de droit ou s'est fondé sur des considérations non pertinentes pour statuer qu'il n'était pas dans l'intérêt public d'adjuger le marché à Wang.

### ANALYSE

(i) le régime législatif régissant la révision des marchés publics

[16] Le Canada est signataire de l'ALÉNA et de l'*Accord sur le commerce intérieur* qui exigent notam-

other things, open and fair access to government procurement for certain goods and services, including those which are at issue in the present case. Those agreements also require the signatories to establish a complaint authority. In Canada, the CITT Act has established the Tribunal as the complaint authority. The provisions governing complaints by potential suppliers in relation to government procurement are outlined in sections 30.1 to 30.19 of the CITT Act. For the purposes of the present case, it is only necessary to refer to certain of those provisions.

[17] Under subsection 30.11(1) of the CITT Act, a bidder on a contract for the supply of goods or services proposed to be awarded by a government institution may file a complaint with the Tribunal “concerning any aspect of the procurement process”. Following the filing of a complaint, the Tribunal must decide, under subsection 30.13(1), whether to conduct an inquiry into the complaint. In the event that the Tribunal decides to conduct an inquiry, section 11 [as am. by SOR/95-300, s. 9; 96-30, s. 8] of the CITT Procurement Inquiry Regulations requires it to determine whether the procurement was conducted in accordance with the requirements in NAFTA and the *Agreement on Internal Trade*. At the conclusion of the inquiry, the Tribunal must determine the validity of the complaint, in accordance with subsection 30.14(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the CITT Act. Subsection 30.15(1) [as enacted *idem*] of the CITT Act requires the Tribunal to provide the complainant, the government institution and any other interested party with its findings and recommendations, if any. Under subsection 30.15(2) [as enacted *idem*], where a Tribunal determines that a complaint is valid, it “may recommend such remedy as it considers appropriate”. That provision provides as follows:

**30.15 . . .**

(2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies:

- (a) that a new solicitation for the designated contract be issued;
- (b) that the bids be re-evaluated;

ment que la procédure de passation des marchés publics concernant certains biens et services, dont ceux qui sont en cause dans l'espèce, soit transparente et équitable. Ces accords obligent aussi les signataires à mettre sur pied une instance chargée d'entendre les plaintes. Au Canada, la Loi sur le TCCE a créé le Tribunal à cette fin. Ce sont les articles 30.1 à 30.19 de la Loi sur le TCCE qui contiennent les dispositions applicables aux plaintes des fournisseurs potentiels à l'égard des marchés publics. Aux fins de la présente affaire, il suffit de se reporter à quelques-unes seulement de ces dispositions.

[17] En vertu du paragraphe 30.11(1) de la Loi sur le TCCE, le soumissionnaire à un contrat pour la fourniture de biens et services que doit adjuger une institution fédérale peut déposer une plainte auprès du Tribunal «concernant la procédure des marchés publics». Sur dépôt d'une plainte, le Tribunal doit décider, conformément au paragraphe 30.13(1), s'il y a lieu d'enquêter. Lorsque le Tribunal décide d'enquêter sur une plainte, l'article 11 [mod. par DORS/95-300, art. 9; 96-30, art. 8] du Règlement sur les enquêtes du TCCE prévoit qu'il doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA et de l'*Accord sur le commerce intérieur*. Le Tribunal détermine le bien-fondé de la plainte conformément au paragraphe 30.14(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la Loi sur le TCCE. Le paragraphe 30.15(1) [édicte, *idem*] de la Loi sur le TCCE prévoit que le Tribunal doit remettre au plaignant, à l'institution fédérale concernée et à toute autre partie intéressée ses conclusions et ses éventuelles recommandations. Aux termes du paragraphe 30.15(2) [édicte, *idem*], le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, «recommander que soient prises des mesures correctives». Cette disposition est libellée de la manière suivante:

**30.15 [ . . . ]**

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes:

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;

- (c) that the designated contract be terminated;
- (d) that the designated contract be awarded to the complainant; or
- (e) that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal

[18] In the event that a Tribunal makes recommendations, subsection 30.18(1) [as enacted *idem*] provides that the government institution “shall . . . implement the recommendations to the greatest extent possible.” Subsection 30.18(1) provides as follows:

**30.18 (1)** Where the Tribunal makes recommendations to a government institution under section 30.15, the government institution shall, subject to the regulations, implement the recommendations to the greatest extent possible.

[19] The government institution must also, by virtue of subsection 30.18(2) [as enacted *idem*], “advise the Tribunal in writing of the extent to which it intends to implement the recommendations and, if it does not intend to implement them fully, the reasons for not doing so.”

(ii) remedy recommended by Tribunal

[20] As indicated earlier, the Tribunal recommended as a remedy that the Department award the contract to Wang, subject to the provisions of Article 1015(4)(c) of NAFTA, which provides as follows:

**Article 1015 . . .**

4. An entity shall award contracts in accordance with the following:

. . .

- (c) unless the entity decides in the public interest not to award the contract, the entity shall make the award to the supplier that has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender is either the lowest-priced tender or the tender determined to be the most advantageous in terms of the specific evaluation criteria set out in the notices or tender documentation;

(iii) standard of review

[21] During the course of their submissions, counsel for the parties agreed that a ministerial decision not to

- c) la résiliation du contrat spécifique;
- d) l’attribution du contrat spécifique au plaignant;
- e) le versement d’une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

[18] Le paragraphe 30.18(1) [édicte, *idem*] prévoit que, lorsque le Tribunal lui fait des recommandations, l’institution fédérale doit «les mettre en œuvre dans toute la mesure du possible». Le paragraphe 30.18(1) prévoit ce qui suit:

**30.18 (1)** Lorsque le Tribunal lui fait des recommandations en vertu de l’article 30.15, l’institution fédérale doit, sous réserve des règlements, les mettre en œuvre dans toute la mesure du possible.

[19] En vertu du paragraphe 30.18(2) [édicte, *idem*], l’institution fédérale doit en outre, «par écrit [. . .] faire savoir [au Tribunal] dans quelle mesure elle compte mettre en œuvre les recommandations et, dans tous les cas où elle n’entend pas les appliquer en totalité, lui motiver sa décision».

ii) la mesure corrective recommandée par le Tribunal

[20] Comme il a été mentionné plus haut, le Tribunal a recommandé, à titre de mesure corrective, que le Ministère adjudge le marché à Wang sous réserve des dispositions de l’alinéa 1015(4)c) de l’ALÉNA qui prévoit ce qui suit:

**Article 1015 [. . .]**

4. L’adjudication des marchés s’effectuera conformément aux procédures suivantes:

[. . .]

- c) sauf si elle décide, pour des raisons d’intérêt public, de ne pas passer le marché, l’entité adjudgera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d’exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les critères d’évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l’appel d’offres;

iii) la norme de contrôle

[21] Dans leurs observations, les avocats des parties ont reconnu que la décision ministérielle de ne pas

award a contract is discretionary in nature, and subject to review by the Court only on the narrow grounds that the Minister or his delegate acted in bad faith, erred in law or took into account irrelevant considerations.<sup>5</sup>

(iv) the meaning of the term “public interest”

[22] A review of the jurisprudence concerning “public interest” reveals that it is a broad, somewhat undefined and flexible concept, which nevertheless includes considerations beyond the interests of the parties to a dispute.<sup>6</sup>

[23] In the present case, counsel for the applicant submitted, among other things, that the phrase “public interest” in Article 1015(4)(c) of NAFTA should be ascertained by balancing the interest in having an open and fair procurement process against the interest in allowing the government to obtain its goods and services at the most efficient and lowest price possible. In support of that submission, he noted that NAFTA and the *Agreement on Internal Trade* contemplate a procurement process that balances the two interests. I cannot accept those submissions, on the basis that they unduly narrow or limit the breadth of the phrase “public interest”. In my opinion, the phrase “public interest”, in the context of Article 1015(4)(c) of NAFTA, permits the Minister to make a discretionary, administrative decision in which he or she may weigh and evaluate a broad range of considerations, beyond those in dispute between the parties, with a view to determining what is in the best interests of the Canadian public. My interpretation of the phrase “public interest” in Article 1015(4)(c) is supported not only by the jurisprudence, but also by the broad and general Preamble to NAFTA, which provides, among other things, that the parties have resolved to “preserve their flexibility to safeguard the public welfare.”

[24] However, in the context of Article 1015(4)(c) of NAFTA, the question to be determined is not merely whether the Minister erred in assessing the public interest, but rather whether he erred in determining that it was “in the public interest not to award the contract” to Wang.

adjuger un marché est de nature discrétionnaire et n’est susceptible de contrôle par la Cour que dans les cas où le ministre ou son délégué a agi de mauvaise foi, a commis une erreur de droit ou a pris en considération des facteurs dénués de pertinence<sup>5</sup>.

iv) le sens de l’expression «intérêt public»

[22] Il ressort d’un examen de la jurisprudence portant sur les termes «intérêt public» qu’il s’agit d’un concept général, souple et indéterminé, qui comporte néanmoins des considérations allant au-delà des intérêts des parties à un litige<sup>6</sup>.

[23] En l’espèce, l’avocat de la demanderesse a notamment soutenu que l’expression «intérêt public» à l’alinéa 1015(4)c) de l’ALÉNA devrait être interprétée en opposant l’intérêt d’avoir une procédure de passation des marchés publics qui soit transparente et équitable et l’intérêt de permettre au gouvernement d’obtenir ses biens et services au prix le plus avantageux et le plus bas possible. À l’appui de cet argument, il a fait remarquer que l’ALÉNA et l’*Accord sur le commerce intérieur* envisagent une procédure de passation des marchés qui tiennent compte de ces deux intérêts. Je ne peux pas retenir ces arguments parce qu’ils restreignent ou limitent inutilement la portée de l’expression «intérêt public». À mon avis, cette expression, dans le contexte de l’alinéa 1015(4)c) de l’ALÉNA, habilite le ministre à prendre une décision administrative discrétionnaire en évaluant et en appréciant un large éventail de considérations allant au-delà de celles qui sont en litige entre les parties, afin de déterminer ce qui est le plus avantageux pour le public canadien. Mon interprétation de l’expression «intérêt public» à l’alinéa 1015(4)c) est étayée non seulement par la jurisprudence, mais aussi par le préambule général de l’ALÉNA qui prévoit notamment que les parties ont résolu «de préserver leur liberté d’action relativement à la sauvegarde du bien public».

[24] Toutefois, dans le contexte de l’alinéa 1015(4)c) de l’ALÉNA, la question qui se pose est non seulement de savoir si le ministre a commis une erreur en appréciant l’intérêt public, mais aussi s’il a commis une erreur en décidant, «pour des raisons d’intérêt public, de ne pas [adjuger] le marché» à Wang.

(v) the Minister's exercise of discretion

[25] By letter dated March 11, 1998, the Minister's delegate Alan Williams determined, under Article 1015(4)(c) of NAFTA, that it was not in the public interest to award the contract to Wang. In his letter, he indicated that the Government had always intended the labour costs in question to be included in the requirements for the provision of certain maintenance services specified in the RFP. Furthermore, in the event that Revenue Canada was required to enter into a contract based on the specifications in the RFP, as interpreted by the Tribunal, it would be required to acquire and to pay for a service that did not meet all of its needs. Finally, he asserted that the Department would be required to negotiate with Wang, thereby violating Article 1014 of NAFTA. As a result, he indicated that the RFP would be reissued in order to permit bidders to submit a proposal based on the requirement that the Component Per Incident service option included the labour costs for removing and reinstalling components. He also stated that the reissuance of the RFP would provide Wang with the relief it requested in its complaint to the Tribunal. After Wang instituted the present judicial review proceedings, a new RFP was issued that was identical to the original one, save and except that the Component Per Incident service option expressly required the provision of labour for removing failed computer components and replacing them with new or repaired parts.

[26] Under the terms of Article 1015(4)(c) of NAFTA, a government entity must award a contract to a supplier whose bid meets certain criteria, unless it "decides in the public interest not to award the contract." As a result, the public interest exception in Article 1015(4)(c) of NAFTA may only be invoked by a government entity in circumstances where a decision is made not to award the contract.

[27] In the present case, the facts establish that the Minister's delegate did not decide "not to award the contract", within the meaning of Article 1015(4)(c) of

v) l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire

[25] Dans une lettre datée du 11 mars 1998, le délégué du ministre, Alan Williams, a décidé, en vertu de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA, de ne pas adjuger le marché à Wang pour des raisons d'ordre public. Dans sa lettre, il a indiqué que le gouvernement avait toujours voulu que les frais de main-d'œuvre en cause soient inclus dans les conditions concernant la fourniture de certains services d'entretien spécifiés dans la DP. De plus, dans l'éventualité où Revenu Canada serait tenu de conclure un marché fondé sur les spécifications contenues dans la DP, selon l'interprétation du Tribunal, il devrait payer un service qui ne répond à tous ses besoins. Enfin, l'avocat a soutenu que le Ministère serait obligé de négocier avec Wang, contrevenant ainsi à l'article 1014 de l'ALÉNA. C'est pourquoi, a-t-il indiqué, la DP serait publiée de nouveau afin de permettre à des soumissionnaires de présenter une proposition fondée sur l'exigence que l'option de service «Composant par incident» inclue les frais de main-d'œuvre pour l'enlèvement et la réinstallation de composants. Il a ajouté que la nouvelle publication de la DP permettrait à Wang d'obtenir la mesure corrective qu'elle avait demandée dans sa plainte au Tribunal. Après que Wang eut déposé la présente demande de contrôle judiciaire, une nouvelle DP identique à la première a été lancée, sauf que l'option de service «Composant par incident» exigeait expressément les frais de la main-d'œuvre pour enlever des composants défectueux et les remplacer par des pièces nouvelles ou réparées.

[26] En vertu de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA, une entité gouvernementale doit adjuger un marché à un fournisseur dont la soumission respecte certains critères sauf si «elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché». En conséquence, une entité gouvernementale ne peut invoquer l'exception concernant l'intérêt public prévue à l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA que lorsqu'elle décide de ne pas adjuger le marché.

[27] En l'espèce, les faits démontrent que le délégué du ministre n'a pas décidé «de ne pas passer le marché» au sens de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA;

NAFTA; rather, he determined that the contract should issue, but that the RFP should be varied to refer specifically to the requirement for labour in the Component Per Incident service option. In other words, the Minister's delegate never made a decision that Revenue Canada did not require on-site preventative and remedial computer maintenance services nationally on an "as and when required" basis, as called for in the original RFP, or that such a contract would not be awarded. However, in order to correct what he perceived to be an error, oversight or ambiguity in the original RFP, he chose to ignore the specific findings of the Tribunal, and its recommendation that the contract be awarded to Wang, by issuing a new RFP. In my opinion, the Minister's delegate was not entitled to rely on the public interest exception in the circumstances of the present case, in that an objective review of the facts reveals that he did not make a decision "not to award the contract", within the meaning of Article 1015(4)(c) of NAFTA. Furthermore, in taking procedural steps to circumvent the determination made by the Tribunal, the Minister's delegate acted contrary to the purpose and intent of the legislative scheme, particularly the statutory requirement in subsection 30.18(1) of the CITT Act that he implement the Tribunal's recommendations to the greatest extent possible. Given his obvious disagreement with the Tribunal's interpretation of the impugned provision of the RFP, the Minister's delegate ought to have challenged the determination directly by instituting judicial review proceedings, rather than by purporting to rely on the public interest exception in Article 1015(4)(c) of NAFTA in an attempt to avoid it. NAFTA and the *Agreement on Internal Trade* are important trade agreements which impose significant obligations on our government institutions, and the legislative scheme implementing them into Canadian law ought to be rigorously respected. Unfortunately, the actions of the Minister's delegate in the present case are inconsistent with the overall purpose and intent of that legislative scheme, as it relates to the government procurement process.

[28] In the circumstances, I have concluded that the Minister's delegate erred in law by misinterpreting the scope of his authority under Article 1015(4)(c) of

au contraire, il a décidé que le marché devait être adjugé, mais que la DP devrait être modifiée pour qu'y soit expressément mentionnée l'exigence concernant la main-d'œuvre dans le service d'option «Composant par incident». En d'autres termes, le délégué du ministre n'a jamais décidé que Revenu Canada n'avait pas besoin de services nationaux d'entretien préventif et correctif sur place de son matériel informatique «au fur et à mesure des besoins», comme l'exigeait la DP originale, ou qu'un tel marché ne devrait pas être passé. Toutefois, pour corriger ce qu'il considérait comme une erreur, une omission ou une ambiguïté dans la DP originale, il a choisi de ne pas tenir compte des conclusions du Tribunal ni de sa recommandation d'adjuger le marché à Wang, en lançant une nouvelle DP. À mon avis, le délégué du ministre n'avait pas le droit, dans les circonstances de l'espèce, de se prévaloir de l'exception concernant l'intérêt public puisqu'un examen objectif des faits révèle qu'il n'a pas décidé «de ne pas passer le marché» au sens de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA. Qui plus est, en prenant des mesures procédurales pour passer outre à la décision du Tribunal, le délégué du ministre a contrevenu à l'objectif du régime législatif, en particulier à l'obligation prévue au paragraphe 30.18(1) de la Loi sur le TCCE de mettre en œuvre les recommandations du Tribunal dans toute la mesure du possible. Vu son désaccord manifeste avec l'interprétation qu'a faite le Tribunal de la disposition attaquée de la DP, le délégué du ministre aurait dû contester directement la décision en engageant des procédures de contrôle judiciaire plutôt qu'en se prévalant de l'exception concernant l'intérêt public prévue à l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA pour tenter de soustraire à cette obligation. L'ALÉNA et l'*Accord sur le commerce intérieur* sont des accords commerciaux importants qui imposent des obligations considérables à nos institutions fédérales, et le régime législatif les incorporant au droit canadien doit être rigoureusement respecté. Malheureusement, les actes du délégué du ministre en l'espèce sont incompatibles avec l'objectif général de ce régime législatif en ce qui concerne la procédure de passation des marchés.

[28] Compte tenu des circonstances, je conclus que le délégué du ministre a commis une erreur de droit en interprétant mal l'étendue du pouvoir qui lui est

NAFTA, given his intention to award the contract for the Revenue Canada on-site preventative and remedial computer maintenance service nationally.

### DECISION

[29] The application for judicial review is allowed with costs. The decision of the Minister, made by his Assistant Deputy Minister Alan Williams on March 31, 1998, is quashed. The contract shall be awarded to Wang by the Department in accordance with the recommendation of the Tribunal.

<sup>1</sup> December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2. NAFTA was implemented into the laws of Canada by the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.) c. 47, as enacted by the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, s. 44.

<sup>3</sup> *Agreement on Internal Trade*, *Canada Gazette* Part I, April 29, 1995, Vol. 129, No. 17, pp. 1323-1470. The *Agreement on Internal Trade* was implemented into the laws of Canada by the *Agreement on Internal Trade Implementation Act*, S.C. 1996, c. 17.

<sup>4</sup> SOR/93-602, as am. by SOR/95-300, s. 7 and SOR/96-30, s. 5.

<sup>5</sup> See for example *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at p. 664.

<sup>6</sup> See for example *Canadian National Railway Co. v. Nakina (Township)* (1986), 69 N.R. 124 (F.C.A.); at p. 125; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 732, 751-752, 755-766; and *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 769-770.

conféré par l'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA, vu son intention de passer le marché pour la fourniture de services nationaux d'entretien préventif et correctif sur place du matériel informatique de Revenu Canada.

### DÉCISION

[29] La demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens. La décision du ministre, rendue par son sous-ministre adjoint Alan Williams le 31 mars 1998, est annulée. Le Ministère doit adjuger le marché à Wang conformément à la recommandation du Tribunal.

<sup>1</sup> 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2. L'ALÉNA a été incorporé aux lois du Canada par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, édicté par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 44.

<sup>3</sup> *Accord sur le commerce intérieur*, *Gazette du Canada*, Partie I, 29 avril 1995, vol. 129, n° 17, p. 1323-1470. L'*Accord sur le commerce intérieur* a été incorporé aux lois du Canada par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, L.C. 1996, ch. 17.

<sup>4</sup> DORS/93-602, mod. par DORS/95-300, art. 7 et DORS/96-30, art. 5.

<sup>5</sup> Voir, par exemple, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux p. 7 et 8; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), à la p. 664.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada v. Nakina (Municipalité)* (1986), 69 N.R. 124 (C.A.F.), à la p. 125; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, aux p. 732, 751 et 752, 755 à 766; et *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux p. 769 et 770.

T-306-93

T-306-93

Lieutenant (N) Andrew S. Liebmann, Canadian Forces (Reserve) (*Plaintiff*)

Lieutenant (N) Andrew S. Liebmann, Les Forces canadiennes (Réserve) (*demandeur*)

v.

c.

Minister of National Defence, Chief of the Defence Staff and Her Majesty the Queen (*Defendants*)

Le ministre de la Défense nationale, le Chef d'état-major de la Défense et Sa Majesté la Reine (*défendeurs*)

and

et

League for Human Rights of B'Nai Brith Canada (*Intervener*)

La Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada (*intervenante*)

INDEXED AS: LIEBMANN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: LIEBMANN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Rouleau J.—Vancouver, May 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15 and 20, 1998; Ottawa, September 18, 1998.

Section de première instance, juge Rouleau—Vancouver, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15 et 20 mai 1998; Ottawa, 18 septembre 1998.

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Action for declaration Canadian Forces Administrative Orders (CFAO) 20-53 infringing equality rights — CFAO 20-53, s. 6(c) permitting consideration of cultural, religious or other sensitivities of parties to conflict and host country in determining whether participation of particular member in specific peacekeeping operation in keeping with policy all members eligible to perform peacekeeping duties unless exclusion justifiable under Charter, s. 1 or Canadian Human Rights Act, s. 5 — Plaintiff not selected for position of Executive Assistant to Commander of Canadian Forces in Middle East during Gulf War because Jewish — Any distinction drawn by CFAO 20-53 based upon cultural, religious or other characteristics of members relevant to underlying premise of policy i.e. successful peacekeeping missions without endangering lives of those involved — Effect or impact of distinctions not suggesting based on stereotypical applications of presumed group or personal characteristics — Policy applied on case-by-case basis to sensitivities identified in theatres of operations, not to screen classes of members based upon stereotypical views of groups to which belong — Distinctions under CFAO 20-53, s. 6(c) not discriminatory — Terms “cultural”, “religion” should be replaced with more general terms “background”, “circumstance” — Definition of peacekeeping should be provided.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Action visant à obtenir un jugement déclarant que l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53 enfreint le droit à l'égalité — L'art. 6c) de l'O AFC 20-53 permet de tenir compte des sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu pour voir si la participation d'un militaire à une certaine opération de maintien de la paix est conforme à la politique énoncée que tout militaire peut remplir des tâches de maintien de la paix, à moins qu'une exclusion ne puisse être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte ou de l'art. 5 de la Loi canadienne des droits de la personne — Le demandeur n'a pas été choisi pour le poste d'adjoint administratif du commandant des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe car il était juif — Toute distinction établie par l'O AFC 20-53 à l'égard des particularités culturelles, religieuses ou autres des militaires est pertinente pour le fondement de la politique, c.-à-d., le succès des missions de maintien de la paix et la protection de la vie de ceux qui y participent — Les effets ou les conséquences des distinctions n'indiquent pas que celles-ci soient fondées sur des applications stéréotypées de présumées caractéristiques de groupe ou personnelles — La politique a été appliquée selon chaque cas à des particularités repérées dans des théâtres d'opérations, et non pas pour évaluer des catégories de militaires à la lumière d'opinions stéréotypées sur les groupes auxquels ils appartiennent — Les distinctions établies en vertu de l'art. 6c) de l'O AFC 20-53 ne sont pas discriminatoires — Les termes «culturel» et «religion» devraient être remplacés par les termes plus généraux*

*Armed Forces — Plaintiff, Naval Reservist, not selected for position of Executive Assistant to Commander of Canadian Forces in Middle East during Gulf War because Jewish — CFAO 20-53, s. 6(c) permitting consideration of cultural, religious or other sensitivities of parties to conflict and host country in determining whether participation of particular member in specific peacekeeping operation in keeping with policy all members eligible to perform peacekeeping duties unless exclusion justifiable under Charter, s. 1 or Canadian Human Rights Act, s. 5 — Impugned policy poorly drafted, containing no definition of “peacekeeping” — Although policy valid, should not have been applied since posting not involved in peacekeeping mission, but part of Canadian contingent to international forces assembling in Persian Gulf to enforce blockade of Iraq — But no basis on which to allow plaintiff’s claim.*

This was an action for a declaration that Canadian Forces Administrative Orders (CFAO) 20-53 was unlawful and unconstitutional, and that the selection process for a posting to the Middle East during the Gulf War was unconstitutional, and other related relief. CFAO 20-53 sets out the policy for the employment of Canadian Forces personnel on peacekeeping duty. Paragraph 6(c) permits the consideration of “the cultural, religious or other sensitivities of the parties to the conflict and the host country” in determining whether the participation of a particular member in a specific peacekeeping operation is in keeping with the policy that all members will be eligible to perform peacekeeping duties unless an exclusion can be justified under Charter, section 1 or *Canadian Human Rights Act*, section 5. The plaintiff was a member of the Naval Reserve. He fulfilled all of the requirements for a posting as Executive Assistant to Rear Admiral Summers, Commander Canadian Forces in the Middle East when that position became vacant, which was anticipated to be March 31, 1991. He was verbally instructed to prepare to go to the Gulf. But, after it was drawn to the attention of military authorities that he was Jewish, he was told that he would not be going to the Gulf. The plaintiff submitted that the defendants violated his equality rights when they considered his religion as the reason for his non-selection for a posting in the Middle East.

*Held*, the action should be dismissed.

«contexte» et «circonstance» — Les termes «maintien de la paix» devraient être définis.

*Forces armées — Le demandeur, faisant partie de la Réserve navale, n’a pas été choisi pour le poste d’adjoint administratif du commandant des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe car il était juif — L’art. 6c) de l’O AFC 20-53 permet de tenir compte des sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu pour voir si la participation d’un militaire à une certaine opération de maintien de la paix est conforme à la politique énoncée que tout militaire peut remplir des tâches de maintien de la paix, à moins qu’une exclusion ne puisse être justifiée en vertu de l’article premier de la Charte ou de l’art. 5 de la Loi canadienne des droits de la personnes — La politique contestée a été mal rédigée, ne contenant aucune définition de «maintien de la paix» — Bien que la politique soit valide, elle n’aurait pas dû être appliquée étant donné que l’affectation n’avait pas lieu dans le cadre d’une opération de maintien de la paix, mais dans celui du contingent canadien se joignant aux forces internationales dans le Golfe persique pour mettre à exécution le blocus de l’Iraq — Néanmoins, il n’y avait aucun fondement sur lequel s’appuyer pour accueillir la demande.*

Il s’agissait d’une action visant à obtenir un jugement déclarant que l’Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53 était illégale et inconstitutionnelle et que le processus de sélection pour une affectation au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe était inconstitutionnelle, de même que d’autres mesures de réparation. L’O AFC 20-53 énonce la politique sur l’affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix. L’alinéa 6c) permet de tenir compte des «sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu» pour voir si la participation d’un militaire à une certaine opération de maintien de la paix est conforme à la politique énoncée que tout militaire peut remplir des tâches de maintien de la paix, à moins qu’une exclusion ne puisse être justifiée en vertu de l’article premier de la Charte ou de l’article 5 de la *Loi canadienne des droits de la personnes*. Le demandeur faisait partie de la Réserve navale. Le demandeur s’est conformé à l’ensemble des exigences inhérentes à l’affectation d’adjoint administratif du contre-amiral Summers, Commandant des Forces canadiennes au Moyen-Orient, pour le moment où le poste deviendrait vacant, ce qui devait survenir le 31 mars 1991. On lui a dit oralement de se préparer à aller dans le Golfe. Mais, après que le fait qu’il est juif a été porté à l’attention des autorités militaires, on lui a dit qu’il ne serait pas envoyé dans le Golfe. Le demandeur a avancé que les défendeurs avaient enfreint son droit à l’égalité lorsqu’ils ont considéré sa religion comme le facteur justifiant sa non-affectation au Moyen-Orient.

*Jugement*: l’action est rejetée.

The evidence clearly supported the plaintiff's allegation that he had been denied the posting because of his religion.

Any distinctions drawn by CFAO 20-53 based upon the cultural, religious or other characteristics of members are relevant to the underlying premise of the policy, which is successful peacekeeping missions without endangering the lives of those involved. In addition, the effect or impact of the distinctions drawn by paragraph 6(c) does not suggest that those distinctions are based on stereotypical applications of presumed group or personal characteristics. The policy has been applied on a case-by-case basis to potential sensitivities identified in theatres of operations, and not to screen classes of members based upon stereotypical views of groups to which they belong. There has not been any "blanket prohibition" imposed as a result of the policy. The distinctions made under CFAO 20-53, paragraph 6(c) are not discriminatory in the sense that they resulted in a denial of the right to equality based upon personal characteristics or the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. In that sense they did not violate Charter, subsection 15(1).

The impugned policy was poorly drafted. Terms such as "cultural" and "religion" should be replaced with more appropriate and general terms, such as "background" and "circumstance". The policy should also state that it applies to peacekeeping missions and should provide a definition of the term "peacekeeping". Finally, policy statements should make it clear if and when they are replacing and/or revoking an already existing policy so as to avoid confusion and improper application of the policy.

Although the policy was valid, it should not have been applied to this plaintiff since the posting was not involved in a peacekeeping mission, but was part of the Canadian contingent to the international forces assembling in the Persian Gulf to enforce the blockade of Iraq. Since the Gulf War was not a peacekeeping operation, there was no basis for an application of CFAO 20-53 to the plaintiff. But, even so, there was no ground on which the plaintiff's claim could be allowed.

#### 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.

La preuve corrobore clairement l'allégation du demandeur qu'il n'a pas été choisi pour le poste en raison de sa religion.

Toute distinction établie par l'O AFC 20-53 à l'égard des particularités culturelles, religieuses ou autres des militaires est pertinente pour le fondement de la politique, qui vise le succès des missions de maintien de la paix ainsi que la protection de la vie de ceux qui y participent. De plus, les effets ou les conséquences des distinctions établies par l'alinéa 6c) n'indiquent pas que celles-ci soient fondées sur des applications stéréotypées de présumées caractéristiques de groupe ou personnelles. La politique a été appliquée selon chaque cas à des particularités potentielles repérées dans des théâtres d'opérations, et non pas pour évaluer des catégories de militaires à la lumière d'opinions stéréotypées sur les groupes auxquels ils appartiennent. En d'autres termes, aucune «interdiction générale» n'a été imposée en raison de la politique en question. Les distinctions établies en vertu de l'alinéa 6c) de l'O AFC 20-53 ne sont pas discriminatoires, en ce qu'elles ne résultent pas en une privation du droit à l'égalité en raison de caractéristiques personnelles ou de l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Dans ce sens, elles ne peuvent être interprétées comme constituant une contravention au paragraphe 15(1) de la Charte.

La politique contestée a été mal rédigée. Des termes comme «culturel» et «religion» devraient être remplacés par des termes plus appropriés et généraux comme «contexte» et «circonstance». La politique devrait aussi énoncer qu'elle s'applique aux missions de maintien de la paix et définir les termes «maintien de la paix». Enfin, les déclarations de principe devraient indiquer clairement qu'elles remplacent et/ou révoquent une politique déjà existante, lorsque c'est le cas, de manière à éviter la confusion et l'application inopportune de la politique.

Bien que la politique soit valide, elle n'aurait pas dû être appliquée au demandeur étant donné que l'affectation n'avait pas lieu dans le cadre d'une mission de maintien de la paix, mais plutôt dans celui du contingent canadien se joignant aux forces internationales qui se rassemblaient dans le Golfe persique pour mettre à exécution le blocus contre l'Iraq. Étant donné que la guerre du Golfe n'était pas une opération de maintien de la paix, il n'y avait aucun fondement pour appliquer l'O AFC 20-53 au demandeur. Néanmoins, il n'existait aucun motif sur lequel s'appuyer pour accueillir la demande.

#### 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.

*Canadian Forces Administrative Orders*, 20-53.  
*Charter of the United Nations*, [1945] Can. T.S. No. 7.

ACTION for a declaration that Canadian Forces Administrative Orders 20-53 was unlawful and unconstitutional, and that the selection process for a posting to the Middle East during the Gulf War was unconstitutional, and other related relief. Action dismissed.

## APPEARANCES:

*Samuel D. Hyman* and *Robert J. Kincaid* for plaintiff.  
*Linda J. Wall* and *Brian D. Titemore* for defendants.  
*David Matas* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Samuel D. Hyman Law Corporation*, Vancouver, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.  
*David Matas*, Winnipeg, for intervener.

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

[1] ROULEAU J.: The plaintiff, a Lieutenant in the Canadian Forces Naval Reserve, seeks the following relief in his statement of claim:

- A. A declaration that the CFAO 20/53 as amended is unlawful and unconstitutional and does and will deprive Lieutenant Liebmann of his Rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Multiculturalism Act*, and does deprive Lieutenant Liebmann of the equal benefit and protection of the law.
- B. A declaration that the process of selection of the Lieutenant Liebmann for duty with CONCAMFORME was unconstitutional, being contrary to the Plaintiff's

*Charte des Nations Unies*, [1945] R.T. Can. n° 7.  
*Ordonnances administratives des Forces canadiennes*, 20-53.

ACTION visant à obtenir un jugement déclarant que l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 20-53 était illégale et inconstitutionnelle et que le processus de sélection pour une affectation au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe était inconstitutionnel, de même que d'autres mesures de réparation. Action rejetée.

## ONT COMPARU:

*Samuel D. Hyman* et *Robert J. Kincaid* pour le demandeur.  
*Linda J. Wall* et *Brian D. Titemore* pour les défendeurs.  
*David Matas* pour l'intervenante.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Samuel D. Hyman Law Corporation*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.  
*David Matas*, Winnipeg, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE ROULEAU: Le demandeur, qui est lieutenant dans la Réserve navale des Forces canadiennes, cherche à obtenir les mesures de réparation suivantes, comme l'expose sa déclaration:

## [TRADUCTION]

- A. Un jugement déclarant que l'OAF 20/53, dans sa forme modifiée, est illégale et inconstitutionnelle, et qu'elle a pour effet de priver le lieutenant Liebmann, présentement et à l'avenir, des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, par la *Déclaration canadienne des droits* et par la *Loi sur le multiculturalisme canadien*, et qu'elle le prive de la protection égale de la loi.
- B. Un jugement déclarant que le processus de sélection du lieutenant Liebmann pour exercer des fonctions auprès du COMFORCANMO était inconstitutionnel car il

Rights and Freedoms under the Canadian Charter of Rights and Freedoms and unlawful, being contrary to the Canadian Bill of Rights and the *Canadian Multiculturalism Act* and the *Canadian Citizenship Act*.

- C. An injunction enjoining the Defendants and all officers and men under the command of the Defendant Chief of the Defence Staff from precluding the selection of the individuals for active service or peace-keeping duties on the grounds that ethnic, racial or religious considerations could cause significant difficulties in any theatre of operations in which Canada is or may be involved.
- D. A mandatory injunction ordering the Defendants and all officers and men serving under the command of the Defendant Chief of the Defence Staff to allow all members of the Canadian Force, to be selected for any peace-keeping postings, duty, promotion, or other administrative movement without regard to the individuals ethnic, racial or religious background.
- E. For an Order pursuant to Paragraph 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that:
- (i) CFAO 20/53 as amended be expressly expunged from the Queen's Regulations and Orders governing the Canadian forces;
  - (ii) the Defendant Chief of the Defence Staff be required by General Message and Administrative Order to inform and instruct the Department of National Defence and the Canadian Forces that the criteria of race, religion or ethnic origin are unconstitutional and unlawful when a member of the Canadian Forces is being considered for or deprived of any peace-keeping postings, promotion or selection for any administrative action in the Canadian Forces.
- C. Une injonction ordonnant aux défendeurs et à l'ensemble des officiers et des personnes sous le commandement du défendeur le chef d'état-major de la Défense de ne pas faire obstacle au choix de personnes pour le service actif ou pour des fonctions de maintien de la paix au motif que des considérations ethniques, raciales ou religieuses pourraient causer d'importantes difficultés dans tout théâtre d'opérations dans lequel le Canada est ou peut être impliqué.
- D. Une injonction péremptoire ordonnant aux défendeurs et à l'ensemble des officiers et des personnes servant sous le commandement du défendeur le chef d'état-major de la Défense de permettre que l'ensemble des membres des Forces canadiennes puissent être choisis pour toute affectation de maintien de la paix, toute fonction, toute promotion et pour toute autre affectation administrative sans égard à leur appartenance ethnique, raciale ou religieuse.
- E. Une ordonnance en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exigeant que:
- (i) l'O AFC 20/53, dans sa forme modifiée, soit expressément retranchée des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes;
  - (ii) le défendeur le chef d'état-major de la défense soit obligé, au moyen d'un message pour diffusion générale et d'un ordre administratif, d'informer le ministère de la Défense nationale et les Forces canadiennes que les critères liés à la race, à la religion et à l'origine ethnique sont inconstitutionnels et illégaux lorsqu'un membre des Forces canadiennes est évalué ou refusé aux fins de toute affectation de maintien de la paix, de promotion ou de toute fonction administrative dans les Forces canadiennes.

[2] The impugned policy, attached hereto as Schedule A, is entitled "Policy for the Employment of Canadian Forces Personnel on Peacekeeping Duty" (*Canadian Forces Administrative Orders* 20-53). In particular, paragraph 7 provides as follows:

7. Normally, only the qualification and medical requirements potentially will restrict those members who would be

[2] La politique contestée, qui est produite sous l'annexe A, s'intitule: «Politique sur l'affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix» (*Ordonnances administratives des Forces canadiennes* 20-53). En particulier, l'article 7 prévoit:

7. Normalement, seules les exigences relatives aux compétences et à l'état de santé peuvent constituer un empêchement.

considered for selection for a peacekeeping operation. However, for some missions, cultural, religious or other sensitivities of the parties or host country may have to be respected for the mission to be accomplished safely and effectively. Therefore, for each peacekeeping mission, the Deputy Chief of the Defence Staff (DCDS), in consultation with the Assistant Deputy Minister (Personnel), (ADM(Per)) and the Assistant Deputy Minister (Policy), (ADM(Pol)), will determine the exact nature of the sensitivities of the parties to the conflict and the host country, of whatever nature, and analyze the potential increase in danger to the mission or to the health or safety of individuals if those sensitivities are not respected.

[3] The facts leading to this litigation are as follows. The plaintiff, at a very young age, joined the Naval Reserve at the City of Toronto and, being relocated to the West Coast, pursued with a great deal of passion and enthusiasm his Armed Forces career and more particularly the Navy. He remained in constant physical and mental preparedness. Over the years, he pursued numerous courses in seamanship and navigation and even qualified as a deep sea diver. His duties with the Naval Reserve provided him with varying expertise to the point where he had even been entrusted with command of a vessel during summer manoeuvres. He also had experience in public relations for a department of the Government of British Columbia.

[4] On December 21, 1990, a message was sent from the Commander of Maritime Command requesting that all reserve units provide nominations to fill two positions: Executive Assistant to the Commander CFME and Sea Operations Watch Officer. The expressed qualifications for the nominees were that they be (a) qualified as Maritime seaman; (b) available as of February 25, 1991; and (c) medically fit. The reason for the pending replacement of the Executive Assistant was that it is customary and almost mandatory that service personnel, after having served a six-month term of duty, are relieved or rotated. Maritime Command Halifax had the responsibility of providing replacement personnel. It was aware that the current Executive Assistant posting was to terminate March 31, 1991 and this initiated the search and the telex of December 21, 1990. They realized that in order to

ment à la participation d'un militaire à une opération de maintien de la paix. Toutefois, pour que la mission puisse être menée à bien sans risque indus, il se peut, dans certains cas, qu'il faille respecter les particularités culturelles, religieuses et autres des factions opposées ou du pays où a lieu l'opération. Par conséquent, pour chaque mission de maintien de la paix, le Sous-chef d'état-major de la Défense (SCEMD), en consultation avec le Sous-ministre adjoint (Personnel) (SMA(Per)) et le Sous-ministre adjoint (Politiques) (SMA(Pol)), déterminera la nature exacte des particularités des factions opposées ou du pays où se déroule l'opération et analysera le risque accru que pourrait présenter leur non-respect pour la mission ou la santé et la sécurité des participants.

[3] Les faits ayant mené au présent litige sont les suivants. À un très jeune âge, le demandeur s'est enrôlé dans la Réserve navale à Toronto et, après son transfert sur la côte ouest, a poursuivi avec beaucoup de passion et d'enthousiasme sa carrière dans les Forces armées et, plus particulièrement, dans la marine. Il est resté en état de préparation physique et mentale constante. Au fil des ans, il a suivi de nombreux cours de matelotage et de navigation, et il s'est même qualifié à titre de plongeur à grande profondeur. Ses fonctions à la Réserve navale lui ont permis d'acquérir un degré d'expertise suffisant pour qu'on lui confie le commandement d'un navire au cours de manoeuvres estivales. Il a aussi acquis de l'expérience en relations publiques auprès d'un ministère du gouvernement de la Colombie-Britannique.

[4] Le 21 décembre 1990, le commandant du commandement maritime a envoyé un message demandant que toutes les unités de réserve soumettent des candidatures pour occuper deux postes, soit ceux d'adjoint administratif du commandant FCMO et d'officier de surveillance pour les opérations en mer. Les qualifications exigées des candidats étaient qu'ils soient a) qualifiés comme matelot; b) disponibles à partir du 25 février 1991; c) physiquement aptes. Le motif justifiant le remplacement prévu de l'adjoint administratif résidait dans la coutume (qui a un caractère quasi obligatoire) de remplacer ou de muter le personnel administratif après un terme de six mois. Le commandement maritime de Halifax avait la responsabilité de fournir du personnel de remplacement. Il savait que l'affectation de l'adjoint administratif alors en poste devait prendre fin le 31 mars 1991, ce qui a

locate and train a qualified individual to fulfil this assignment, it was essential that the process be initiated some weeks beforehand. The process required a series of medical check-ups and inoculations and would also require a two- or three-week training period at Kingston, Ontario to prepare any candidate for the Middle East theatre. Following their assessment and confirmation by Reserve Command in Quebec City, it then became necessary for those two arms of the Naval Forces to direct National Defence Headquarters at Ottawa to prepare and issue the necessary C-contract. Without such a contract, a candidate could not expect to be covered for any incidental expenses he or she might incur as a result of leaving his or her civilian obligations and responsibilities.

[5] When the plaintiff became aware of the possibility of an appointment as Executive Assistant to Rear Admiral Summers, he pursued it with great enthusiasm and diligence. Within a very short period of time, he had met all the physical requirements and had subjected himself to the various inoculations that were required for someone being assigned to the Middle East. There is no doubt that he more than adequately fulfilled the requirements for the posting.

[6] Since Lieutenant Liebmann met all the qualifications for the position of Executive Assistant, his former Commanding Officer, Commander Cook, nominated him. On January 11, 1991, a nomination message was sent to the Commanding Officer Naval Reserve Division (CONRD) and Maritime Command. Thereafter, on January 21, 1991, Maritime Command forwarded the message to National Defence Headquarters supporting the nomination and recommending the plaintiff for the posting. At the same time, it was requested that NDHQ issue a C-contract effective February 25, 1991.

[7] On January 24, 1991, a message was sent to Maritime Command from CONRD concurring with

donné lieu à la recherche et au téléx du 21 décembre 1990. Les responsables se sont rendu compte qu'afin de repérer et d'entraîner une personne qualifiée pour remplir cette fonction, il était essentiel de débiter le processus un certain nombre de semaines à l'avance. Ce processus comportait un ensemble d'examen médicaux et de vaccinations ainsi qu'une période d'entraînement de deux à trois semaines à Kingston (Ontario) pour préparer le candidat au théâtre du Moyen-Orient. À la suite de leur évaluation et de la confirmation du commandement de la Réserve à Québec, il est alors devenu nécessaire que ces deux branches des Forces navales donnent instruction au quartier général de la Défense à Ottawa de préparer le contrat de type C requis. Sans un contrat de cette nature, un candidat n'avait pas droit à ce que les dépenses afférentes à l'abandon de ses fonctions civiles soient assumées.

[5] Lorsque le demandeur a été informé de la possibilité d'être nommé adjoint administratif du contre-amiral Summers, il y a mis beaucoup d'enthousiasme et de zèle. Cela ne lui a pris que très peu de temps pour satisfaire à l'ensemble des exigences d'aptitudes physiques et pour se soumettre aux diverses vaccinations requises pour une personne affectée au Moyen-Orient. Il n'y a aucun doute que le demandeur a fait plus que se conformer aux exigences inhérentes à l'affectation.

[6] Étant donné que le lieutenant Liebmann possédait toutes les qualifications requises pour le poste d'adjoint administratif, son ancien commandant, le commandant Cook, a présenté sa candidature. Le 11 janvier 1991, un message de mise en candidature a été envoyé au commandant de la division de la Réserve navale et au commandement maritime. Le 21 janvier 1991, ce dernier a transmis le message au quartier général de la Défense tout en appuyant la candidature du demandeur et en recommandant sa nomination pour l'affectation. Par la même occasion, il a demandé au QGDN de délivrer un contrat de type C entrant en vigueur le 25 février 1991.

[7] Le 24 janvier 1991, le CDRN (commandant de la division de la Réserve navale) a fait parvenir au

the plaintiff's nomination for posting as Executive Assistant. The plaintiff then received joining instructions from Lieutenant Carter, the Executive Officer of Discovery, and verbally received instructions to prepare to go to the Gulf. Lieutenant Liebmann kept Lieutenant Carter advised of his availability and that information was passed on to senior command.

[8] That same day, Lieutenant Carter received a telephone inquiry from Lieutenant-Commander Evans of Maritime Command Pacific concerning the plaintiff's religion. Lieutenant Carter made inquiries and then informed Lieutenant-Commander Evans that Lieutenant Liebmann's records indicated he was Jewish.

[9] Thereafter, Lieutenant Carter was allegedly advised by Lieutenant-Commander Gardham, Staff Officer, personnel, Maritime Command, that the plaintiff was not going to the Gulf because of concerns for his personal safety and ability to perform his duties in an Islamic country. Lieutenant Carter and the plaintiff both allege that the plaintiff was told the reason he was not going to the Gulf was because he was Jewish.

[10] After the plaintiff's religion was determined and he was told that he was not going to the Gulf, Maritime Command continued processing a Lieutenant John Nisbet, of Halifax, also an officer in the Naval Reserve, for the position of Executive Assistant. That processing had commenced in January of 1991 and continued until February 4, 1991, at which time Lieutenant Nisbet was told that he was going to the Gulf. The defendants however, allege that at some time in January of 1991, Rear Admiral Summers advised Commander Johnston that he had no intention of changing his Executive Assistant in any event. In fact, the Executive Assistant who was serving at that time, Lieutenant Gillis, remained in the position until Commander Summers was relieved of duty in June of 1991.

commandement maritime un message dans lequel il appuyait la nomination du demandeur pour l'affectation d'adjoint administratif. Le demandeur a alors reçu des instructions de ralliement de la part du lieutenant Carter, le commandant en second du Discovery, et on lui a dit de se préparer à aller dans le Golfe. Le lieutenant Liebmann a informé le lieutenant Carter de sa disponibilité et le renseignement a été transmis au Haut-Commandement.

[8] Le même jour, le lieutenant Carter a reçu un appel du capitaine Evans du commandement maritime du Pacifique, qui lui a demandé des renseignements concernant la religion du demandeur. Le lieutenant Carter a fait des vérifications et a ensuite informé le capitaine Evans que le dossier du lieutenant Liebmann indiquait qu'il était juif.

[9] Par la suite, il semble que le lieutenant Carter ait été avisé par le capitaine Gardham, officier d'état-major, personnel, commandement maritime, que le demandeur ne serait pas envoyé dans le Golfe en raison d'inquiétudes à l'égard de sa sécurité personnelle et de sa capacité à remplir ses fonctions dans un pays islamique. Le lieutenant Carter et le demandeur ont tous deux déclaré que ce dernier avait été informé que le fait qu'il était juif constituait la raison pour laquelle il ne serait pas envoyé dans le Golfe.

[10] Après que la religion du demandeur ait été établie et qu'on lui ait dit qu'il ne serait pas envoyé dans le Golfe, le commandement maritime a poursuivi son processus en analysant la candidature d'un certain lieutenant John Nisbet, d'Halifax, qui est aussi un officier de la Réserve navale, pour le poste d'adjoint administratif. Ce processus, qui avait débuté en janvier 1991, s'est poursuivi jusqu'au 4 février 1991, date à laquelle on a annoncé au lieutenant Nisbet qu'il serait envoyé dans le Golfe. Toutefois, les défendeurs ont prétendu qu'au cours du mois de janvier 1991, le contre-amiral Summers avait informé le commandant Johnston que, de toutes manières, il n'avait aucune intention de changer d'adjoint administratif. De fait, l'adjoint administratif de l'époque, le lieutenant Gillis, a conservé ce poste jusqu'à ce que le commandant Summers soit relevé de ses fonctions en juin 1991.

[11] The plaintiff maintains that the defendants violated his equality rights when they considered his declared religion as the factor in his non-selection for posting in the Middle East. He argues that the formulation, implementation and application of policy to the selection of personnel for peacekeeping duties which makes personal characteristics of race, gender, colour, religion and ethnic origin a criteria for selection or non-selection for duty, is a contravention of section 15 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]].

[12] The defendants do not contest that the plaintiff was selected by MARCOM as its replacement for Lieutenant Gillis. They maintain however, that the position never in fact came open and that there was therefore no position to which anyone could have been appointed for the duration of Commander Summers' stay in the Gulf. It is clear, they argue, that the plaintiff's religion, while a concern at the MARCOM staff level, was not a causative factor in the posting.

[13] Based on the evidence, I am satisfied that Lieutenant Liebmann qualified and was recommended for the position of Executive Assistant by both Maritime Command and Naval Reserve Headquarters and that, on January 21, 1991, both had instructed NDHQ to issue a C-contract effective February 25, 1991.

[14] I am also satisfied that the evidence does not support the defendants' contention that the plaintiff did not get the position because there was no position to fill and that MARCOM was so advised some time on or about January 21, 1991. On the contrary, what the evidence demonstrates is that the extension of the current Executive Assistant's term of duty only arose after it became apparent that the defendants did not want to send Lieutenant Liebmann because of his religion but were concerned over the implications of letting that truth be known. This concern arose, at least in part, because of the aspirations and inquiries

[11] Le demandeur a soutenu que les défendeurs l'ont privé de son droit à l'égalité lorsqu'ils ont considéré sa religion déclarée comme le facteur justifiant sa non-affectation au Moyen-Orient. Il a avancé que la formulation, la mise en œuvre et l'application de la politique sur le choix du personnel pour des fonctions de maintien de la paix, qui établit comme critère de sélection des caractéristiques personnelles comme la race, le sexe, la couleur, la religion et l'origine ethnique, contreviennent à l'article 15 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]].

[12] Les défendeurs n'ont pas nié que le demandeur avait été choisi par le COMMAR pour remplacer le lieutenant Gillis. Ils ont toutefois soutenu que le poste n'a jamais été disponible dans les faits et que personne n'aurait donc pu être nommé pendant la durée du séjour du commandant Summers dans le Golfe. Ils ont prétendu que, bien qu'il soit clair que la religion du demandeur ait été une source d'inquiétudes pour le personnel du COMMAR, elle n'avait pas été un facteur de causalité relativement à l'affectation.

[13] La preuve m'amène à conclure que le lieutenant Liebmann était qualifié et avait été recommandé pour le poste d'adjoint administratif par le commandement maritime et par le quartier général de la Réserve navale et que, le 21 janvier 1991, ceux-ci avaient donné instruction au QGDN de délivrer un contrat de type C entrant en vigueur le 25 février 1991.

[14] J'estime que la preuve ne corrobore pas la prétention des défendeurs selon laquelle le demandeur n'a pas obtenu le poste en raison du fait qu'il n'y en avait aucun à combler et que le COMMAR en avait été informé vers le 21 janvier 1991. La preuve démontre, au contraire, que la prolongation de la période d'affectation de l'adjoint administratif de l'époque est survenue seulement après qu'il soit devenu apparent que les défendeurs ne voulaient pas envoyer le lieutenant Liebmann en raison de sa religion mais qu'ils s'inquiétaient des conséquences de la vérité si elle était connue. Cette inquiétude s'est soulevée, au moins

of one Lieutenant Hanlin, a female Naval Reserve officer, who also sought the position of Executive Assistant to Commander Summers. When advised that it would be inappropriate to send a woman to the Middle East in that position, she then questioned Lieutenant-Commander Gardham why it was appropriate to send Lieutenant Liebmann who was Jewish. When the evidence is viewed in its entirety, it becomes quite clear that this was really the event that triggered the inquiries into and subsequent concerns over the plaintiff's religion.

[15] Furthermore, the fact that the defendants continued processing Lieutenant Nisbet for the position and advised him as late as February 4, 1991 that he would be going to the Middle East, negates their contention that the decision not to replace the current Executive Assistant was made during the third week of January 1991. Indeed, Lieutenant Nisbet, a lawyer by profession, was the only witness who appeared before me who had notes recording pertinent events and the dates on which they occurred. Even the three people directly involved in the selection process for the position of Executive Assistant had no records or files of any kind, in spite of the plaintiff's stated intention of filing a grievance. For obvious reasons, I find Lieutenant Nisbet's testimony to be the most persuasive and trustworthy of any of the witnesses who were involved in the selection process. I would add that I totally disregard the testimony of Commander Burke who stated that he was told that Lieutenant Liebmann was "demonstrably Jewish". That information could only have come from Lieutenant Hanlin whose testimony did not support this unwarranted inference on Commander Burke's part.

[16] In summary therefore, the evidence clearly supports the plaintiff's allegation that he was not selected for the position of Executive Assistant because of his religion.

[17] I turn now to the impugned policy CFAO 20-53 and the unwritten policy upon which it was based, and

en partie, en raison des aspirations et des demandes de renseignement d'un certain lieutenant Hanlin, une femme officier de la Réserve navale qui désirait aussi obtenir le poste d'adjoint administratif du commandant Summers. Lorsqu'on lui a dit qu'il serait inapproprié d'envoyer une femme au Moyen-Orient dans ce rôle, elle a alors demandé au capitaine Gardham pourquoi il était approprié d'envoyer le lieutenant Liebmann qui était juif. Lorsque l'on regarde l'ensemble de la preuve, il ressort assez clairement qu'en réalité, c'est cet événement qui a provoqué les vérifications et les inquiétudes subséquentes concernant la religion du demandeur.

[15] De plus, le fait que les défendeurs aient continué leur processus, qu'ils aient analysé la candidature du lieutenant Nisbet pour le poste et qu'ils l'aient informé aussi tard que le 4 février 1991 qu'il serait envoyé au Moyen-Orient, réfute leur prétention selon laquelle la décision de ne pas remplacer l'adjoint administratif de l'époque avait été prise pendant la troisième semaine de janvier 1991. D'ailleurs, le lieutenant Nisbet, qui est avocat de profession, fut le seul témoin à avoir des notes sur les événements pertinents et les dates auxquelles ils se sont produits. Même les trois personnes directement impliquées dans le processus de sélection pour le poste d'adjoint administratif ne disposaient d'aucun dossier de quelque nature que ce soit malgré l'intention déclarée du demandeur de déposer un grief. Pour des raisons évidentes, j'estime que le témoignage du lieutenant Nisbet a été plus convaincant et digne de confiance que celui de tous les autres témoins impliqués dans le processus de sélection. J'ajouterais que je ne tiens pas compte du témoignage du commandant Burke, qui a déclaré qu'on lui avait dit que le lieutenant Liebmann était [TRADUCTION] «ostensiblement juif». Ce renseignement n'a pu provenir que du lieutenant Hanlin dont le témoignage n'appuyait pas cette inférence injustifiée de la part du commandant Burke.

[16] Bref, la preuve corrobore donc clairement l'allégation du demandeur qu'il n'a pas été choisi pour le poste d'adjoint administratif en raison de sa religion.

[17] J'aborde maintenant la politique contestée OAFC 20-53 et la politique non écrite sur laquelle elle

which was in effect at the material time. The order in question sets out the policy for the employment of Canadian Forces personnel on peacekeeping duty. At the outset, it states that [paragraph 5] “all members qualified to perform peacekeeping duties will be eligible to do so unless an exclusion or limitation can be justified.” Paragraph 6 then sets out the factors which are to be taken into account “[i]n determining whether the participation of a particular member in a specific peacekeeping operation is in keeping with the stated policy.” One of these factors is the cultural, religious or other sensitivities of the parties to the conflict and the host country.

[18] The reason for these considerations are discussed in the report of Dr. Mats Berdal, Research Fellow and Research Co-ordinator, Centre for International Studies, Oxford University, which was submitted into evidence at trial. Dr. Berdal makes the following observation at pages 17 and 18 of his report:

It [paragraph 6(c) of CFAO 20-53] seeks to ensure that the integrity, security and effectiveness of any peacekeeping force that is deployed is protected to the greatest extent possible. By allowing for the “sensitivities of the parties” to be taken into account in determining participation in peacekeeping, CFAO 20-53 6(1) seeks to guard against an inadvertent erosion of impartiality and the perception of impartiality, and a consequent weakening of force security. That this is the motivation behind the order seems to me to be reinforced by the fact that the sensitivities of the parties are expressly only to be considered when the failure to respect them “creates a real risk that the mission will not be carried out successfully or that the danger to the health and safety of the individuals will be increased to a level greater than that already inherent in the nature of the mission”. The factors to be considered in determining whether the “sensitivities of the parties” are likely to “affect a member’s participation in a peacekeeping operation” are elaborated upon in the amended version of CFAO 20-53, approved in March 1998. These factors make it quite clear that the motivation behind the policy is to minimise the risk to the lives of peacekeepers and to ensure that the mission is effectively carried out.

. . . the need to preserve the impartiality and the perception of impartiality in a peacekeeping operation—properly

a été fondée et qui était en vigueur à l’époque pertinente. L’ordonnance en question énonce la politique sur l’affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix. Au départ, elle prévoit que «tous les militaires qui possèdent les compétences voulues pour remplir des fonctions de maintien de la paix aient la possibilité de le faire, à moins d’une exclusion ou d’une restriction». L’article 6 énonce alors les facteurs devant être pris en considération «[p]our déterminer si la participation d’un militaire particulier à une opération donnée de maintien de la paix est en conformité avec la politique énoncée ci-dessus». L’un de ces facteurs est les particularités culturelles, religieuses ou autres des factions au conflit et du pays où se déroule l’opération.

[18] Les motifs au soutien de ces considérations sont abordés dans le rapport présenté à l’audition et rédigé par le M. Mats Berdal, chercheur universitaire et coordonnateur de recherche au Centre des études internationales de l’université Oxford. M. Berdal a fait les remarques suivantes aux pages 17 et 18 de son rapport:

[TRADUCTION] Il [l’alinéa 6c) de l’OAF 20-53] vise à assurer que l’intégrité, la sécurité et l’efficacité de toute force de maintien de la paix soient maintenues dans toute la mesure du possible. En permettant que les «particularités des factions» soient prises en considérations dans la décision relative à la participation au maintien de la paix, le paragraphe 6(1) de l’OAF 20-53 vise à éviter l’érosion involontaire de l’impartialité et de l’apparence d’impartialité, et, en conséquence, l’affaiblissement de la sécurité de la force. Cette conclusion relativement aux raisons justifiant l’ordonnance me semble appuyée par le fait que les particularités des factions doivent expressément être prises en considération seulement lorsque leur non-respect «pourrait compromettre la mission ou accroître les risques pour la santé et la sécurité des personnes qui participent à la mission à un niveau de danger plus grand que ce qui est propre à celle-ci». Les facteurs devant être pris en considération dans la décision relative à la question de savoir si les «particularités des factions» sont susceptibles d’avoir une «incidence sur la participation d’un militaire à une opération de maintien de la paix» sont énumérés dans la version modifiée de l’OAF 20-53, qui a été approuvée en mars 1998. Ces facteurs démontrent clairement que la politique vise à réduire les risques de perte de vie chez les casques bleus et à assurer le succès de la mission.

[. . .] le besoin de préserver l’impartialité et l’apparence d’impartialité lors d’une opération de maintien de la paix—

understood as a consent-based activity, involving a wide range of tasks and activities but not designed to impose a solution by coercive means—is a legitimate one. Indeed, from an operational point of view, measures aimed at preventing the erosion of impartiality are to be positively welcomed. This is because the key to operational effectiveness lies in the quality of the troops deployed, specifically their ability to carry out tasks in a professional and impartial manner. This, in turn, requires awareness of and sensitivity to the interests, perceptions and attitudes of the parties on the ground. [Emphasis added.]

[19] There was other evidence before this Court which also demonstrated that the purpose of the impugned policy includes ensuring the operational effectiveness and security of peacekeeping operations. The underlying premise of the order, supported by evidence presented at trial, is that the failure to respect the cultural, religious or other sensitivities of parties to conflicts and host countries may threaten the effectiveness of peacekeeping operations, as well as increase the dangers for members of those operations. For example, Colonel (Ret'd) Farris testified that he would not have been able to deploy members of Vietnamese descent in Khmer Rouge controlled areas of Cambodia during the peacekeeping operation in that country for fear of the safety of those members. Accordingly, any distinctions drawn by paragraph 6(c) of CFAO 20-53 based upon the cultural, religious or other characteristics of members are relevant to the underlying premise of the policy, which is successful peacekeeping missions without endangering the lives of those involved.

[20] In addition, the effect or impact of the distinctions drawn by paragraph 6(c) does not suggest that those distinctions are based on stereotypical applications of presumed group or personal characteristics. For example, the evidence demonstrates that since its promulgation, CFAO 20-53 has not been applied so as to prevent any members of the Canadian Forces from being posted to peacekeeping operations. Rather the policy has been applied on a case-by-case basis to potential sensitivities identified in theatres of operations, and not to screen classes of members based

considérée à juste titre comme une activité consensuelle comportant un grand nombre de tâches et de fonctions, mais non conçue pour imposer une solution par la force—est légitime. D'ailleurs, d'un point de vue opérationnel, les mesures visant à prévenir l'érosion de l'impartialité doivent être favorablement accueillies. En effet, le secret de l'efficacité opérationnelle réside dans la qualité des troupes déployées et particulièrement dans leur capacité d'exécuter des tâches de façon professionnelle et impartiale. En contrepartie, cela requiert une prise de conscience et une sensibilité relativement aux intérêts, aux perceptions et aux attitudes des factions sur le terrain. [Non souligné dans l'original.]

[19] D'autres éléments de preuve présentés à la Cour ont aussi démontré que l'un des buts de la politique contestée est d'assurer l'efficacité opérationnelle et la sécurité des opérations de maintien de la paix. La preuve présentée à l'audience indique que l'ordonnance est fondée sur le fait que l'omission de respecter les particularités culturelles, religieuses et autres des factions aux conflits et des pays où se déroulent les opérations est susceptible de nuire à l'efficacité des opérations de maintien de la paix et d'accroître les risques encourus par les militaires qui y participent. Par exemple, le colonel à la retraite Farris a témoigné qu'il n'aurait pas pu déployer des militaires de descendance vietnamienne dans les zones contrôlées par les Khmers Rouges au Cambodge lors de l'opération de maintien de la paix dans ce pays en raison de craintes pour leur sécurité. En conséquence, toute distinction établie par l'alinéa 6c) de l'O AFC 20-53 à l'égard des particularités culturelles, religieuses ou autres des militaires est pertinente pour le fondement de la politique, qui vise le succès des missions de maintien de la paix ainsi que la protection de la vie de ceux qui y participent.

[20] De plus, les effets ou les conséquences des distinctions établies par l'alinéa 6c) n'indiquent pas que celles-ci soient fondées sur des applications stéréotypées de présumées caractéristiques de groupe ou personnelles. Par exemple, la preuve démontre que depuis son entrée en vigueur, l'O AFC 20-53 n'a pas été appliquée de façon à empêcher un membre des Forces canadiennes d'être affecté à des opérations de maintien de la paix. La politique a plutôt été appliquée selon chaque cas à des particularités potentielles repérées dans des théâtres d'opérations, et non pas

upon stereotypical views of groups to which they belong. There has not, in other words, been any “blanket prohibition” imposed as a result of the policy in question.

[21] In my view, the distinctions made under paragraph 6(c) of CFAO 20-53 are not discriminatory in the sense that they result in a denial of the right to equality based upon personal characteristics or the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. In that sense, they cannot be seen to constitute a violation of subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[22] However, it is also clear that policies of this nature must be intelligently drafted and judiciously interpreted in order to protect the rights of individuals and to assist the Canadian Forces to accomplish their mission. They must be formulated and applied with caution and objectivity. Here, the impugned policy as been poorly drafted. Terms such as “cultural” and “religion” should perhaps be replaced with more appropriate and general terms, such as “background” and “circumstance”. The policy should also state that it applies to peacekeeping missions and should provide a definition of the term “peacekeeping”. Finally, policy statements should make it clear if and when they are replacing and/or revoking an already existing policy so as to avoid confusion and improper application of the policy.

[23] Although the policy in question may be valid, the fact remains that it should not have been applied to this plaintiff since Commander Summers, and accordingly his Executive Assistant, were not involved in a peacekeeping mission. When Iraq invaded Kuwait on August 2, 1990, the United Nations condemned the invasion and called for Iraq’s withdrawal. In a series of resolutions of the United Nations Security Council, the U.N. put in place an international embargo as a means of forcing Iraq to withdraw its forces. The Security Council authorized the use of enforcement action pursuant to Chapter VII of the *Charter of the*

pour évaluer des catégories de militaires à la lumière d’opinions stéréotypées sur les groupes auxquels ils appartiennent. En d’autres termes, aucune «interdiction générale» n’a été imposée en raison de la politique en question.

[21] Je suis d’avis que les distinctions établies en vertu de l’alinéa 6c) de l’OAF 20-53 ne sont pas discriminatoires, en ce qu’elles ne résultent pas en une privation du droit à l’égalité en raison de caractéristiques personnelles ou de l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Dans ce sens, elles ne peuvent être interprétées comme constituant une contravention au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[22] Cependant, il est également clair que des politiques de cette nature doivent être rédigées de façon intelligente et interprétées de façon judicieuse afin de protéger les droits des personnes et d’aider les Forces canadiennes à accomplir leur mission. Elles doivent être formulées et appliquées avec prudence et objectivité. En l’espèce, la politique contestée a été mal rédigée. Des termes comme «culturel» et «religion» devraient peut-être se voir remplacés par des termes plus appropriés et généraux comme «contexte» et «circonstance». La politique devrait aussi énoncer qu’elle s’applique aux missions de maintien de la paix et définir les termes «maintien de la paix». Enfin, les déclarations de principe devraient indiquer clairement qu’elles remplacent et/ou révoquent une politique déjà existante, lorsque c’est le cas, de manière à éviter la confusion et l’application inopportune de la politique.

[23] Bien que la politique en cause soit valide, le fait demeure qu’elle n’aurait pas dû être appliquée au demandeur étant donné que le commandant Summers et, en conséquence, son adjoint administratif ne participaient pas à une mission de maintien de la paix. Lorsque l’Iraq a envahi le Koweït le 2 août 1990, les Nations-Unies ont condamné l’invasion et exigé le retrait de l’Iraq. Au moyen d’un ensemble de résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies, ces dernières ont mis en place un embargo international afin de forcer l’Iraq à retirer ses forces. Le Conseil de sécurité a autorisé l’utilisation d’actions coercitives en

*United Nations* [[1945] Can. T.S. No. 7].

[24] The Government of Canada decided to commit a Canadian contingent to the international forces assembling in the Persian Gulf to enforce the blockade of Iraq. Canada's contribution comprised an air element, being a squadron of F-18 fighter aircraft to be based in Qatar, and a naval element, consisting of three Canadian vessels, the *Athabaskan*, the *Terra Nova* and the *Protecteur*. Then Commodore K. J. Summers, the Chief of Staff, Operations at Maritime Command in Halifax, Nova Scotia, and Commander of the Canadian Fleet, was tasked to command the Canadian Fleet sent to the Persian Gulf. He was subsequently appointed Commander, Canadian Forces Middle East.

[25] The Gulf War, as it became known, was not a peacekeeping operation and there was no basis therefore for the defendants to apply CFAO 20-53, or any other similar unwritten policy concerning peacekeeping, to Lieutenant Liebmann in his quest for the position of Executive Assistant to Commander Summers.

[26] There is nevertheless, no basis on which I can allow the plaintiff's claim and it must be dismissed. However, I am satisfied that Lieutenant Liebmann did have legitimate grievances with respect to the manner in which the defendants conducted themselves in the selection process. There will therefore be no order as to costs.

vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations-Unies* [[1945] R.T. Can. n° 7].

[24] Le gouvernement du Canada a décidé d'envoyer un contingent canadien se joindre aux forces internationales qui se rassemblaient dans le Golfe persique pour mettre à exécution le blocus contre l'Iraq. La contribution du Canada consistait en un élément aérien, soit une escadrille de chasseurs F-18 basée au Qatar, et en un élément naval comprenant trois navires canadiens, soit l'*Athabaskan*, le *Terra Nova* et le *Protecteur*. Le commodore (à l'époque) K. J. Summers, chef d'état-major, opérations, au commandement maritime à Halifax (Nouvelle-Écosse) et commandant de la flotte canadienne, s'est vu confier le commandement de la flotte canadienne envoyée au Golfe persique. Il a ensuite été nommé commandant des Forces canadiennes au Moyen-Orient.

[25] La guerre du Golfe, comme elle a été appelée, n'était pas une opération de maintien de la paix et les défendeurs ne pouvaient donc s'appuyer sur aucun fondement pour appliquer l'O AFC 20-53 ou toute autre politique non écrite similaire sur le maintien de la paix au lieutenant Liebmann, qui s'efforçait d'obtenir le poste d'adjoint administratif du commandant Summers.

[26] Il n'existe néanmoins aucun fondement sur lequel je peux m'appuyer pour accueillir la demande, de sorte qu'elle doit être rejetée. Cependant, je suis d'avis que le lieutenant Liebmann avait des griefs légitimes à l'égard de la façon dont les défendeurs se sont comportés lors du processus de sélection. Aucune ordonnance ne sera donc rendue relativement aux dépens.

**SCHEDULE A****POLICY FOR THE EMPLOYMENT OF  
CANADIAN FORCES PERSONNEL ON  
PEACEKEEPING DUTY****PURPOSE**

1. This order prescribes the policy applicable to the employment of members of the Regular Force and Reserve Forces on peacekeeping duties.

**GENERAL**

2. Peacekeeping is one way in which Canada contributes to international peace and security, and to attenuating the human suffering engendered by such conflicts. In basic terms, peacekeeping is a tangible reflection of Canada's commitment to making the world a more secure and better place to live. It is also a serious, dangerous and potentially life-threatening undertaking.

3. Given the nature of peacekeeping, it is quite possible that the Canadian Forces (CF) will be tasked by the Government of Canada to serve as peacekeepers in areas where human rights are not guaranteed or where cultural traditions differ significantly from those of the Western World. The CF is called upon to perform peacekeeping duties because of its ability to respect, while not necessarily sharing, the cultural, religious and other sensitivities of the countries in which it serves. This respect is a fundamental requirement for the success of a peacekeeping effort and a necessity for the safety of the members of peacekeeping units.

4. Where Canadian law on equality conflicts with the customs or culture of a host country, the CF is committed to respect the equality rights of its members while remaining sensitive to the host culture.

**POLICY**

5. It is the policy of the CF that all members qualified to perform peacekeeping duties will be eligible to do so unless an exclusion or limitation can be justified as a reasonable limit under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or established under section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

**FACTORS TO BE CONSIDERED**

6. In determining whether the participation of a particular member in a specific peacekeeping operation is in keeping

**ANNEXE A****POLITIQUE SUR L'AFFECTATION DU  
PERSONNEL DES FORCES CANADIENNES  
À DES FONCTIONS DE MAINTIEN  
DE LA PAIX****OBJET**

1. La présente ordonnance énonce la politique sur l'affectation de militaires de la force régulière et de la force de réserve à des fonctions de maintien de la paix.

**GÉNÉRALITÉS**

2. Le maintien de la paix permet au Canada de contribuer à la paix et à la sécurité internationales et d'apaiser la souffrance humaine qu'entraînent les conflits. En d'autres mots, il s'agit de la manifestation concrète de l'engagement du Canada à rendre le monde plus sûr et à y améliorer les conditions de vie. Le maintien de la paix s'accompagne par contre de risques et peut constituer un danger pour la vie de ceux qui y participent.

3. Il peut très bien arriver que le gouvernement du Canada confie aux Forces canadiennes (FC) la tâche d'assurer le maintien de la paix dans des régions où les droits de la personne ne sont pas garantis ou encore, à des endroits où les traditions culturelles diffèrent considérablement de celles du monde occidental. Parce que, sans nécessairement les appuyer, elles savent respecter les particularités culturelles, religieuses et autres des pays où elles sont déployées, les FC sont sollicitées pour y assurer le maintien de la paix. Ce respect est essentiel au succès de tout effort de maintien de la paix et nécessaire à la sécurité des membres des unités qui y participent.

4. Aux endroits où les lois du Canada sur l'égalité se heurtent aux coutumes ou à la culture d'un pays où se déroulent des activités de maintien de la paix, les FC se font un devoir de respecter les droits à l'égalité de leurs militaires tout en étant sensibilisées à la culture de ce pays.

**POLITIQUE**

5. Les FC ont pour politique de faire en sorte que tous les militaires qui possèdent les compétences voulues pour remplir des fonctions de maintien de la paix aient la possibilité de le faire, à moins d'une exclusion ou d'une restriction jugée raisonnable aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou de l'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

**FACTEURS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION**

6. Pour déterminer si la participation d'un militaire particulier à une opération donnée de maintien de la paix est en

with the stated policy, the following factors are to be taken into account:

- a. the qualifications of the member;
- b. the medical condition of the member in relation to the conditions under which the member may have to serve during the peacekeeping operation;
- c. the cultural, religious or other sensitivities of the parties to the conflict and the host country, but only to the extent that failure to respect those sensitivities creates a real risk that the mission will not be carried out successfully or that the danger to the health and safety of the individuals will be increased to a level greater than that already inherent in the nature of the mission. In determining whether these sensitivities exist, and whether they should affect a member's participation in a peacekeeping operation, the following factors must be considered:
  - (i) the laws, customs or mores of the parties to the conflict and the host country which may indicate a particular sensitivity,
  - (ii) the nature of the conflict where the peacekeeping force will be deployed (for example, is the conflict between ethnic or religious factions and is ethnicity or religion a factor in the conflict),
  - (iii) the nature of the mission the peacekeeping force will be conducting (for example, is the mission one where there will be direct interface between the peacekeeping force and the warring factions or host nation),
  - (iv) the nature of the duties individual members will be called upon to perform (for example, will the individual member have direct interface with the parties to the conflict), and
  - (v) whether reasonable alternatives to exclusion from participation in the peacekeeping force can be found (for example, can the risk be sufficiently reduced by realignment of members' duties without impairing members' or units' effectiveness);
- d. previous employment in sensitive or classified areas with organizations of the Government of Canada or allied forces.

7. Normally, only the qualification and medical requirements potentially will restrict those members who would be considered for selection for a peacekeeping operation. However, for some missions, cultural, religious or other sensitivities of the parties or host country may have to be respected for the mission to be accomplished safely and effectively. Therefore, for each peacekeeping mission, the Deputy Chief of the Defence staff (DCDS), in consultation with the Assistant Deputy Minister (Personnel), (ADM (Per)) and the Assistant Deputy Minister (Policy) (ADM

conformité avec la politique énoncée ci-dessus, les facteurs suivants doivent être pris en considération:

- a. les compétences du militaire;
- b. l'état de santé du militaire, compte tenu des conditions dans lesquelles il pourrait être appelé à servir pendant l'opération de maintien de la paix;
- c. les particularités culturelles, religieuses et autres des factions opposées et du pays où se déroule l'opération, mais ce, seulement dans la mesure où le non-respect de ces particularités pourrait compromettre la mission ou accroître les risques pour la santé et la sécurité des personnes qui participent à la mission à un niveau de danger plus grand que ce qui est propre à celle-ci. Dans le but de déterminer la présence de telles particularités et leur incidence sur la participation d'un militaire à une opération de maintien de la paix, il faut considérer les facteurs suivant:
  - (i) les lois, les us ou coutumes des factions opposées et du pays où se déroule le conflit qui pourraient indiquer une sensibilité particulière,
  - (ii) la nature du conflit dans la région où la force de maintien de la paix sera déployée (par exemple, est-ce que le conflit oppose deux factions ethniques ou religieuses, et le facteur ethnique ou religieux en est un élément déterminant?),
  - (iii) la nature de la mission de la force de maintien de la paix (par exemple, est-ce qu'au cours de la mission, la force de maintien de la paix et les autres factions ou le pays en question auront des rapports direct?),
  - (iv) la nature des tâches particulières que le militaire aura à assumer (par exemple, est-ce que le militaire aura des rapports directs avec les factions opposées?),
  - (v) tout autre facteur raisonnable qui constitue un empêchement à la participation d'un militaire à une opération de maintien de la paix (par exemple, est-ce que les risques peuvent être facilement réduits par une re-distribution des tâches sans que l'efficacité de l'unité ou des autres militaires en soit diminuée?);
- d. l'emploi antérieur dans des secteurs délicats ou classifiés au sein d'organismes du gouvernement du Canada ou de forces alliées.

7. Normalement, seules les exigences relatives aux compétences et à l'état de santé peuvent constituer un empêchement à la participation d'un militaire à une opération de maintien de la paix. Toutefois, pour que la mission puisse être menée à bien sans risques indus, il se peut, dans certains cas, qu'il faille respecter les particularités culturelles, religieuses et autres des factions opposées ou du pays où a lieu l'opération. Par conséquent pour chaque mission de maintien de la paix, le Sous-chef d'état-major de la Défense (SCEMD), en consultation avec le Sous-ministre adjoint

(Pol)), will determine the exact nature of the sensitivities of the parties to the conflict and the host country, of whatever nature, and analyse the potential increase in danger to the mission or to the health or safety of individuals if those sensitivities are not respected.

8. The requirement for restrictions to be imposed for a particular mission is in no way a reflection on the member or members who are restricted. If any member of the CF is restricted from participating in a particular peacekeeping operation due to a requirement to respect the sensitivities of the parties or the host country, the restrictions shall not create a disadvantage for career purposes when the member is compared with those who did proceed on the peacekeeping mission. It must be emphasized clearly that the fact that a member is restricted from participating in one particular peacekeeping operation does not mean that the member is precluded from participation in other peacekeeping operations. A member who is denied participation in a specific peacekeeping operation as a result of this policy may request to be considered for a future peacekeeping operation for which the member is qualified. When the next peacekeeping operation for which the member is suitably qualified is to be undertaken, the member making such a request shall be considered for participation, even if the member normally would not have been considered.

## RESPONSIBILITIES

9. The DCDS, as Group Principal responsible for peacekeeping operations, shall be responsible for determining, by all practicable means (including the position put forward by the peacekeeping force commander) if specific personnel restrictions are essential for newly mounted missions. The determination shall be made in consultation with ADM (Pol) and ADM (Per). The DCDS shall also be responsible for providing pertinent information to ADM (Per). ADM (Per) will retain information concerning personnel restrictions on a central file for monitoring purposes, as outlined in paragraph 11.

10. The DCDS will monitor peacekeeping missions to determine if the requirements for restrictions have changed over the life of the mission. If there is a change in the requirements for restrictions, they shall be modified to ensure that only the minimum restrictions necessary are maintained.

11. ADM (Per) shall establish and maintain a review mechanism to ensure that restrictions on individual members outlined in paragraph 8 are minimized and monitored and that any members who are restricted are treated fairly and equitably.

(Personnel) (SMA (Per)) et le Sous-ministre adjoint (Politiques) (SMA (Pol)), déterminera la nature exacte des particularités des factions opposées ou du pays où se déroule l'opération et analysera le risque accru que pourrait présenter leur non-respect pour la mission ou la santé et la sécurité des participants.

8. Les restrictions imposées dans le cas d'une mission particulière ne doivent avoir aucune incidence négative sur les militaires qui en font l'objet. Si un militaire ne peut participer à une opération particulière de maintien de la paix parce que les particularités culturelles et autres des factions opposées ou du pays où se déroule l'opération doivent être respectées, les restrictions ne doivent pas le désavantager sur le plan de la carrière lorsqu'on le compare aux militaires qui ont participé à la mission. Il convient de souligner que, lorsqu'on empêche un militaire de participer à une opération de maintien de la paix, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ne pourra participer à aucune autre opération de maintien de la paix. Le militaire qui ne peut pas participer à une opération donnée de maintien de la paix par suite de la présente politique peut demander à prendre part à une opération de maintien de la paix pour laquelle il possède les compétences voulues. Sa candidature doit alors être prise en considération, même si on ne le ferait pas normalement.

## RESPONSABILITÉS

9. En tant que chef de groupe responsable des opérations de maintien de la paix, le SCEMD est chargé de déterminer, par tous les moyens possibles (y compris en tenant compte de la position avancée par le commandant de la force de maintien de la paix), si des restrictions particulières touchant le personnel sont essentielles dans le cas des nouvelles missions. Il doit prendre sa décision en consultation avec le SMA (Pol) et le SMA (Per). Le SCEMD doit également fournir les renseignements pertinents au SMA (Per). Le SMA (Per) doit conserver les renseignements sur les restrictions touchant le personnel dans un dossier central aux fins de contrôle, comme l'indique le paragraphe 11 ci-après.

10. Le SCEMD doit se tenir au fait des missions de maintien de la paix afin de déterminer si les restrictions imposées ont changé au cours de la mission. S'il devient nécessaire de les modifier, seul le minimum de restrictions voulu doit être maintenu.

11. Le SMA (Per) doit établir un procédé de vérification pour s'assurer que le minimum de restrictions dont il est question au paragraphe 8 est imposé à des militaires particuliers et pour surveiller la situation à cet égard. Ce procédé servira également à veiller à ce que les militaires faisant l'objet de restrictions soient traités équitablement.

12. ADM (Pol) is to be advised of particular instances in which it is deemed necessary to impose restrictions to respect the sensitivities of the parties or the host country.

(C) 1605-20-53 (D PK Pol)

Issued 1998-03-31

**INDEX**

Peacekeeping

12. Le SMA (Pol) doit être informé des cas particuliers où il est jugé nécessaire d'imposer des restrictions pour que les particularités culturelles et autres des factions opposées ou du pays où se déroule l'opération soient respectées.

(C) 1605-20-53 (D Pol MP)

Publiée le 1998-03-31

**INDEX**

Maintien de la paix

T-545-97

**Nunavik Inuit as represented by Makivik Corporation** (*Applicant*)

v.

**The Minister of Canadian Heritage and The Attorney General of Canada** (*Respondents*)

and

**Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland and Labrador Inuit Association** (*Interveners*)

*INDEXED AS: MAKIVIK CORP. v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T.D.)*

Trial Division, Richard A.C.J.—Ottawa, January 6, 7, 8 and August 4, 1998.

*Native peoples — Lands — Negotiation of aboriginal land claims in context of treaty process — Minister of Canadian Heritage desiring to create Torngat National Park in Northern Labrador — Negotiations thereon between Minister, Newfoundland and Labrador Government, and Labrador Inuit Association — Nunavik Inuit, represented by Makivik Corp., with whom Federal Crown engaged in comprehensive land claims settlement negotiations, excluded from process because provincial government not recognizing them — Duty to consult and negotiate in good faith — Agreement in principle between federal government and applicant constituting recognition park cannot be established until negotiations completed.*

*Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Negotiation of aboriginal land claims in context of treaty process — Minister of Canadian Heritage desiring to create Torngat National Park in Northern Labrador — Negotiations thereon between Minister of Canadian Heritage, Newfoundland and Labrador Government, and Labrador Inuit Association — Nunavik Inuit, with whom Federal Crown engaged in comprehensive land claims settlement negotiations, excluded from process because provincial government not recognizing them — Duty to consult and negotiate in good faith — Agreement in principle between federal government and applicant constituting recognition park cannot be established until negotiations completed.*

T-545-97

**Les Inuit du Nunavik, représentés par la Société Makivik** (*demanderesse*)

c.

**Le ministre du Patrimoine canadien et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)

et

**Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve et l'Association des Inuit du Labrador** (*intervenantes*)

*RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ MAKIVIK c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge en chef adjoint Richard—Ottawa, 6, 7, 8 janvier et 4 août 1998.

*Peuples autochtones — Terres — Négociation des revendications territoriales des autochtones dans le contexte du processus de négociation de traités — Le ministre du Patrimoine canadien désirait créer un parc national dans la région des monts Torngat, dans le nord du Labrador — Négociations y afférentes entre le ministre, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et l'Association des Inuit du Labrador — Les Inuit du Nunavik, représentés par la Société Makivik, avec qui la Couronne fédérale avait engagé des négociations au sujet de revendications territoriales globales, avaient été exclus du processus parce que le gouvernement provincial ne les reconnaissait pas — Obligation de consulter et de négocier de bonne foi — Entente de principe entre le gouvernement fédéral et la demanderesse constituant une reconnaissance que le parc ne peut pas être créé tant que les négociations ne sont pas terminées.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Négociation des revendications territoriales des autochtones dans le contexte du processus de négociation des traités — Le ministre du Patrimoine canadien désirait créer un parc national dans la région des monts Torngat, dans le nord du Labrador — Négociations y afférentes entre le ministre du Patrimoine canadien, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et l'Association des Inuit du Labrador — Les Inuit du Nunavik, avec qui la Couronne fédérale avait engagé des négociations au sujet de revendications territoriales globales, avaient été exclus du processus parce que le gouvernement provincial ne les reconnaissait pas — Obligation de consulter et de négocier de bonne foi — Entente de principe entre le gouvernement fédéral et la demanderesse constituant une reconnaissance que le parc ne peut pas être créé tant que les négociations ne sont pas terminées.*

*Constitutional law — Distribution of powers — Minister of Canadian Heritage desiring to create Torngat National Park in Northern Labrador — Negotiations thereon between Minister, Newfoundland and Labrador Government, and Labrador Inuit Association — Nunavik Inuit, represented by Makivik Corp., with whom Federal Crown engaged in comprehensive land claims settlement negotiations, excluded from process because provincial government not recognizing them — Province of Newfoundland questioning Court's jurisdiction to grant relief impacting directly or indirectly on Province's constitutional authority over its lands, resources.*

Nunavik Inuit through Makivik Corporation were engaged in treaty negotiations with the Crown in right of Canada. Comprehensive claims were submitted pursuant to the federal government's *Comprehensive Land Claims Policy* of 1987. Under the 1993 *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*, it is only after the Aboriginal claimant has met the tests for establishing Aboriginal rights or title as directed by the courts that the government will accept a comprehensive claim for negotiation. A framework agreement was signed. In 1993, the Minister of State for Indian Affairs and Northern Development confirmed that the claims of Nunavik Inuit to Aboriginal rights in certain parts of Labrador had been accepted for negotiation and advised that the government of Canada wished to begin substantive negotiations.

Canada's proposed Torngat Mountain National Park was being planned within the area which is the subject of negotiations pursuant to the treaty process between the applicant and the government of Canada. In November 1992, a study to determine the feasibility of establishing a new national park in the Torngat Mountains was announced by the federal Minister of State for the Environment, the Newfoundland and Labrador Minister of Tourism and Culture and the president of the Labrador Inuit Association (LIA). Parks Canada refused to allow Makivik Corporation to participate in the feasibility study at the Working Group or Steering Committee level following the provincial government's indication that it did not support Makivik's request. The area which the Working Group set out for study as well as the area within the boundaries proposed for the creation of the Park form 80% of the territory which is the subject of the claim by Nunavik Inuit and accepted for negotiation by the Government of Canada. In November 1997, Canada, the provincial government and the LIA announced that those three parties had ratified an agreement concerning settlement of the LIA's comprehensive land claim. The agreement provided, *inter alia*, for the inclusion of the proposed national park in a Labrador Inuit Settlement

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le ministre du Patrimoine canadien désirait créer un parc national dans la région des monts Torngat, dans le nord du Labrador — Négociations y afférentes entre le ministre, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et l'Association des Inuit du Labrador — Les Inuit du Nunavik, représentés par la Société Makivik, avec qui la Couronne fédérale avait engagé des négociations au sujet des revendications territoriales globales, avaient été exclus du processus parce que le gouvernement provincial ne les reconnaissait pas — La province de Terre-Neuve remettait en question la compétence de la Cour d'accorder une réparation influant directement ou indirectement sur le pouvoir constitutionnel conféré à la province, à l'égard des terres et ressources.*

Les Inuit du Nunavik, par l'entremise de Makivik, participaient à des négociations relatives à un traité avec la Couronne du chef du Canada. Des revendications globales avaient été soumises conformément à la *Politique des revendications territoriales globales* de 1987 du gouvernement fédéral. En vertu de la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* de 1993, le gouvernement accepte une revendication globale aux fins de la négociation uniquement après que le demandeur autochtone a satisfait aux critères permettant d'établir les droits ancestraux ou le titre aborigène conformément aux exigences des tribunaux. Un accord cadre a été signé. En 1993, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a confirmé que les revendications des Inuit du Nunavik concernant les droits ancestraux que ceux-ci possèdent sur certaines parties du Labrador avaient été acceptées aux fins de la négociation et a fait savoir que le gouvernement du Canada voulait entamer les négociations au fond.

Le parc national des monts Torngat envisagé par le Canada devait être situé dans la région faisant l'objet des négociations conformément au processus de négociation dans lequel la demanderesse et le gouvernement du Canada s'étaient engagés. En novembre 1992, le ministre fédéral de l'Environnement, le ministre du Tourisme et de la Culture de Terre-Neuve et du Labrador et le président de l'Association des Inuit du Labrador (l'AIL) ont annoncé qu'une étude serait effectuée en vue de déterminer s'il était possible de créer un nouveau parc national dans la région des monts Torngat. Parcs Canada a refusé de permettre à Makivik de participer aux travaux du groupe de travail et du comité directeur après que le gouvernement provincial eut fait savoir qu'il n'appuyait pas la demande de Makivik. La région que le groupe de travail devait étudier ainsi que la région située en-deçà des limites de l'éventuel parc forment 80 p. 100 du territoire visé par la revendication des Inuit du Nunavik que le gouvernement du Canada a acceptée aux fins de la négociation. En novembre 1997, le Canada, le gouvernement provincial et l'AIL ont annoncé qu'ils avaient ratifié une entente concernant le règlement de la revendication territoriale globale de l'AIL. L'entente prévoyait entre autres l'inclusion de l'éventuel parc national dans une région

Area over which the LIA and its members are to enjoy, *inter alia*, priority subsistence harvesting rights and the right to participate with governments in the management of wildlife, fish, plants and environmental assessment.

The issues were whether parties, having undertaken to engage in a treaty process in the current constitutional and policy context prevailing in Canada, thereby incur legally enforceable positive duties towards their partners in the treaty process and legally enforceable constraints on their conduct with respect to the issues and interests which are the object of the treaty negotiations. If yes, has the Crown in right of Canada breached its legally enforceable positive duties towards Makivik and Nunavik Inuit in the treaty process by acting as it did herein. The applicant sought declarations confirming the Crown's duty to negotiate, its fiduciary duty to the applicant, its obligation under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; and that the Crown cannot proceed with the creation of the Park until it has concluded a treaty with Nunavik Inuit. Newfoundland's position is that applicant's land claim is not substantiated and it questions the Court's jurisdiction to grant relief impacting upon the Province's constitutional authority over its lands and resources.

*Held*, the respondents have a duty to consult with the applicant prior to establishing a park reserve in Northern Labrador. That duty includes both the duty to inform and to listen. The respondents have a duty to consult and negotiate in good faith with the applicant its claims to Aboriginal rights in certain parts of Labrador, prior to the establishment of a national park in Northern Labrador. If an agreement between the Government of Canada and the Government of Newfoundland and Labrador to establish such a national park is reached before final land claim settlement, the lands are to be set aside as a national park reserve, pending land claim negotiations.

The following principles can be drawn from the cases over the last three decades: (1) It is the role of the court to assist and further the negotiation process. Where the federal government has agreed to negotiate claims, the public anticipates that the claims will be resolved by negotiation and by settlement; (2) Subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* represents the recognition of Aboriginal rights in the treaty process and the government's obligation within that process; it is a specific constitutional basis upon which subsequent negotiations can take place and requires a just settlement for Aboriginal peoples; (3) A treaty process is

d'établissement des Inuit du Labrador où l'AIL et ses membres doivent notamment jouir de droits prioritaires d'exploitation à des fins de subsistance et du droit de collaborer avec les gouvernements à la gestion de la faune et de la flore ainsi qu'à l'évaluation environnementale.

Il s'agissait de savoir si, étant donné qu'elles s'étaient engagées dans un processus de négociation dans le contexte constitutionnel et politique qui existe à l'heure actuelle au Canada, les parties ont des obligations légalement exécutoires envers leurs partenaires dans le cadre du processus de négociation et sont assujetties à des restrictions ayant force obligatoire en vertu de la loi en ce qui concerne les questions et intérêts qui font l'objet des négociations relatives aux traités. Dans l'affirmative, la Couronne du chef du Canada a-t-elle violé les obligations légalement exécutoires qu'elle avait envers Makivik et les Inuit du Nunavik, dans le cadre du processus de négociation, en agissant comme elle l'a fait? La demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire portant que la Couronne est tenue de négocier, qu'elle a une obligation de fiduciaire envers les demandeurs, qu'elle a une obligation en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'elle ne peut pas procéder à la création du parc tant qu'elle n'aura pas signé un traité avec les Inuit du Nunavik. La province de Terre-Neuve soutient que la revendication territoriale des demandeurs n'est pas fondée et elle conteste la compétence que possède la Cour d'accorder une réparation influant sur le pouvoir constitutionnel conféré à la province à l'égard des terres et ressources.

*Jugement*: Les défendeurs ont l'obligation de consulter la demanderesse avant de créer une réserve de parc dans le nord du Labrador, et notamment l'obligation d'informer la demanderesse et de l'écouter. Les défendeurs ont l'obligation de consulter la demanderesse et de négocier de bonne foi avec elle au sujet des droits ancestraux revendiqués sur certaines parties du Labrador avant qu'un parc national soit créé dans le nord du Labrador. Si une entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador en vue de la création de parc national est conclue avant que la revendication territoriale soit réglée d'une façon définitive, les terres doivent être mises de côté à titre de réserve de parc national pendant la durée des négociations y afférentes.

La jurisprudence des trois dernières décennies permet d'établir les principes suivants: (1) Il incombe au tribunal d'aider et d'encourager le processus de négociation. Lorsque le gouvernement fédéral convient de négocier les revendications, le public s'attend à ce que celles-ci fassent l'objet de négociations et d'un règlement; (2) Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît les droits ancestraux dans le cadre du processus de négociation et l'obligation qui incombe au gouvernement dans le cadre de ce processus; il constitue un fondement constitutionnel précis à partir duquel des négociations peuvent être entreprises et

entered into for the mutual benefit of both the Crown and the Aboriginal peoples; it should be solemnly respected; (4) The relationship between the Crown and Aboriginal peoples, as well as the dealings between the parties, should be given a generous interpretation in favour of the Aboriginal peoples; (5) The honour of the Crown is at stake in its dealings with the Aboriginal peoples; (6) There are additional considerations in cases dealing with Aboriginal rights. The fiduciary duty is enforceable and includes protection against unwarranted effects upon the Aboriginal interests; (7) The government's responsibility to safeguard the Aboriginal peoples' interests is equally applicable to the rights which relate to the land and the native interest in the land; (8) The federal jurisdiction and responsibilities pursuant to subsection 91(24) are tied to section 35 as well. The treaty process encompasses the transactions of Aboriginal rights as well as Aboriginal title.

The fiduciary relationship between the Crown and the Aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of Aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. And consultation is relevant to determining whether the infringement of Aboriginal rights is justified. The nature and scope of the duty will vary with the circumstances. Even where the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the Aboriginal peoples whose rights and lands are at issue. Any negotiations should also include other Aboriginal nations which have a stake in the territory claimed. The Crown is under a moral, if not legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith.

Although counsel for the respondent says that it is not his fault if Newfoundland does not want to talk to them (the Nunavik Inuit), and although the Province of Newfoundland has full constitutional authority over the lands in issue, national park reserves are managed under the *National Parks Act*, without prejudice to unresolved land claims. Traditional hunting, fishing and trapping activities of Aboriginal people continue. Standard land reversionary clauses are in place so that lands may be removed from park status if necessary to resolve land claims. Aboriginal rights which are recognized and affirmed by subsection 35(1) fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At one end are the practices, customs and traditions that are integral to the distinctive Aboriginal culture. At the other end, is Aboriginal title which is the right to the land itself. The possibility of joint title has been recognized by American courts. There may be cases in which two Aboriginal nations lived on a particular piece of land and recognized each other's entitlement to that land but nobody else's. The Agreement-in-principle between the federal government and

exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones; (3) Le processus de négociation est entrepris au profit tant de la Couronne que des peuples autochtones; il devrait être solennellement respecté; (4) Le rapport qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones ainsi que les ententes conclues entre les parties devraient être interprétés d'une façon généreuse en faveur des peuples autochtones; (5) L'honneur de la Couronne est en jeu lorsqu'elle traite avec les peuples autochtones; (6) Des considérations additionnelles s'appliquent aux affaires dans lesquelles les droits ancestraux sont en cause. L'obligation de fiduciaire est exécutoire et comprend la protection contre les effets injustifiés sur les droits autochtones; (7) La responsabilité qui incombe au gouvernement de protéger les droits des peuples autochtones s'applique également aux droits qui se rapportent aux terres et aux intérêts autochtones y afférents; (8) La compétence et les responsabilités fédérales prévues au paragraphe 91(24) sont également rattachées à l'article 35. Le processus de négociation englobe les droits ancestraux ainsi que le titre aborigène.

Il est possible de respecter le rapport de fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones aux décisions qui sont prises à l'égard de leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si le groupe autochtone a été consulté est pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si la violation des droits ancestraux est justifiée. La nature et l'étendue de l'obligation dépendent des circonstances. Même lorsque la norme minimale acceptable est la consultation, cette consultation doit être menée de bonne foi, dans l'intention de réellement tenir compte des préoccupations des peuples autochtones dont les droits et terres sont en jeu. Toute négociation devrait également comprendre les autres nations autochtones qui ont un intérêt sur le territoire revendiqué. La Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi.

L'avocat des défendeurs dit que ce n'est pas de sa faute si Terre-Neuve ne veut pas leur parler (les Inuit de Nunavik), et la province de Terre-Neuve possède un plein pouvoir constitutionnel à l'égard du territoire ici en cause, mais les réserves de parc national sont gérées en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux*, sous réserve des revendications territoriales non réglées. Les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage des peuples autochtones se poursuivent. Des clauses normales de réversion des terres sont en place de façon que les terres puissent être soustraites à la création du parc au besoin aux fins du règlement des revendications territoriales. Les droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive. À l'autre extrémité, il y a un titre aborigène, c'est-à-dire le droit au territoire lui-même. La possibilité d'un titre conjoint a été reconnue par les tribunaux américains. Il est possible que deux nations

the applicant recognizes that a park cannot be established until negotiations are completed.

autochtones aient vécu sur un territoire particulier et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais non ceux de tiers. L'entente de principe conclue entre le gouvernement fédéral et la demanderesse reconnaît qu'un parc ne peut pas être créé tant que les négociations ne sont pas terminées.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35 (as am. by SI/84-102, s. 2).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.4 (as enacted *idem*).  
*National Parks Act*, R.S.C., 1985, c. N-14.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Montana Band of Indians v. Canada*, [1991] 2 F.C. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577; (1985), 61 B.C.L.R. 145; [1985] 2 C.N.L.R. 58 (C.A.); *Simon v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; 30 Q.A.C. 280; *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (T.D.).

##### REFERRED TO:

*Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973]

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*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(24).  
*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 (mod. par TR/84-102, art. 2).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.4 (édicte, *idem*).  
*Loi sur les parcs nationaux*, L.R.C. (1985), ch. N-14.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577; (1985), 61 B.C.L.R. 145; [1985] 2 C.N.L.R. 58 (C.A.); *Simon c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 387; (1985), 71 N.S.R. (2d) 15; 24 D.L.R. (4th) 390; 171 A.P.R. 15; 23 C.C.C. (3d) 238; [1986] 1 C.N.L.R. 153; 62 N.R. 366; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; 30 Q.A.C. 280; *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d)

4 W.W.R. 1; conf. (1970), 13 D.L.R. (3d) 64 (B.C.C.A.); *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; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

145; [1973] 4 W.W.R. 1; conf. (1970), 13 D.L.R. (3d) 64 (C.A.C.-B.); *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; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

## AUTHORS CITED

Canada. Dept. of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy, 1969*. Ottawa, 1969.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 2 "Restructuring the Relationship". Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.

Indian and Northern Affairs Canada. *Comprehensive Land Claims Policy*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987.

Indian and Northern Affairs Canada. *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa: Minister of Indian Affairs and Northern Development, 1993.

Parks Canada. *Parks Canada Guiding Principles and Operational Policies*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1994.

## APPEARANCES:

*Peter W. Hutchins* and *David Schulze* for applicant.

*Alain A. C. Lafontaine* for respondents.

*Donald H. Burrage* for intervener, Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland.

*Barbara A. McIsaac, Q.C.* and *Veryan N. G. Haysom* for intervener, Labrador Inuit Association.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*Department of Justice, Civil Division*, St. John's, Newfoundland, for intervener, Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland.

*McCarthy Tétrault*, Ottawa, for intervener, Labrador Inuit Association.

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

## DOCTRINE

Affaires indiennes et du Nord Canada. *La Politique des revendications territoriales globales*. Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1987.

Affaires indiennes et du Nord Canada. *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*. Ottawa: Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission sur les peuples autochtones*, vol. 2 «Une relation à redéfinir». Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services du Canada, 1996.

Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*. Ottawa, 1969.

Parcs Canada. *Principes directeurs et politiques de gestion de Parcs Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1994.

## ONT COMPARU:

*Peter W. Hutchins* et *David Schulze* pour la demanderesse.

*Alain A. C. Lafontaine* pour les défendeurs.

*Donald H. Burrage* pour l'intervenante, Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve.

*Barbara A. McIsaac, c.r.* et *Veryan N. G. Haysom* pour l'intervenante, l'Association des Inuit du Labrador.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Hutchins, Soroka et Dionne*, Montréal, pour la demanderesse.

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

*Ministère de la Justice, section civile*, St. John's (Terre-Neuve) pour l'intervenante, Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve.

*McCarthy Tétrault*, Ottawa, pour l'intervenante, l'Association des Inuit du Labrador.

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

RICHARD A.C.J.:

LE JUGE EN CHEF ADJOINT RICHARD:

I. Nature of the Proceedings

[1] This proceeding, commenced by an originating notice of motion dated March 26, 1997, raises serious issues concerning the negotiation of Aboriginal land claims in the context of the treaty process. It involves consideration of the division of powers between the federal government and the provinces and the applicability and scope of section 35 [as am. by SI/84-102, s. 2] of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. It does not involve, at this stage, the determination of substantive rights. As counsel for the applicant stated, this proceeding is about process. Counsel for the applicant advances the proposition that section 35 of the *Constitution Act, 1982* not only recognizes and affirms Aboriginal and treaty rights but also enshrines the treaty process itself in the Constitution. The treaty process and the duties of the parties arising out of that process, according to counsel, are constitutionally protected by section 35. This proceeding also raises the issue of the role of the courts in ensuring that negotiations within the treaty process are respectful of the duties and obligations of the parties.

[2] The decision, or more specifically the failure to act, which gives rise to this application is defined by the applicant as follows:

On February 19, 1997, Zebedee Nungak, the president of Makivik Corporation, wrote to the Respondent Minister of Canadian Heritage requesting within two weeks her confirmation that Canada would only proceed with the creation of the Torngat Mountains National Park with the consent of Nunavik Inuit and as part of the treaty process which Canada is engaged in with the representatives of Nunavik Inuit, the whole as appears from Exhibit 8 to the Affidavit of Sam Silverstone.

The Respondent Minister of Canadian Heritage has failed to provide the Applicants with the undertaking required by them in the letter of February 19, 1997.

I. Nature de l'instance

[1] La présente procédure, qui a été engagée le 26 mars 1997 au moyen d'un avis de requête introductive d'instance, soulève des questions sérieuses au sujet de la négociation des revendications territoriales des autochtones dans le contexte du processus de négociation de traités. Il y est question du partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ainsi que de l'applicabilité et de la portée de l'article 35 [mod. par TR/84-102, art. 2] 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]]. À ce stade, il n'est pas question de déterminer des droits fondamentaux. Comme l'avocat de la demanderesse l'a dit, il s'agit ici d'une question de processus. L'avocat de la demanderesse avance la thèse selon laquelle l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* non seulement reconnaît et confirme les droits ancestraux et les droits issus de traités, mais enchâsse aussi dans la Constitution le processus de négociation lui-même. Selon l'avocat, le processus de négociation et les obligations y afférentes qui incombent aux parties sont constitutionnellement protégés par l'article 35. Cette procédure soulève également la question du rôle qui incombe aux tribunaux lorsqu'il s'agit de veiller à ce que les négociations découlant du processus de négociation respectent les devoirs et obligations des parties.

[2] La demanderesse définit comme suit la décision, ou plus précisément l'omission d'agir, qui a donné lieu à la présente demande:

[TRADUCTION] Le 19 février 1997, le président de la Société Makivik, Zebedee Nungak, a écrit au ministre du Patrimoine canadien pour lui demander de confirmer dans un délai de deux semaines que le Canada ne procéderait à la création du parc national des monts Torngat qu'avec le consentement des Inuit du Nunavik et dans le cadre du processus de négociation dans lequel le Canada et les représentants des Inuit du Nunavik se sont engagés, comme le montre la pièce 8 de l'affidavit de Sam Silverstone.

Le ministre du Patrimoine canadien a omis de prendre envers les demandeurs l'engagement que ceux-ci demandaient dans la lettre du 19 février 1997.

[3] The issues framed by the applicant are as follows:

- i) Do parties, having undertaken to engage in a treaty process in the current constitutional and policy context prevailing in Canada, thereby incur legally enforceable positive duties towards their partners in the treaty process and legally enforceable constraints on their conduct with respect to the issues and interests which are the object of the treaty negotiations?
- ii) If the answer to i) is in the affirmative, has the Crown in right of Canada breached its legally enforceable positive duties towards Makivik and Nunavik Inuit in the treaty process:
  - a) by doggedly continuing towards the establishment of the Torngat National Park in Northern Labrador notwithstanding the treaty process engaged with Nunavik Inuit, and
  - b) by systematically allowing Nunavik Inuit to be excluded from the substantive process leading to the establishment of the Park, and
  - c) by refusing at the same time to discuss the establishment of the Park within the context of the treaty negotiations with Nunavik Inuit?

[4] The relief sought by the applicant is as follows:

Declare that the Crown in Right of Canada has a duty to negotiate treaties with Aboriginal peoples in good faith and that the Respondent Minister of Canadian Heritage, as a Minister of the Crown, is bound by such duty.

Declare that the Crown in Right of Canada, by accepting for negotiation the Nunavik Inuit assertion of rights in and the resulting claims to Labrador, by advising Nunavik Inuit that the Government of Canada wished to begin substantive negotiations, and by commencing negotiations pursuant to a Negotiation Framework Agreement with Makivik, recognized the assertion of rights by and the resulting claim of the Nunavik Inuit and engaged its responsibility to negotiate a treaty in good faith with Nunavik Inuit and to make every reasonable effort to conclude and sign a treaty with Nunavik Inuit.

Declare that the Crown in right of Canada recognized a Nunavik Inuit Aboriginal interest in the lands at issue by accepting for negotiation the Nunavik Inuit assertion of

[3] La demanderesse a formulé les questions comme suit:

[TRADUCTION]

- i) Étant donné qu'elles se sont engagées dans un processus de négociation dans le contexte constitutionnel et politique qui existe à l'heure actuelle au Canada, les parties ont-elles des obligations légalement exécutoires envers leurs partenaires dans le cadre du processus de négociation et sont-elles assujetties à des restrictions ayant force obligatoire en vertu de la loi à l'égard de leur conduite en ce qui concerne les questions et intérêts qui font l'objet des négociations relatives aux traités?
- ii) S'il est répondu à la question formulée en i) par l'affirmative, la Couronne du chef du Canada a-t-elle violé les obligations légalement exécutoires qu'elle avait envers Makivik et les Inuit du Nunavik, dans le cadre du processus de négociation:
  - a) en s'acharnant à créer le parc national des monts Torngat, dans le nord du Labrador, malgré le processus de négociation dans lequel elle s'est engagée avec les Inuit du Nunavik,
  - b) en faisant systématiquement en sorte que les Inuit du Nunavik soient exclus du processus fondamental menant à la création du parc, et
  - c) en refusant en même temps de discuter de la création du parc dans le contexte des négociations relatives au traité avec les Inuit du Nunavik?

[4] La demanderesse sollicite la réparation suivante:

[TRADUCTION] Un jugement déclaratoire portant que la Couronne du chef du Canada est tenue de négocier de bonne foi les traités avec les peuples autochtones et que le ministre du Patrimoine canadien, en sa qualité de ministre de la Couronne, est lié par cette obligation.

Un jugement déclaratoire portant qu'en acceptant de négocier les droits que les Inuit du Nunavik déclarent avoir sur le Labrador et les revendications en résultant, en informant les Inuit du Nunavik que le gouvernement du Canada voulait entreprendre des négociations au fond et en entamant des négociations conformément à une entente-cadre avec Makivik, la Couronne du chef du Canada a reconnu les droits que les Inuit du Nunavik déclarent avoir et la revendication en résultant et a engagé sa responsabilité en vue de négocier un traité de bonne foi avec les Inuit du Nunavik et de faire des efforts raisonnables pour conclure et signer un traité avec les Inuit du Nunavik.

Un jugement déclaratoire portant que la Couronne du chef du Canada a reconnu l'existence du droit ancestral des Inuit du Nunavik sur les terres en question en acceptant de

rights in and the resulting claims to Labrador, by advising Nunavik Inuit that the Government of Canada wished to begin substantive negotiations, and by commencing negotiations pursuant to a Negotiation Framework Agreement with Makivik.

Declare that the Respondent Minister of Canadian Heritage is in breach of the Crown's fiduciary duty to the Applicants by refusing to confirm to them that in territory covered by their treaty process with the government of Canada a national park will only be created pursuant to their treaty process.

Declare that section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* impose on the Crown an obligation to treat with Nunavik Inuit before creating a park on the territory concerning which the parties are involved in a treaty process with respect to Nunavik Inuit's Aboriginal rights.

Declare that the creation of a national park in the Torngat Mountains without the consent of the Nunavik Inuit would be a violation of their treaty process and therefore offends the rule against bad faith and is *ultra vires*.

Declare that for the Respondents to allow the designation for any purpose related to the establishment of a national park of lands under negotiation as part of the Applicants' treaty process is contrary to the Crown's duty to negotiate in good faith, endangers the integrity of the process and would substantially nullify its objective.

Declare that the Crown in Right of Canada cannot proceed with the creation of the proposed Torngat National Park until it has concluded a treaty with Nunavik Inuit in respect of their assertion of rights and resulting claim in Labrador which Canada has accepted for negotiation, or other arrangements satisfactory to them have been made.

## II. Background

[5] The events giving rise to this proceeding can be summarized as follows:

### a) Treaty Negotiations

[6] Nunavik Inuit through Makivik Corporation are currently engaged in treaty negotiations with the

négoier les droits que les Inuit du Nunavik déclarent avoir sur le Labrador et les revendications en résultant, en informant les Inuit du Nunavik que le gouvernement du Canada voulait entreprendre des négociations au fond, et en entreprenant des négociations conformément à une entente-cadre conclue avec Makivik.

Un jugement déclaratoire portant que le ministre du Patrimoine canadien viole l'obligation de fiduciaire que la Couronne a envers les demandeurs en refusant de confirmer que, sur le territoire visé par le processus de négociation entrepris avec le gouvernement du Canada un parc national ne sera créé que conformément au processus de négociation qui leur est applicable.

Un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* imposent à la Couronne l'obligation de traiter avec les Inuit du Nunavik avant de créer un parc sur le territoire à l'égard duquel les parties se sont engagées dans un processus de négociation relativement aux droits ancestraux des Inuit du Nunavik.

Un jugement déclaratoire portant que la création d'un parc national dans la région des monts Torngat sans le consentement des Inuit du Nunavik constituerait une violation du processus de négociation et viole donc la règle voulant qu'il n'y ait pas mauvaise foi et que la création dudit parc est inconstitutionnelle.

Un jugement déclaratoire portant que le fait pour les défendeurs de permettre la désignation, à toute fin liée à la création d'un parc national, des terres visées par les négociations dans le cadre du processus de négociation dans lequel les demandeurs se sont engagés est contraire à l'obligation qui incombe à la Couronne de négocier de bonne foi, met en danger l'intégrité du processus et porterait fortement atteinte à son objectif.

Un jugement déclaratoire portant que la Couronne du chef du Canada ne peut pas procéder à la création du parc national des monts Torngat projeté tant qu'elle n'aura pas signé un traité avec les Inuit du Nunavik à l'égard des droits que ceux-ci déclarent avoir sur le Labrador et de la revendication en résultant, que le Canada a accepté de négocier, ou tant que d'autres dispositions qui conviennent aux Inuit de Nunavik n'auront pas été prises.

## II. Les faits

[5] Les événements qui ont donné lieu à la présente procédure peuvent être résumés comme suit:

### a) Négociations relatives au traité

[6] Les Inuit du Nunavik, par l'entremise de Makivik, participent à l'heure actuelle à des négocia-

Crown in right of Canada.

[7] In 1987, Nunavik Inuit through Makivik Corporation submitted their comprehensive claim pursuant to the federal government's *Comprehensive Land Claims Policy* of 1987.

[8] The Crown in right of Canada in the *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*, March 1993, has identified the purpose of treaty negotiations as follows [at page 7]:

Comprehensive claims settlements are negotiated to clarify the rights of Aboriginal groups to lands and resources, in a manner that will facilitate their economic growth and contribute to the development of Aboriginal self-government. Settlements are intended to ensure that the interests of Aboriginal groups in resource management and environmental protection are recognized, and that claimants share in the benefits of development.

[9] The decision by the federal government to accept a comprehensive claim for negotiation is not taken lightly but in fact only after the Aboriginal claimant has met the tests for establishing Aboriginal rights or title as directed by the courts. This is expressly acknowledged in the *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*, March 1993.

[10] For the federal government to accept a comprehensive claims submission under the *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*, March 1993, an Aboriginal group must demonstrate all of the following [at pages 5-6]:

1. The Aboriginal group is, and was, an organized society.
2. The organized society has occupied the specific territory over which it asserts Aboriginal title since time immemorial. The traditional use and occupancy of the territory must have been sufficient to be an established fact at the time of assertion of sovereignty by European nations.

tions relatives à un traité avec la Couronne du chef du Canada.

[7] En 1987, les Inuit du Nunavik, par l'entremise de Makivik, ont soumis leur revendication globale conformément à *La Politique des revendications territoriales globales* de 1987 du gouvernement fédéral.

[8] Dans la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* du mois de mars 1993, la Couronne du chef du Canada a déterminé le but des négociations relatives au traité comme suit [aux pages 7 et 8]:

Les règlements des revendications territoriales sont négociés afin d'apporter des éclaircissements sur les droits des groupes autochtones aux terres et aux ressources d'une façon qui favorisera leur croissance économique et contribuera à la création de l'autonomie gouvernementale autochtone. Les règlements visent à assurer que les droits des groupes autochtones à la gestion des ressources et à la protection environnementale sont reconnus et que les requérants bénéficient des avantages de la mise en valeur.

[9] La décision du gouvernement fédéral d'accepter une revendication globale aux fins de la négociation n'est pas prise à la légère, mais uniquement après que le demandeur autochtone a satisfait aux critères permettant d'établir les droits ancestraux ou le titre aborigène conformément aux exigences des tribunaux. Cela est expressément reconnu dans la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* du mois de mars 1993.

[10] Pour que le gouvernement fédéral accepte une demande de revendication globale en vertu de la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* du mois de mars 1993, un groupe autochtone doit démontrer ce qui suit [aux pages 5 et 6]:

1. Le groupe autochtone est, et a été, une société organisée.
2. La société organisée a occupé le territoire particulier auquel elle prétend avoir un droit ancestral depuis des temps immémoriaux. L'utilisation et l'occupation traditionnelles du territoire doivent avoir été suffisantes pour qu'elles soient un fait établi au moment où les nations européennes ont prétendu à la souveraineté.

3. The occupation of the territory by the Aboriginal group was largely to the exclusion of other organized societies.
4. The Aboriginal group can demonstrate some continuing current use and occupancy of the land for traditional purposes.
5. The group's Aboriginal title and rights to resource use have not been dealt with by treaty.
6. Aboriginal title has not been eliminated by other lawful means.

[11] The federal government's *Comprehensive Land Claims Policy* of 1987 includes procedures involving the following steps:

1. Statement of Claim;
2. Acceptance of claims;
3. Preliminary negotiations;
4. Framework agreements;
5. Agreements-in-principle;
6. Final agreements.

[12] The *Comprehensive Land Claims Policy* of 1987 states with respect to the "framework agreements" [at page 24]:

Negotiations towards the development of a framework agreement will be initiated when the Minister of Indian Affairs and Northern Development judges the likelihood of successful negotiations to be high, . . .

Framework agreements will be negotiated and will determine the scope, process, topics, and parameters for negotiation. Approaches to obtaining certainty with respect to lands and resources, and the order and timeframe of negotiations will also be provided for in the framework agreements.

Framework agreements, and substantial changes to them, will be considered and approved by the federal government.

[13] In the case of Nunavik Inuit, preliminary negotiations were initiated and concluded in the signing of a framework agreement.

[14] The steps taken in this process can be summarized as follows:

(1) Formal notice of the rights of Nunavik Inuit in Labrador and the offshore as recognized and affirmed

3. L'occupation du territoire par le groupe autochtone exclut en grande partie d'autres sociétés organisées.
4. Le groupe autochtone peut démontrer qu'il a toujours continué d'utiliser et d'occuper de façon ininterrompue les terres à des fins traditionnelles.
5. Les titres ancestraux du groupe et les droits à l'utilisation des ressources n'ont pas fait l'objet d'un traité.
6. Les titres ancestraux n'ont pas été abolis par d'autres moyens juridiques.

[11] La procédure prévue par *La Politique des revendications territoriales globales* de 1987 du gouvernement fédéral comporte les étapes suivantes:

1. Énoncé de la revendication
2. Acceptation de la revendication
3. Négociations préliminaires
4. Entente-cadre
5. Entente de principe
6. Entente finale

[12] *La Politique des revendications territoriales globales* de 1987 dit ceci, en ce qui concerne les «ententes-cadres» [à la page 24]:

On entreprendra des négociations en vue de l'élaboration d'une entente-cadre lorsque le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien jugera que les chances de succès des négociations sont fortes, [. . .]

On négociera une entente-cadre qui servira à déterminer le processus et la portée des négociations, les sujets à traiter et les paramètres à respecter. Les moyens à employer pour obtenir la certitude concernant les terres et les ressources en question, ainsi que le calendrier des négociations, seront aussi prévus dans l'entente-cadre.

L'entente-cadre, de même que toute modification importante qu'on entend y apporter, seront présentées au gouvernement fédéral pour étude et approbation.

[13] En ce qui concerne les Inuit du Nunavik, des négociations préliminaires ont été engagées et ont abouti à la signature d'une entente-cadre.

[14] Les mesures prises dans le cadre de ce processus peuvent être résumées comme suit:

1) Un avis formel des droits que possèdent les Inuit du Nunavik sur le Labrador et la zone marine tels

in section 35 of the *Constitution Act, 1982* was given to the Government of Canada on April 1, 1985.

(2) On June 18, 1987, Makivik tabled on behalf of Inuit of Nunavik before the Office of Comprehensive Claims, Department of Indian Affairs and Northern Development, an initial statement of claim with respect to Northern Quebec Inuit land use and occupancy in Labrador and the offshore area surrounding Labrador.

(3) By letter dated November 7, 1990, the Honourable Tom Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development, informed Senator Charlie Watt, President of Makivik Corporation that the Department had completed its review of Inuit of Nunavik's statement of claim and supporting documentation and that the Department in conjunction with the Department of Justice had concluded that the documentation submitted "did not meet the criteria of the department for acceptance of a comprehensive claim for negotiation".

(4) The Office of Comprehensive Claims notified Makivik that further additional data was required and identified six (6) additional areas of information that would be required before the Makivik statement of claim to Aboriginal rights in Labrador would be considered for acceptance for negotiations under the claims policy. The six (6) topics that needed to be addressed were:

- the archeology and pre-historic occupancy of the region identified in the comprehensive claim;
- the utilization of Labrador by the Inuit of Nunavik during historical time as defined by the Office of Comprehensive Claims to be from first European contact to the year 1930;
- the family histories or genealogical linkages that establish relationships between present day Inuit of Nunavik and the lands and offshore waters of Labrador;

qu'ils ont été reconnus et confirmés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été donné au gouvernement du Canada le 1<sup>er</sup> avril 1985.

2) Le 18 juin 1987, Makivik a déposé pour le compte des Inuit du Nunavik devant le Bureau des revendications globales, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, un énoncé initial à l'égard de l'utilisation et de l'occupation des terres des Inuit dans le nord québécois, au Labrador, ainsi que de la zone située au large des côtes du Labrador.

3) Par une lettre datée du 7 novembre 1990, l'honorable Tom Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, a informé le sénateur Charlie Watt, président de Makivik, que le Ministère avait terminé son examen de l'énoncé des Inuit du Nunavik et des documents présentés à l'appui et qu'il avait conclu avec le ministère de la Justice que les documents soumis [TRADUCTION] «ne satisfaisaient pas aux critères du ministère en ce qui concerne l'acceptation d'une revendication globale aux fins de la négociation».

4) Le Bureau des revendications globales a avisé Makivik que des renseignements additionnels devraient être fournis et a indiqué six (6) catégories additionnelles de renseignements qui devraient être fournis avant que l'énoncé de Makivik concernant les droits ancestraux existant au Labrador soit examiné aux fins de l'acceptation en vertu de la politique relative aux revendications. Les six (6) catégories de renseignements en question sont ci-après énoncées:

- une preuve archéologique et une preuve concernant l'occupation préhistorique de la région désignée dans la revendication globale;
- l'utilisation du Labrador par les Inuit du Nunavik pendant les temps historiques, tels qu'ils ont été définis par le Bureau des revendications globales, à savoir la période allant des premiers contacts avec les Européens jusqu'à l'année 1930;
- les antécédents familiaux et les liens généalogiques qui établissent les relations existant entre les Inuit du Nunavik contemporains d'une part et les terres et la zone située au large de la côte du Labrador d'autre part;

- the historical development of the Port Burwell/Killiniq area in relationship to original settlement and relocations;
  - the descriptions and analysis of the patterns of land use and occupancy in Labrador by the Inuit of Nunavik;
  - a map that clearly identifies the claim area.
- (5) Supplementary data integrated into the original statement of claim was provided to the Government on October 27, 1992, in the integrated statement of claim.
- (6) The 1992 integrated statement of claim submitted by Makivik includes detailed mapping of Nunavik Inuit land and resource use and occupancy in Labrador indicating extensive and intensive land and resource use and occupancy throughout the area of the proposed national park.
- (7) On June 23, 1993, the Minister of State for Indian Affairs and Northern Development confirmed that the claims of Nunavik Inuit to Aboriginal rights in certain parts of Labrador had been accepted for negotiation and advised that the Government of Canada wished to begin substantive negotiations.
- (8) On August 19, 1993, the Government of Canada and Makivik executed a negotiation framework agreement, the stated purpose of which was to “promote efficient, effective, timely and orderly negotiations towards an Agreement-in-Principle” (paragraph 1.1), set out the parameters of the negotiation process, the scope of the negotiations and the agenda, funding and timetable of the negotiations (paragraph 1.2) and which provided *inter alia* in its preamble that the parties were undertaking the negotiations in good faith.
- [15] The Government of Canada has recently reaffirmed that Makivik has “an accepted comprehensive claim in Northern Labrador” and that a treaty process is engaged between Canada and Nunavik Inuit, as appears more fully from the letters from Minister Ronald Irwin dated October 3, 1996, and October 26, 1996.<sup>1</sup>
- l’évolution historique de la région de Port Burwell-Killiniq par rapport à l’établissement initial et aux déplacements;
  - les descriptions et analyses des tendances relatives à l’utilisation et à l’occupation des terres, au Labrador, par les Inuit du Nunavik;
  - une carte indiquant clairement la région visée par la revendication.
- 5) Des renseignements supplémentaires intégrés à l’énoncé initial ont été fournis au gouvernement le 27 octobre 1992, dans l’énoncé intégré.
- 6) L’énoncé intégré de 1992 soumis par Makivik comprend des cartes détaillées des terres des Inuit du Nunavik et traite de l’utilisation des ressources et de l’occupation desdites terres au Labrador; il indique une utilisation et une occupation étendues et intensives dans toute la région du parc national projeté.
- 7) Le 23 juin 1993, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a confirmé que les revendications des Inuit du Nunavik concernant les droits ancestraux que ceux-ci possèdent sur certaines parties du Labrador avaient été acceptées aux fins de la négociation et a fait savoir que le gouvernement du Canada voulait entamer les négociations au fond.
- 8) Le 19 août 1993, le gouvernement du Canada et Makivik ont signé une entente-cadre, dont le but était de «favoriser des négociations efficaces, expéditives et ordonnées en vue de la conclusion d’une entente de principe» (paragraphe 1.1) et dans laquelle étaient indiqués les paramètres du processus de négociation, la portée des négociations, le programme, le financement et le calendrier des négociations (paragraphe 1.2); dans le préambule, il était entre autres déclaré que les parties entreprenaient les négociations de bonne foi.
- [15] Le gouvernement du Canada a récemment confirmé que la revendication globale de Makivik avait été acceptée à l’égard du nord du Labrador et que le Canada et les Inuit du Nunavik s’étaient engagés dans un processus de négociation comme le montrent plus pleinement les lettres du ministre Ronald Irwin du 3 octobre et du 26 octobre 1996<sup>1</sup>.

The Government of Canada wishes to confirm that Makivik has an accepted comprehensive claim in northern Labrador as outlined in the June 23, 1993 letter from the Honourable Pierre Vincent, then Minister of State of Indian Affairs and Northern Development, to Senator Charlie Watt, then President of Makivik Corporation. A copy of this letter is enclosed for ease of reference.

b) Torngat National Park Process

[16] The Torngat Mountains area of Labrador was first proposed by Parks Canada as a potential national park in the mid-1970s, but further consideration was delayed until Aboriginal land claims in the areas were addressed.

[17] Canada's proposed Torngat Mountain National Park is being planned within the area which is the subject of negotiations pursuant to the treaty process between the applicant and the Government of Canada.

[18] The Torngat Mountains include the lands within the northernmost part of the Ungava-Labrador Peninsula, they are divided by the border with Quebec and extend eastward to the Labrador Sea.

[19] The federal government policy respecting the establishment of national parks purports to operate within the framework of protection for Aboriginal interests as prescribed by the courts and the Constitution.

[20] The guiding principles in the *Parks Canada Guiding Principles and Operational Policies* dated 1994 and operational policy of Parks Canada when selecting and assessing new national parks are as follows [at pages 26-27]:

1.2.2

In selecting potential national parks, consideration will be given to a wide range of factors, including:

[TRADUCTION] Le gouvernement du Canada veut confirmer que la revendication globale de Makivik a été acceptée à l'égard du nord du Labrador comme il en est fait mention dans la lettre du 23 juin 1993 que l'honorable Pierre Vincent, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de l'époque, a envoyée au sénateur Charlie Watt, qui était alors président de Makivik. Une copie de cette lettre est jointe aux présentes pour votre gouverne.

b) Le processus relatif au parc national des monts Torngat

[16] La région des monts Torngat du Labrador a d'abord été proposée par Parcs Canada comme parc national éventuel au milieu des années 1970, mais l'examen plus approfondi de la question a été reporté tant que les revendications territoriales des autochtones dans les régions en cause n'auraient pas été examinées.

[17] Le parc national des monts Torngat projeté serait situé dans la région qui fait l'objet des négociations conformément au processus de négociation dans lequel la demanderesse et le gouvernement du Canada se sont engagés.

[18] Les monts Torngat comprennent les terres situées dans le nord de la Péninsule d'Ungava-Labrador; la frontière du Québec passe par cet endroit; les monts Torngat s'étendent également à l'est jusqu'à la mer du Labrador.

[19] La politique du gouvernement fédéral concernant la création de parcs nationaux vise à s'appliquer de façon à protéger les droits des autochtones tels que le prescrivent les tribunaux et la Constitution.

[20] Les principes directeurs énoncés dans le document intitulé: *Principes directeurs et politiques de gestion de Parcs Canada* de 1994 et la politique de gestion de Parcs Canada, lorsque de nouveaux parcs nationaux sont sélectionnés et évalués, sont ci-après énoncés [aux pages 26 et 27]:

1.2.2

La sélection de ces parcs tient compte d'une vaste gamme de facteurs:

...  
 xi) the implications of Aboriginal rights, comprehensive land claims and treaties with Aboriginal peoples;

[. . .]  
 xi) les implications des répercussions [*sic*] des droits des autochtones, des revendications territoriales globales et des traités; et

1.2.3

Potential national parks will be selected in consultation with provincial or territorial governments, other federal agencies, non-government organizations, affected Aboriginal peoples and the interested public.

1.2.3

[. . .]  
 La sélection des éventuels parcs nationaux se fait en collaboration avec les gouvernements provinciaux et territoriaux, les autres organismes publics, les peuples autochtones concernés et le public.

1.3.1

Parks Canada, in conjunction with provincial or territorial governments, will undertake an assessment of the feasibility of a new park proposal; where there are opportunities, this will be undertaken as part of other processes such as regional land use planning, provincial protected area strategies or Aboriginal comprehensive land claim negotiations.

1.3.1

[. . .]  
 En collaboration avec les gouvernements provinciaux ou territoriaux, Parcs Canada évalue les projets de création d'un nouveau parc. Il le fait dans le cadre d'autres processus comme la planification régionale de l'utilisation du territoire, les stratégies provinciales des aires protégées ou les négociations territoriales globales des autochtones.

[21] On November 23, 1992, a study to determine the feasibility of establishing a new national park in the Torngat Mountains was announced by the federal Minister of State for the Environment, the Newfoundland and Labrador Minister of Tourism and Culture and the President of the Labrador Inuit Association.

[21] Le 23 novembre 1992, le ministre de l'Environnement fédéral, le ministre du Tourisme et de la Culture de Terre-Neuve et du Labrador et le président de l'Association des Inuit du Labrador ont annoncé qu'une étude serait effectuée en vue de déterminer s'il était possible de créer un nouveau parc national dans la région des monts Torngat.

[22] The first meeting of the Torngat Mountains National Park Feasibility Assessment Working Group was held on February 16, 1993.

[22] La première réunion du groupe de travail chargé d'évaluer le projet de création d'un parc national dans la région des monts Torngat a eu lieu le 16 février 1993.

[23] Throughout the period from 1995 through 1997, Makivik attempted through both formal and informal means to obtain assurances that the park would not be created without Nunavik Inuit consent.

[23] De 1995 à 1997, Makivik a tenté, par des moyens formels et informels, d'obtenir des garanties que le parc ne serait pas créé sans le consentement des Inuit du Nunavik.

[24] From late 1993 through early 1996, Makivik attempted to reach an overlap agreement with the Labrador Inuit Association which would have, *inter alia*, addressed the park planning process.

[24] De la fin de l'année 1993 jusqu'au début de l'année 1996, Makivik a tenté d'en arriver, avec l'Association des Inuit du Labrador, à une entente parallèle qui aurait entre autres traité du processus de planification du parc.

[25] On September 28, 1995, Makivik sent a letter, to all three members of the Torngat Mountains National Park Feasibility Assessment Steering Com-

[25] Le 28 septembre 1995, Makivik a envoyé une lettre aux trois membres du comité directeur chargé d'évaluer le projet de création d'un parc national dans

mittee advising that the Labrador Inuit did not constitute the sole Aboriginal group with recognized rights and interests in the area and requesting that Makivik be invited to participate, as a member, in both the Steering Committee and the Working Group.

[26] Parks Canada refused to allow Makivik Corporation to participate in the feasibility study at the Working Group or Steering Committee level following the Government of Newfoundland and Labrador's indication that it did not support Makivik's request.

[27] The area which the Torngat Mountains National Park Feasibility Assessment Working Group set out for study as well as the area within the boundaries proposed for the creation of the Torngat Mountains National Park form 80% of the territory which is the subject of the claim by Nunavik Inuit and accepted for negotiation by the Government of Canada.

[28] On November 5, 1997, Canada, the Government of Newfoundland and the Labrador Inuit Association announced that those three parties had ratified an agreement concerning settlement of the Labrador Inuit Association's comprehensive land claim. The agreement provides, *inter alia*, for the inclusion of the proposed Torngat Mountains National Park in a Labrador Inuit Settlement Area over which the Labrador Inuit Association and its members are to enjoy, amongst other rights and benefits, priority subsistence harvesting rights and the right to participate with governments in the management of wildlife, fish, plants and environmental assessment.

[29] In a News Release of November 5, 1997, from the Government of Newfoundland entitled "Details of LIA's land claim agreement released" and the attached backgrounders concerning land claims negotiations in Labrador it is stated:

Senior officials of the federal and provincial governments and the LIA have reached agreement on major outstanding issues that will serve to facilitate the completion of an Agreement-in-Principle. The agreed Negotiators' Text includes the following elements.

la région des monts Torngat pour les informer que les Inuit du Labrador n'étaient pas le seul groupe autochtone ayant des droits et des intérêts reconnus dans la région et pour demander que Makivik soit invitée à participer à titre de membre aux travaux du comité directeur et du groupe de travail.

[26] Parcs Canada a refusé de permettre à Makivik de participer aux travaux du groupe de travail et du comité directeur après que le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador eut fait savoir qu'il n'appuyait pas la demande que cette dernière avait présentée.

[27] La région que le groupe de travail devait étudier ainsi que la région située en-deçà des limites de l'éventuel parc national des monts Torngat forment 80 p. 100 du territoire visé par la revendication des Inuit du Nunavik que le gouvernement du Canada a acceptée aux fins de la négociation.

[28] Le 5 novembre 1997, le Canada, le gouvernement de Terre-Neuve et l'Association des Inuit du Labrador ont annoncé qu'ils avaient ratifié une entente concernant le règlement de la revendication territoriale globale de l'Association des Inuit du Labrador. L'entente prévoit entre autres l'inclusion de l'éventuel parc national des monts Torngat dans une région d'établissement des Inuit du Labrador où l'Association des Inuit du Labrador et ses membres doivent notamment jouir de droits prioritaires d'exploitation à des fins de subsistance et du droit de collaborer avec les gouvernements à la gestion de la faune et de la flore ainsi qu'à l'évaluation environnementale.

[29] Dans un communiqué de presse daté du 5 novembre 1997 du gouvernement de Terre-Neuve portant sur l'entente relative à la revendication territoriale de l'Association des Inuit du Labrador et dans les documents d'information concernant les négociations relatives aux revendications territoriales au Labrador qui y étaient joints figure la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Les hauts fonctionnaires des gouvernements fédéral et provincial et l'AIL en sont arrivés à une entente au sujet des principales questions qui se posent, cette entente étant destinée à faciliter la conclusion d'une entente de principe. Les négociateurs ont convenu de tenir compte des éléments suivants:

1) *Land Regime*

The Agreement sets out two categories of land affecting a total of 28,000 square miles in northern Labrador:

(a) Labrador Inuit Lands (LIL)—Labrador Inuit will receive surface title to 6,100 square miles of land where Inuit will enjoy a substantial package of rights and benefits including exclusive harvesting rights and control of new developments.

(b) Labrador Inuit Settlement Area (LISA)—This area comprises a total of 21,900 square miles and will include the proposed Torngat Mountains National Park of approximately 3,000 square miles. Within LISA, Labrador Inuit will enjoy, among other rights and benefits, priority subsistence harvesting rights and the right to participate with governments in the management of wildlife, fish, plants and environmental assessment.<sup>2</sup>

[30] According to Premier Brian Tobin of Newfoundland, the agreement will form the basis of an agreement in principle to be completed within months.<sup>3</sup>

[31] The applicant alleges that, in addition to Canada's refusal to include Nunavik Inuit in the park planning process, Canada has also refused to discuss the establishment of the Torngat Park at the Nunavik Inuit treaty negotiating table.

[32] The applicant alleges that both the province of Newfoundland and the Labrador Inuit Association have been able to use their position on the Feasibility Assessment Steering Committee and Working Group in order to ensure that the proposed boundaries of the park would not include certain lands deemed crucial to their interests. The applicant alleges more specifically that:

- 1) With respect to the mining industry, and as a result of the decision by the Government of Newfoundland and Labrador that the Ramah Group and lands immediately adjoining it to the east remain accessible to mineral exploration and extraction, these lands were excluded from the park boundaries proposed by the Working Group.
- 2) With respect to the Labrador Inuit Association, the lands between Saglek and Hebron Fjords were also excluded from the proposed boundaries of the park

1) *Régime territorial*

L'entente crée deux catégories de terres, d'une superficie totale de 28 000 milles carrés, dans le nord du Labrador:

a) Les terres des Inuit du Labrador (TIL)—Les Inuit du Labrador obtiendront un titre de surface sur une aire de 6 100 milles carrés où ils jouiront d'un ensemble important de droits et d'avantages, y compris des droits d'exploitation exclusifs et le contrôle des nouveaux projets.

b) Région d'établissement des Inuit du Labrador (REIL)—Cette région, d'une superficie totale de 21 900 milles carrés, comprendra le parc national des monts Torngat projeté, d'une superficie d'environ 3 000 milles carrés. Dans la REIL, les Inuit du Labrador jouiront notamment de droits prioritaires d'exploitation à des fins de subsistance et auront le droit de participer, avec les gouvernements, à la gestion de la faune et de la flore ainsi qu'à l'évaluation environnementale<sup>2</sup>.

[30] Selon le Premier ministre Brian Tobin, de Terre-Neuve, l'entente servira de fondement à une entente de principe qui doit être conclue d'ici quelques mois<sup>3</sup>.

[31] La demanderesse allègue qu'en plus du refus du Canada d'inclure les Inuit du Nunavik dans le processus de création du parc, le Canada a refusé de discuter de la création du parc des monts Torngat lorsqu'il s'est agi de négocier le traité avec les Inuit du Nunavik.

[32] La demanderesse allègue que la province de Terre-Neuve et l'Association des Inuit du Labrador ont toutes les deux pu invoquer leur position au sein du comité directeur et du groupe de travail de façon à s'assurer que certaines terres jugées cruciales à leurs intérêts ne feraient pas partie du parc projeté. La demanderesse allègue plus précisément ce qui suit:

## [TRADUCTION]

- 1) En ce qui concerne l'industrie minière, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador a décidé que les terres du groupe de Ramah et les terres adjacentes, à l'est, devaient continuer à être accessibles aux fins des travaux d'exploration et d'exploitation minières, de sorte que le groupe de travail les a exclues du parc projeté.
- 2) En ce qui concerne l'Association des Inuit du Labrador, les terres situées entre les fjords Saglek et Hebron ont également été exclues du parc parce que l'Association

because the Labrador Inuit Association was of the view that this entire area should remain available to future Labrador Inuit land use, unencumbered by a national park.

- 3) The fiords which form the coast of the Torngat Mountains were also excluded from the proposed final boundaries of the park because the Labrador Inuit Association wanted to retain the option of commercial fishing in the fiords.
- 4) The northernmost portion of the proposed park—comprising 806 square kilometres clearly within the territory for which the Government of Canada acknowledged Nunavik Inuit use and occupancy—was added to the proposed boundaries very late in the planning process, once southern lands had been withdrawn in order to protect Newfoundland's mineral interests and the LIA's commercial fishing aspirations.

### III. Position of the Applicant

[33] The applicant asserts that:

- 1) This proceeding does not affect the rights of the Province.
- 2) For the purpose of this proceeding the applicants have not asked for any determination of their Aboriginal rights to lands and waters in Labrador within the meaning of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.
- 3) This proceeding concerns the obligations of the Crown in right of Canada flowing from its agreement to negotiate a treaty with the applicants in settlement of a comprehensive land claim pursuant to the *Negotiation Framework Agreement* of August 19, 1993 as well as the *Federal Government Comprehensive [Land] Claims Policy* of 1987 and the *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*, March 1993.

[34] The applicant argues that the importance of good faith negotiations with all Aboriginal nations having a stake in the territory claimed was emphasized by the Supreme Court of Canada in its recent judgment in *Delgamuukw v. British Columbia*:<sup>4</sup>

Moreover, the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith. Ultimately, it is through negotiated settlements, with good faith and give and take on all sides, reinforced by the

des Inuit du Labrador estimait que toute cette région devait continuer à être disponible en vue d'une utilisation par les Inuit du Labrador, sans qu'un parc national s'y trouve.

- 3) Les fjords qui forment la côte près des monts Torngat sont également demeurés en dehors des limites finales projetées du parc parce que l'Association des Inuit du Labrador voulait continuer à avoir le choix de se livrer à la pêche commerciale dans ces fjords.
- 4) La partie la plus éloignée au nord du parc projeté, d'une superficie de 806 kilomètres carrés, qui fait clairement partie du territoire utilisé et occupé par les Inuit du Nunavik, comme l'a reconnu le gouvernement du Canada, a été ajoutée au parc projeté vers la fin du processus de planification, après que les terres situées au sud eurent été exclues afin de protéger les intérêts miniers de Terre-Neuve et les aspirations de l'AIL en ce qui concerne la pêche commerciale.

### III. Position de la demanderesse

[33] La demanderesse affirme ce qui suit:

- 1) La présente procédure n'influe pas sur les droits de la province.
- 2) Aux fins de la présente procédure, les demandeurs n'ont pas demandé de détermination au sujet des droits ancestraux qu'ils ont sur les terres et sur les eaux, au Labrador, au sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- 3) La présente procédure se rapporte aux obligations qui incombent à la Couronne du chef du Canada par suite de l'entente qu'elle a conclue en vue de négocier avec les demandeurs un traité visant à régler la revendication territoriale globale conformément à l'*Entente-cadre* du 19 août 1993 ainsi qu'à la *Politique des revendications [territoriales] globales du gouvernement fédéral* de 1987 et à la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* du mois de mars 1993.

[34] La demanderesse soutient que dans le jugement que la Cour suprême du Canada vient de rendre dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*<sup>4</sup>, il a été souligné qu'il était important que les négociations avec les nations autochtones qui ont des droits sur le territoire revendiqué soient menées de bonne foi:

En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés—toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis

judgments of this Court, that we will achieve what I stated in *Van der Peet*, *supra*, at para. 31, to be a basic purpose of s. 35(1)—“the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”. Let us face it, we are all here to stay.

[35] Moreover, there is a duty on respondents for good faith performance of their contractual obligations incurred under the Negotiation Framework Agreement of August 19, 1993.

[36] The applicant contends that acceptance or rejection by the province of rights within the meaning of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, as asserted by an Aboriginal people, is not determinative of the existence of the rights.

[37] It would be equally perverse to use the refusal of the intervener to acknowledge applicant’s rights in Newfoundland as a reason for denying the applicant the relief sought in these proceedings, a declaration of its right to engage in a treaty process unencumbered by prior designation of the territory in question, a treaty process aimed at achieving protection for the applicant’s rights and greater certainty for all.

[38] The applicant quotes from a federal policy paper:

It is often stated that the federal government is seeking to end, or extinguish, all Aboriginal rights through claims settlements. This is not the case. The government’s objective is to negotiate agreements that will provide certainty of rights to lands and resources in areas where Aboriginal rights have not yet been dealt with by treaty or other legal means. In doing so, the special rights of Aboriginal groups that are agreed upon are set out in constitutionally protected agreements or treaties.<sup>5</sup>

[39] For the purposes of these proceedings, the applicant invokes its claim to Aboriginal rights in and over Labrador and the offshore only to the extent that these were recognized by Canada for the purposes of negotiation.

qui s’imposent—processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j’ai déclaré être l’objet fondamental du par. 35(1), c’est-à-dire «concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté». Il faut se rendre à l’évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

[35] En outre, il incombe aux défendeurs de faire preuve de bonne foi lorsqu’ils s’acquittent des obligations contractuelles qui leur incombent en vertu de l’Entente-cadre du 19 août 1993.

[36] La demanderesse soutient que le fait qu’on a accepté le rejet par la province des droits visés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* tels qu’ils sont revendiqués par les peuples autochtones, n’est pas déterminant en ce qui concerne l’existence de ces droits.

[37] Il serait également abusif d’invoquer le fait que l’intervenante a refusé de reconnaître les droits que la demanderesse possède à Terre-Neuve pour refuser la réparation sollicitée, soit un jugement déclaratoire portant que la demanderesse a le droit de s’engager dans un processus de négociation sans que le territoire en question ait été désigné au préalable, ce processus visant à protéger les droits de la demanderesse et à assurer une plus grande certitude pour tous les intéressés.

[38] La demanderesse cite le passage suivant d’un document relatif à la politique fédérale:

On entend souvent dire que le gouvernement fédéral cherche à abolir ou à éteindre tous les droits ancestraux en concluant des ententes de règlement des revendications. Cela n’est pas le cas. L’objectif du gouvernement est de négocier des ententes qui établiront une certitude quant aux droits aux terres et aux ressources dans les régions où les droits ancestraux n’ont pas été réglés par traité ni par un autre moyen juridique. Ce faisant, les droits spéciaux des groupes autochtones sur lesquels on vient à s’entendre sont énoncés dans les ententes ou les traités reconnus dans la Constitution<sup>5</sup>.

[39] Aux fins qui nous occupent, la demanderesse invoque la revendication relative aux droits ancestraux qu’elle possède sur le Labrador et sur la zone marine uniquement dans la mesure où ces droits ont été reconnus par le Canada aux fins de la négociation.

[40] The federal government through its *Comprehensive Land Claims Policy*, the courts, including the Supreme Court of Canada, and the Royal Commission on Aboriginal Peoples, have all acknowledged that judicial determination is not the sole and unique way in which to have Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed; indeed it may not be the preferred manner of doing so.

[41] The Chief Justice in *Delgamuukw* has so directed. Similar direction was given by the British Columbia Court of Appeal in *MacMillan Bloedel*.

I think it fair to say that, in the end, the public anticipates that the claims will be resolved by negotiation and by settlement. This judicial proceeding is but a small part of the whole . . . between governments and the Indian nations.<sup>6</sup>

[42] Mr. Justice La Forest in *Delgamuukw* [at page 1135], referred with approval to the statements by the Royal Commission on Aboriginal Peoples [*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*] respecting the relative merits of negotiated recognition of Aboriginal rights and title over court-imposed solutions. In the passage referred to by Mr. Justice La Forest, the Royal Commission states [Vol. 2 “Restructuring the Relationship” at page 562]:

The courts can be only one part of a larger political process of negotiation and reconciliation. As noted in a recent report by a task force of the Canadian Bar Association, “While the courts may be useful to decide some native issues or to bring pressure on the parties to settle by some other means, it appears clear that judicial adjudication will not provide all of the answers to the issues surrounding native claims”.

. . .

Negotiations are clearly preferable to court-imposed solutions. Litigation is expensive and time-consuming. Negotiation permits parties to address each other’s real needs and make complex and mutually agreeable trade-offs. A negotiated agreement is more likely to achieve legitimacy than a court-ordered solution, if only because the parties participate more directly and constructively in its creation. Negotiation also mirrors the nation-to-nation relationship

[40] Le gouvernement fédéral, au moyen de *La Politique des revendications territoriales globales*, les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, et la Commission royale sur les peuples autochtones, ont tous reconnu que la détermination judiciaire n’est pas l’unique façon de reconnaître et de confirmer les droits ancestraux et les droits issus de traités; de fait, ce n’est peut-être même pas la meilleure façon de le faire.

[41] C’est ce que le juge en chef a dit dans l’arrêt *Delgamuukw*. Une remarque similaire a été faite par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *MacMillan Bloedel*.

[TRADUCTION] Je crois qu’il est juste de dire qu’en fin de compte le public s’attend à ce que les revendications fassent l’objet de négociations et d’un règlement. Cette procédure judiciaire ne constitue qu’une petite partie de l’ensemble d’un processus entre les gouvernements et les nations indiennes<sup>6</sup>.

[42] Dans l’arrêt *Delgamuukw* [à la page 1135], M. le juge La Forest a cité en les approuvant les remarques que la Commission royale sur les peuples autochtones [*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*] avait faites à l’égard du bien-fondé relatif de la reconnaissance négociée des droits ancestraux et du titre aborigène par rapport aux solutions imposées par les tribunaux. Dans le passage que M. le juge La Forest a cité, la Commission royale dit ceci [vol. 2 «Une relation à redéfinir» à la page 625]:

Ces conditions font que le droit n’est qu’une partie d’un plus vaste processus politique de négociation et de réconciliation. Comme l’a fait remarquer récemment un groupe de travail de l’Association du Barreau canadien, «[d]e toute évidence, l’action judiciaire ne permettra pas de résoudre toutes les difficultés relatives aux réclamations des autochtones, bien que les tribunaux soient utiles pour régler certaines questions en ce sens, ou pour inciter les parties à régler leurs différends par d’autres voies».

[. . .]

Les négociations sont nettement préférables aux solutions imposées par les tribunaux. L’examen des revendications par les tribunaux est coûteux et long, tandis que la négociation permet à chacune des parties de prendre en considération les besoins réels de l’autre et de procéder à des compromis complexes et mutuellement acceptables. Un accord négocié a plus de chances d’être jugé légitime qu’une solution judiciaire, ne serait-ce qu’en raison de la participation plus

that underpins the law of Aboriginal title and structures relations between Aboriginal nations and the Crown.

[43] The applicant cites *R. v. Sparrow*,<sup>7</sup> wherein Dickson C. J. stated:

It is clear, then, that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible and it is important to note that the provision applies to the Indians, the Inuit and the Métis. Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. We are, of course, aware that this would, in any event, flow from the *Guerin* case, *supra*, but for a proper understanding of the situation, it is essential to remember that the *Guerin* case was decided after the commencement of the *Constitution Act, 1982*. In addition to its effect on aboriginal rights, s. 35(1) clarified other issues regarding the enforcement of treaty rights (see Sanders, "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Beaudoin and Rathushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., especially at p. 730).

In our opinion, the significance of s. 35(1) extends beyond these fundamental effects. Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, says the following about s. 35(1), at p. 100:

. . . the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

[44] The applicant also cites *R. v. Van der Peet*,<sup>8</sup> where Lamer C.J. discussed the general principles applicable to legal disputes between Aboriginal peoples and the Crown.

Before turning to a purposive analysis of s. 35(1), however, it should be noted that such analysis must take place in light of the general principles which apply to the legal

directe et constructive des parties au processus. Par ailleurs, la négociation est le reflet du rapport de nation à nation qui sert de pierre angulaire au titre ancestral et de cadre aux relations entre les nations autochtones et la Couronne.

[43] La demanderesse cite l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>7</sup>, dans lequel le juge en chef Dickson a dit ceci:

Il est donc clair que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) et il est important de souligner que cette disposition s'applique aux Indiens, aux Inuit et aux Métis. Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guerin*, précité, mais pour bien comprendre la situation, il est essentiel de se rappeler que l'arrêt *Guerin* a été rendu après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, en plus de son effet sur les droits ancestraux, le par. 35(1) a clarifié d'autres points concernant l'application des droits issus de traités (voir Sanders, «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada,» dans Beaudoin et Rathushny (éd.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., particulièrement à la p. 730).

À notre avis, l'importance du par. 35(1) va au-delà de ces effets fondamentaux. Dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100, le professeur Lyon dit ceci au sujet du par. 35(1):

[TRADUCTION] [. . .] le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

[44] La demanderesse cite également l'arrêt *R. c. Van der Peet*<sup>8</sup>, dans lequel le juge en chef Lamer a parlé des principes généraux qui s'appliquent aux litiges entre les peuples autochtones et la Couronne.

Toutefois, avant d'analyser le par. 35(1) en fonction de son objet, il convient de signaler qu'une telle analyse doit être faite à la lumière des principes généraux applicables

relationship between the Crown and aboriginal peoples. In *Sparrow, supra*, this Court held at p. 1106 that s. 35(1) should be given a generous and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples:

When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. [Emphasis added.]

This interpretive principle, articulated first in the context of treaty rights—*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1066—arises from the nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples. The Crown has a fiduciary obligation to aboriginal peoples with the result that in dealings between the government and aboriginals the honour of the Crown is at stake. Because of this fiduciary relationship, and its implication of the honour of the Crown, treaties, s. 35(1), and other statutory and constitutional provisions protecting the interests of aboriginal peoples, must be given a generous and liberal interpretation: *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at p. 279. This general principle must inform the Court's analysis of the purposes underlying s. 35(1), and of that provision's definition and scope.

The fiduciary relationship of the Crown and aboriginal peoples also means that where there is any doubt or ambiguity with regards to what falls within the scope and definition of s. 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of aboriginal peoples. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464, Dickson J. held that paragraph 13 of the Memorandum of Agreement between Manitoba and Canada, a constitutional document, "should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph". This interpretive principle applies equally to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and should, again, inform the Court's purposive analysis of that provision.

[45] The applicant also relies on the most recent decision of the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw*. Lamer C.J. discussed the jurisdiction of the federal government:<sup>9</sup>

I conclude with two remarks. First, even if the point were not settled, I would have come to the same conclusion. The judges in the court below noted that separating federal jurisdiction over Indians from jurisdiction over their lands would have a most unfortunate result—the government vested with primary constitutional responsibility for securing the welfare of Canada's aboriginal peoples would find itself

aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour a statué, à la p. 1106, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse et libérale en faveur des autochtones:

Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. [Je souligne.]

Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités—*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1066—découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé, relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

[45] La demanderesse se fonde également sur la décision que la Cour suprême du Canada vient de rendre dans l'affaire *Delgamuukw*. Le juge en chef Lamer a parlé de la compétence du gouvernement fédéral<sup>9</sup>:

Je termine par deux remarques. Premièrement, même si ce point n'avait pas été tranché, je serais parvenu à la même conclusion. Les juges de la juridiction inférieure ont souligné que le fait de dissocier la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et sa compétence à l'égard des terres indiennes produirait un résultat très regrettable: en effet, comme le gouvernement fédéral est investi par la

unable to safeguard one of the most central of native interests—their interest in their lands. Second, although the submissions of the parties and my analysis have focussed on the question of jurisdiction over aboriginal title, in my opinion, the same reasoning applies to jurisdiction over any aboriginal right which relates to land. As I explained earlier, *Adams* clearly establishes that aboriginal rights may be tied to land but nevertheless fall short of title. Those relationships with the land, however, may be equally fundamental to aboriginal peoples and, for the same reason that jurisdiction over aboriginal title must vest with the federal government, so too must the power to legislate in relation to other aboriginal rights in relation to land.

...

The extent of federal jurisdiction over Indians has not been definitively addressed by this Court. We have not needed to do so because the *vires* of federal legislation with respect to Indians, under the division of powers, has never been at issue. The cases which have come before the Court under s. 91(24) have implicated the question of jurisdiction over Indians from the other direction—whether provincial laws which on their face apply to Indians intrude on federal jurisdiction and are inapplicable to Indians to the extent of that intrusion. As I explain below, the Court has held that s. 91(24) protects a “core” of Indianness from provincial intrusion, through the doctrine of interjurisdictional immunity.

It follows, at the very least, that this core falls within the scope of federal jurisdiction over Indians. That core, for reasons I will develop, encompasses aboriginal rights, including the rights that are recognized and affirmed by s. 35(1). Laws which purport to extinguish those rights therefore touch the core of Indianness which lies at the heart of s. 91(24), and are beyond the legislative competence of the provinces to enact. The core of Indianness encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1). Those rights include rights in relation to land; that part of the core derives from s. 91(24)’s reference to “Lands reserved for the Indians”. But those rights also encompass practices, customs and traditions which are not tied to land as well; that part of the core can be traced to federal jurisdiction over “Indians”. Provincial governments are prevented from legislating in relation to both types of aboriginal rights.

[46] Counsel for the applicant asserted that it is the role of the court to assist and further the negotiating

Constitution de la responsabilité principale de garantir le bien-être des peuples autochtones du Canada, il se verrait dans l’impossibilité de protéger l’un des droits les plus fondamentaux des autochtones—savoir leur droit à leurs terres. Deuxièmement, même si les observations des parties et mon analyse étaient axés sur la question de la compétence à l’égard du titre aborigène, je suis d’avis que le même raisonnement s’applique à la compétence à l’égard de tout droit ancestral se rapportant à des terres. Comme je l’ai expliqué précédemment, l’arrêt *Adams* a clairement établi que des droits ancestraux peuvent être rattachés à un territoire sans constituer un titre. Cependant, ces divers rapports avec un territoire peuvent être tout aussi fondamentaux pour les peuples autochtones et, pour la même raison il doit être investi de la compétence à l’égard du titre aborigène [*sic*], le gouvernement fédéral doit être investi du pouvoir de légiférer sur les autres droits ancestraux se rapportant au territoire.

[. . .]

Notre Cour ne s’est pas prononcée définitivement sur l’étendue de la compétence du gouvernement fédéral à l’égard des Indiens. Elle n’a pas eu besoin de le faire parce que la validité des dispositions fédérales concernant les Indiens, dans le contexte du partage des pouvoirs, n’a jamais été en cause. Les affaires qui ont été soumises à la Cour relativement au par. 91(24) ont plutôt soulevé la question de la compétence à l’égard des Indiens du point de vue opposé: c’est-à-dire en posant la question de savoir si des lois provinciales qui, à première vue, s’appliquent aux Indiens, empiètent sur la compétence du gouvernement fédéral, et si ces lois sont inapplicables aux Indiens dans la mesure de cet empiètement. Comme je l’explique plus loin, la Cour a statué que, par le principe de l’exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège l’«essentiel» de la quiddité indienne, ou indianité, contre les empiètements provinciaux.

Il s’ensuit, à tout le moins, que l’essentiel de l’indianité relève de la compétence du fédéral sur les Indiens. Pour des raisons que je vais exposer, l’essentiel de l’indianité englobe les droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). Les lois censées éteindre ces droits portent donc atteinte à l’essentiel de l’indianité qui est au cœur du par. 91(24), et elles outrepassent la compétence législative des provinces. L’essentiel de l’indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire; cette partie de l’essentiel de l’indianité découle de la référence aux «terres réservées aux Indiens» au par. 91(24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire; cette partie de l’essentiel de l’indianité découle de la compétence du fédéral à l’égard des «Indiens». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.

[46] L’avocat de la demanderesse a affirmé qu’il incombe à la Cour d’aider et d’encourager le proces-

process. Counsel relied on the case of *MacMillan Bloedel*<sup>10</sup> in which it is said:

The fact that there is an issue between the Indians and the province based upon aboriginal claims should not come as a surprise to anyone. Those claims have been advanced by the Indians for many years. They were advanced in *Calder*, and half the court thought that they had some substance. The Constitution Act, 1982 recognized and affirmed “the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada”. The federal government has agreed to negotiate some claims. Other claims are being advanced. Another action has been started by other Indian bands concerning lands in the northwestern part of the province. It is significant that no injunction has been sought in that action. I think it fair to say that, in the end, the public anticipates that the claims will be resolved by negotiation and by settlement. This judicial proceeding is but a small part of the whole of a process which will ultimately find its solution in a reasonable exchange between governments and the Indian nations. Viewed in that context, I do not think that the granting of an interlocutory injunction confined to Meares Island can be reasonably said to lead to confusion and uncertainty in the minds of the public.

[47] Counsel for the applicant also cited the following extract from the decision of the Federal Court of Appeal in *Montana Band of Indians v. Canada*:<sup>11</sup>

The Court is of the view also that the subject matter of dispute, inasmuch as it involves the constitutionality of legislation ancillary to the *Manitoba Act, 1870* is justiciable in the courts and that declaratory relief may be granted in the discretion of the court in aid of extra-judicial claims in an appropriate case.

The situation at bar is not dissimilar. As noted by the Associate Chief Justice, the appellants rely on a complex series of constitutional instruments in support of the declarations sought.

This is also a case where counsel for the appellants has stated clearly that if the declarations sought are obtained, they might well be used in support of “extra-judicial claims.” In such an eventuality, there might never be a second phase to the process as visualized by the Associate Chief Justice. Negotiated settlements of aboriginal claims are a distinct possibility in today’s reality.

sus de négociation. L’avocat s’est fondé sur l’arrêt *MacMillan Bloedel*<sup>10</sup>, dans lequel les remarques suivantes sont faites:

[TRADUCTION] Le fait qu’il existe un litige entre les Indiens et la province au sujet des revendications autochtones ne devrait surprendre personne. Les Indiens font ces revendications depuis de nombreuses années. Elles ont été avancées dans l’affaire *Calder*, et la moitié de la Cour croyait qu’elles étaient dans une certaine mesure fondées. La Loi constitutionnelle de 1982 a reconnu et confirmé «les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada». Le gouvernement fédéral a accepté de négocier certaines revendications. D’autres revendications viennent d’être faites. Une autre action a été intentée par d’autres bandes indiennes à l’égard de terres situées dans le nord-ouest de la province. Il est important de noter qu’aucune injonction n’a été sollicitée dans cette action-là. Je crois qu’il est juste de dire qu’en fin de compte le public s’attend à ce que les revendications fassent l’objet de négociations et d’un règlement. Cette procédure judiciaire ne constitue qu’une petite partie de l’ensemble d’un processus, qui trouvera finalement sa solution dans un échange raisonnable entre les gouvernements et les nations indiennes. Considéré dans ce contexte, je ne crois pas qu’il soit raisonnablement possible de dire que l’octroi d’une injonction interlocutoire ne visant que l’île Meares jettera de la confusion et de l’incertitude dans l’esprit du public.

[47] L’avocat de la demanderesse a également cité le passage suivant de la décision que la Cour d’appel fédérale a rendue dans l’affaire *Bande indienne de Montana c. Canada*<sup>11</sup>:

La Cour est également d’avis que l’objet du litige, dans la mesure où il comporte la constitutionnalité de la mesure législative accessoire à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, peut être réglé devant les tribunaux judiciaires et qu’un jugement déclaratoire peut être accordé à la discrétion de la Cour à l’appui de revendications extrajudiciaires dans un cas qui se prête à cela.

L’affaire en l’espèce n’est pas sans ressemblance avec celle-là. Comme l’a noté le juge en chef adjoint, les appellants s’appuient sur des séries d’instruments constitutionnels complexes pour justifier les jugements déclaratoires réclamés.

Il s’agit aussi d’une affaire où l’avocat des appelants a établi clairement que, si les jugements déclaratoires réclamés étaient obtenus, ils pourraient bien être utilisés à l’appui de «revendications extrajudiciaires». Dans un tel cas, il pourrait ne jamais y avoir une deuxième étape au processus, comme l’a décrit le juge en chef adjoint. Le règlement négocié des demandes autochtones constitue une autre possibilité dans le contexte contemporain.

[48] Counsel drew the Court's attention to the following passages taken from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*:<sup>12</sup>

The courts can be only one part of a larger political process of negotiation and reconciliation. As noted in a recent report by a task force of the Canadian Bar Association, "While the courts may be useful to decide some native issues or to bring pressure on the parties to settle by some other means, it appears clear that judicial adjudication will not provide all of the answers to the issues surrounding native claims". Similarly, Chief Edward John of the First Nations Summit of British Columbia stated at our hearings:

It has never been the role of the Courts to define the detailed terms of the accommodation between the Crown and the First Nations. We have gone to the Courts in our own defence. We view them as a source of guidance for government, as to the rights of Aboriginal peoples and the resulting duties of government.

Chief Edward John  
First Nations Summit of British Columbia  
Prince George, British Columbia, 1 June 1993

...

The availability of interim relief is closely related to the broader process of nation-to-nation negotiation. Interim relief against Crown and third-party activity on disputed territory is bound to serve as an incentive for the Crown to reach an agreement concerning lands and resources. Because negotiation is preferable to litigation as a means of resolving disputes between the Crown and Aboriginal nations, "courts should design their remedies to facilitate negotiations between First Nations, governments and other affected interests". Aboriginal peoples will secure substantive gains in negotiations only if courts order remedies that give Aboriginal parties more bargaining power than they have under Canadian law at present.

[49] Based on these authorities, counsel for the applicant invites the Court to conclude that:

The Federal Government through its *Comprehensive [Land] Claims Policies [Policy]*, the courts, including the Supreme Court of Canada, and the Royal Commission on Aboriginal Peoples, have all acknowledged that judicial determination is not the sole and unique way in which to have Aboriginal

[48] L'avocat a attiré l'attention de la Cour sur les passages suivants du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* <sup>12</sup>:

Ces conditions font que le droit n'est qu'une partie d'un plus vaste processus politique de négociation et de réconciliation. Comme l'a fait remarquer récemment un groupe de travail de l'Association du Barreau canadien, «[d]e toute évidence, l'action judiciaire ne permettra pas de résoudre toutes les difficultés relatives aux réclamations des autochtones, bien que les tribunaux soient utiles pour régler certaines questions en ce sens, ou pour inciter les parties à régler leurs différends par d'autres voies». À nos audiences, le Sommet des Premières nations de Colombie-Britannique par la voix du chef Edward John, abondait dans le même sens:

[TRADUCTION] Les tribunaux n'ont jamais eu pour rôle de définir les conditions détaillées des ententes entre la Couronne et les Premières nations. Nous nous sommes adressés aux tribunaux pour défendre nos intérêts. Nous estimons que les tribunaux sont des sortes de guides pour le gouvernement en ce qui concerne les droits des peuples autochtones et les obligations qui en découlent.

Le chef Edward John  
Sommet des Premières nations de Colombie-Britannique  
Prince George (Colombie-Britannique)  
1<sup>er</sup> juin 1993

[. . .]

Le recours aux mesures de redressement provisoire est étroitement lié au processus plus vaste de la négociation de nation à nation. Les mesures de redressement provisoire contre les activités de la Couronne et de tiers sur un territoire en litige ne peuvent manquer d'inciter la Couronne à chercher une entente sur les terres et les ressources. Étant donné que la négociation est préférable à la contestation devant les tribunaux pour résoudre les litiges opposant la Couronne et les nations autochtones, [TRADUCTION] «les tribunaux devraient formuler leurs mesures de redressement de manière à faciliter les négociations entre les Premières nations, les gouvernements et les autres parties concernées». Quant aux peuples autochtones, ils ne tireront des gains importants des négociations que si les tribunaux ordonnent des mesures accordant aux parties autochtones un pouvoir de négociation beaucoup plus grand que celui que leur confère actuellement le droit canadien.

[49] Compte tenu de ces ouvrages et arrêts, l'avocat de la demanderesse invite la Cour à tirer la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Le gouvernement fédéral, au moyen de *La Politique des revendications territoriales globales*, les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, et la Commission royale sur les peuples autochtones, ont tous reconnu que la détermination judiciaire n'est pas l'unique

and treaty rights recognized and affirmed; indeed it may not be the preferred manner of doing so.

While the courts have directed that complex substantive issues are often better resolved through negotiations than through litigation, they have also made clear that there is a useful role for the courts in assisting the negotiation process.

The Royal Commission on Aboriginal Peoples has urged courts to “design their remedies to facilitate negotiations”.

[50] The Royal Commission on Aboriginal Peoples asserts that government and Aboriginal action in the form of nation-to-nation negotiations “is central to the constitutional recognition and affirmation of Aboriginal rights” under subsection 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[51] The treaty process is primarily a process which is federal in nature and it is the Government of Canada which is, under the Constitution, ultimately responsible for the conduct of negotiations.

[52] Clearly, if there is any doubt as to whether the treaty process itself falls within the scope and definition of subsection 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of Nunavik Inuit.

[53] The applicant contends that it is now well-established law that there exists a fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples from which fiduciary duties flow. In support of this argument, reliance is placed on the *Sparrow* decision, at page 1108:

In *Guerin, supra*, the Musqueam Band surrendered reserve lands to the Crown for lease to a golf club. The terms obtained by the Crown were much less favourable than those approved by the Band at the surrender meeting. This Court found that the Crown owed a fiduciary obligation to the Indians with respect to the lands. The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground

façon de reconnaître et de confirmer les droits ancestraux et les droits issus de traités; de fait, ce n’est peut-être même pas la meilleure façon de le faire.

Les tribunaux ont dit que les questions fondamentales complexes peuvent souvent être mieux réglées au moyen de négociations plutôt qu’au moyen d’un litige, mais ils ont également clairement dit que les tribunaux ont un rôle utile lorsqu’il s’agit de faciliter le processus de négociation.

La Commission royale sur les peuples autochtones a demandé avec instance aux tribunaux de «formuler leurs mesures de redressement de manière à faciliter les négociations».

[50] La Commission royale sur les peuples autochtones affirme que la participation du gouvernement et celle des autochtones, dans le cadre de négociations de nation à nation, «est essentielle à la reconnaissance et à la confirmation constitutionnelles des droits ancestraux» en vertu de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[51] Le processus de négociation relève principalement du gouvernement fédéral et c’est le gouvernement du Canada qui est en fin de compte responsable, en vertu de la Constitution, de la conduite des négociations.

[52] De toute évidence, s’il existe un doute au sujet de la question de savoir si le processus de négociation lui-même est visé par le paragraphe 35(1), ce doute ou cette ambiguïté doivent être résolus en faveur des Inuit du Nunavik.

[53] La demanderesse soutient qu’il est maintenant bien établi qu’il existe un rapport de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, lequel donne lieu à des obligations de fiduciaire. À l’appui de cet argument, elle se fonde sur la décision *Sparrow*, à la page 1108:

Dans l’affaire *Guerin*, précitée, la bande indienne Musqueam avait cédé des terres réservées à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un club de golf. Les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande à l’assemblée de la cession. Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À

a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trustlike, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.

[54] It is well established that the categories of relationships that give rise to fiduciary obligations are not closed and the content of the fiduciary duty varies with the type of relationship to which it is applied. In the present proceeding, the applicant is asking this Court to confirm that the duty flows from the relationship established through the treaty process.

[55] The applicant contends that there are constraints on Crown behaviour towards Aboriginal peoples. This constraint is not only applicable to Crown action but also Crown inaction. As the Supreme Court stated in *Sparrow*:<sup>13</sup>

Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected.

[56] Moreover, the Government of Canada and Makivik have entered into the Framework Agreement in which they promised each other to undertake negotiations in good faith to conclude a comprehensive land claims agreement on a timely and expeditious basis. This Court is entitled to determine whether the respondents have fulfilled that obligation.

[57] Any contention by Canada or Newfoundland in this case that the Crown's promise to engage in a treaty process does not include enforceable duties towards Nunavik Inuit and their Aboriginal rights must be judged against the evolution of the law in regard to the fiduciary duties on the Crown.

notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

[54] Il est bien établi que les genres de rapports qui donnent lieu à des obligations de fiduciaire ne sont pas limités et que le contenu de l'obligation de fiduciaire dépend du genre de rapport en cause. En l'espèce, la demanderesse demande à cette Cour de confirmer que l'obligation découle du rapport établi au moyen du processus de négociation.

[55] La demanderesse soutient que des restrictions sont imposées à l'égard de la façon dont la Couronne agit envers les peuples autochtones. Ces restrictions s'appliquent non seulement aux actes commis par la Couronne, mais aussi à l'omission d'agir. Comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *Sparrow*<sup>13</sup>:

Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux.

[56] En outre, le gouvernement du Canada et Makivik ont conclu une entente-cadre dans laquelle ils s'engageaient mutuellement à entreprendre des négociations de bonne foi en vue de conclure une entente à l'égard des revendications territoriales globales, et ce, en temps opportun et d'une façon expéditive. Cette Cour a le droit de déterminer si les défendeurs ont satisfait à cette obligation.

[57] En l'espèce, toute prétention du Canada ou de Terre-Neuve selon laquelle la promesse que la Couronne a faite de s'engager dans un processus de négociation n'inclut pas les obligations exécutoires qu'elle a envers les Inuit du Nunavik; en ce qui concerne les obligations de fiduciaire qui incombent à

[58] Nunavik Inuit submits that any doubt or ambiguity surrounding the Crown's responsibilities in the treaty process must be resolved in such a way as to fulfil the fiduciary duty owed by the Crown to the applicant which duty includes an obligation to protect its interests and which is enforceable by the courts.

[59] By agreeing with the Government of Newfoundland to negotiate the creation of the proposed Torngat Mountains park in the absence of Nunavik Inuit, the respondent has preferred Newfoundland's wishes and its own goal of park creation to the successful completion of the treaty process in which it is engaged with the applicant contrary to the respondent's fiduciary duty owed to the applicant.

[60] It is entirely appropriate for this Court to intervene to constrain the Crown from acting in conflict with its fiduciary duty towards the applicant.

[61] The applicant concludes that, having accepted the applicant's offer to negotiate a treaty and having commenced treaty negotiations with the applicant, the Government of Canada has a duty to conduct its negotiations with the applicant in good faith in order to attempt to settle issues relating to their rights.

#### IV. Position of the Respondent

[62] In the affidavit evidence of Michael W. Porter, the Acting Director General, National Parks Directorate, dated May 26, 1997, the Government of Canada provided the following information concerning the park process:

Pending any transfer of administration and control of lands to the Crown in right of Canada for national park purposes, the Government of Newfoundland and Labrador has jurisdiction over all lands and resources within the area of the proposed national park. Accordingly, beginning with the provincial government's indication in October 1995 that it would not agree with Makivik's request that it be invited to

la Couronne, il faut tenir compte de l'évolution du droit en déterminant les droits ancestraux.

[58] Les Inuit du Nunavik soutiennent que tout doute ou toute ambiguïté au sujet des responsabilités qui incombent à la Couronne dans le cadre du processus de négociation doit être résolu de façon à satisfaire à l'obligation de fiduciaire que la Couronne a envers la demanderesse, cette obligation comprenant l'obligation de protéger les intérêts de cette dernière et étant exécutoire par voie judiciaire.

[59] En s'entendant avec le gouvernement de Terre-Neuve pour négocier la création du parc projeté dans la région des monts Torngat en l'absence des Inuit du Nunavik, le défendeur a accordé la préférence aux vœux exprimés par Terre-Neuve et à ses propres buts, soit la création d'un parc, au lieu de chercher à mener à bonne fin le processus de négociation dans lequel il s'est engagé avec la demanderesse, et ce, en violation de ses obligations de fiduciaire.

[60] Il est tout à fait approprié pour cette Cour d'intervenir de façon à empêcher la Couronne d'agir d'une façon contraire à son obligation de fiduciaire.

[61] La demanderesse conclut qu'étant donné que l'offre qu'elle a faite en vue de la négociation d'un traité a été acceptée et que des négociations ont été entamées à cette fin, le gouvernement du Canada est tenu de faire preuve de bonne foi dans ses négociations de façon à tenter de régler les questions liées aux droits revendiqués.

#### IV. Position du défendeur

[62] Dans l'affidavit du 26 mai 1997 de Michael W. Porter, directeur général intérimaire, Direction générale des Parcs nationaux, le gouvernement du Canada a fourni les renseignements suivants au sujet du processus de création du parc:

[TRADUCTION] En attendant tout transfert de l'administration et du contrôle des terres à la Couronne du chef du Canada aux fins d'un parc national, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador a compétence sur les terres et ressources dans la région du parc national projeté. Par conséquent, depuis que le gouvernement provincial a fait savoir, en octobre 1995, qu'il ne ferait pas droit à la

participate as a member of the park feasibility study Steering Committee or Working Group, I and my staff have endeavoured to identify an alternate approach that would provide Makivik and Nunavik Inuit with the opportunity to have a meaningful role in the park establishment process, while working within the constraints imposed by Newfoundland's position.

Thus, in my February 23, 1996 letter to Mr. Silverstone I also indicated that "... Parks Canada is prepared to meet in a parallel process with Makivik, and LIA if it wishes, to consider those matters that are within federal jurisdiction in so far as they pertain to concluding a park agreement for the Torngat Mountains area, without prejudice to aboriginal land claims", the whole as incorporated in Exhibit 6 already attached to this Affidavit.

Mr. Zebedee Nungak, President of Makivik Corporation wrote to the Honourable Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage on September 18, 1996. Among other matters, he indicated that Makivik and Nunavik Inuit had concluded that the proposed parallel consultation process proposed in my letter to Mr. Silverstone of February 23, 1996 was not acceptable to them. Mr. Nungak's letter of September 18, 1996 is attached to this Affidavit as Exhibit 10.

Parks Canada's offer to discuss the possibility of a parallel process in which to address Makivik's concerns and interests in the proposed national park has not been revoked. However, Makivik's refusal to consider the matter has prevented any substantive discussion of the form it might take. Parks Canada remains willing and interested in working with Makivik to identify a means by which Makivik can have a substantive role in the park establishment process.

Parks Canada accepted Makivik's invitation to meet with the residents of the two northern Quebec communities located most closely to northern Labrador, to provide information regarding the study. At those meetings, Parks Canada representatives emphasized their willingness to return to consult with the communities, whenever requested. When Makivik's request to participate formally in the study, within the existing Steering Committee/Working Group framework, proved unworkable due to the position of the Government of Newfoundland and Labrador, Parks Canada developed and proposed a parallel process to facilitate direct consultation with Makivik and Nunavik Inuit in the feasibility study. Makivik has refused to discuss further with Parks Canada its possible participation in such a parallel consultation process. The President of Makivik Corporation did not respond to the opportunity presented by Minister Copps' invitation to meet personally with him to discuss Makivik's concerns.

demande de Makivik, qui voulait être invitée à participer à titre de membre aux travaux du comité directeur et du groupe de travail, mon personnel et moi-même avons tenté de trouver une solution de rechange qui permettrait à Makivik et aux Inuit du Nunavik d'avoir un rôle véritable dans le processus de création du parc, tout en respectant les restrictions auxquelles donnait lieu la position de Terre-Neuve.

Par conséquent, dans la lettre que j'ai envoyée à M. Silverstone le 23 février 1996, j'ai également fait savoir que Parc Canada était prêt à rencontrer les représentants de Makivik dans le cadre d'un processus parallèle, ainsi que les représentants de l'AIL si elle le voulait, en vue d'examiner les questions relevant de la compétence fédérale, dans la mesure où elles touchent à la conclusion d'une entente relative au parc prévu dans la région des monts Torngat, sous réserve des revendications territoriales des autochtones, comme le montre la pièce 6 jointe au présent affidavit.

Le président de Makivik, M. Zebedee Nungak, a écrit à l'honorable Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien, le 18 septembre 1996. Il a notamment fait savoir que Makivik et les Inuit de Nunavik avaient conclu que le processus de consultation parallèle que j'avais proposé dans la lettre envoyée à M. Silverstone le 23 février 1996 ne leur convenait pas. La lettre du 18 septembre 1996 de M. Nungak est jointe au présent affidavit sous la cote 10.

L'offre que Parc Canada avait faite en vue de discuter de la possibilité d'un processus parallèle permettant l'examen des préoccupations de Makivik et des intérêts que Makivik avait dans le parc national projeté n'a pas été révoquée. Toutefois, le refus de Makivik de tenir compte de l'offre a empêché toute discussion réelle au sujet de la forme que le processus pourrait prendre. Parc Canada est encore prêt à collaborer avec Makivik en vue de trouver une façon pour cette dernière d'avoir un rôle véritable dans le processus de création du parc.

Parc Canada a accepté l'invitation de Makivik de rencontrer la population des deux collectivités du nord du Québec les plus proches du nord du Labrador, en vue de leur fournir des renseignements au sujet de l'étude. Au cours de ces réunions, les représentants de Parc Canada ont affirmé avec insistance qu'ils étaient prêts à retourner consulter les collectivités, sur demande. Lorsque la demande que Makivik a faite en vue de participer formellement aux travaux du comité directeur et du groupe de travail s'est avérée irréaliste à cause de la position du gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador, Parc Canada a élaboré et proposé un processus parallèle destiné à faciliter la consultation directe avec Makivik et les Inuit du Nunavik aux fins de l'étude de faisabilité. Makivik a refusé de discuter plus à fond avec Parc Canada de sa participation possible à pareil processus de consultation parallèle. Le président de Makivik n'a pas répondu à l'invitation que lui avait faite le ministre Copps de la rencontrer personnellement en vue de discuter des préoccupations de Makivik.

[63] In a further affidavit of Gregory Gauld, the Director General-Comprehensive Claims, dated December 2, 1997, it is further stated:

The Inuit of Labrador, represented by the Labrador Inuit Association (L.I.A.), in 1977 filed with the Government of Canada a comprehensive claim in respect of lands in northern Labrador in the Province of Newfoundland.

The claim referred to above in paragraph 2 has been accepted for negotiation by both the Government of Canada and the Government of Newfoundland and Labrador.

To my information and belief, extensive negotiations with a view to concluding a comprehensive claim agreement concerning the claim referred to above in paragraph 2 have taken place among the LIA, the Government of Canada and the Government of Newfoundland and Labrador and are still taking place.

To my information and belief, the negotiations referred to above in paragraph 4 have, amongst other things, dealt with general principles concerning the proposed establishment of a national park in the northern portion of the area claimed by the Inuit of Labrador.

The Nunavik Inuit, represented by Makivik Corporation, filed with the Government of Canada a comprehensive claim in respect of the offshore area surrounding northern Quebec and northern Labrador and in respect of lands in northern Labrador in the Province of Newfoundland.

The claim referred to above in paragraph 6 has been accepted for negotiation by the Government of Canada but the Government of Newfoundland and Labrador has rejected for negotiation the claim of Nunavik Inuit to areas within the Province of Newfoundland.

To my information and belief, extensive negotiations with a view to concluding a comprehensive claim agreement in respect of that part of the claim referred to above in paragraph 6 concerning the offshore area surrounding northern Quebec have taken place between the Government of Canada and Makivik Corporation and are still taking place. To my information and belief the Government of the Northwest Territories is also represented in those negotiations.

The proposed park referred to above in paragraph 5 would be located on land claimed by both the Nunavik Inuit and the Inuit of Labrador.

The position of the Government of Canada is that a comprehensive claim agreement provide that nothing in the agreement shall be construed to affect, recognize or provide any rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982* for any

[63] Dans un autre affidavit de Gregory Gauld, directeur général, Revendications globales, du 2 décembre 1997, il est en outre déclaré ceci:

[TRADUCTION] En 1977, les Inuit du Labrador, représentés par l'Association des Inuit du Labrador (l'AIL), ont présenté au gouvernement du Canada une revendication globale à l'égard des terres situées dans le nord du Labrador, à Terre-Neuve.

La revendication susmentionnée au paragraphe 12 a été acceptée aux fins de la négociation par le gouvernement du Canada ainsi que par le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador.

À ma connaissance, des négociations prolongées destinées à permettre la conclusion d'une entente à l'égard de la revendication globale mentionnée ci-dessus au paragraphe 2 ont eu lieu entre l'AIL, le gouvernement du Canada et le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et sont encore en cours.

À ma connaissance, les négociations mentionnées ci-dessus au paragraphe 4 ont permis entre autres choses de traiter des principes généraux concernant la création projetée d'un parc national dans le nord de la région revendiquée par les Inuit du Labrador.

Les Inuit du Nunavik, représentés par Makivik, ont présenté au gouvernement du Canada une revendication globale à l'égard de la zone située au large des côtes du nord du Québec et du nord du Labrador et à l'égard des terres situées dans le nord du Labrador, à Terre-Neuve.

La revendication mentionnée ci-dessus au paragraphe 6 a été acceptée aux fins de la négociation par le gouvernement du Canada, mais le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador a rejeté la revendication en ce qui concerne les régions situées à Terre-Neuve.

À ma connaissance, des négociations prolongées destinées à permettre la conclusion d'une entente à l'égard de la partie de la revendication mentionnée ci-dessus au paragraphe 6 se rapportant à la zone située au large des côtes du nord du Québec ont eu lieu entre le gouvernement du Canada et Makivik et sont encore en cours. À ma connaissance, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest est également représenté dans ces négociations.

Le parc projeté mentionné ci-dessus au paragraphe 5 serait situé sur des terres revendiquées tant par les Inuit du Nunavik que par les Inuit du Labrador.

La position du gouvernement du Canada est que toute entente relative à la revendication globale devrait prévoir qu'aucune disposition de l'entente ne doit être interprétée de façon à porter atteinte aux droits prévus à l'article 35 de la

aboriginal peoples other than those who are party to the agreement.

[64] In a further affidavit by Douglas B. Yurick, the Chief, New Park Proposals (Southern Canada) for Parks Canada, dated May 26, 1997, the Government of Canada explained more fully the process for the establishment of a national park.

The establishment of a national park is a five-step process that is guided by the Cabinet-approved Parks Canada's Guiding Principles and Operational Policies, *the relevant extracts are attached as Exhibit 1 to this Affidavit*:

Step 1 is the identification of up to several representative natural areas that portray the diversity of a subject "natural region" (one of 39 across Canada) and that are in a natural state;

Step 2 is the selection of a preferred park candidate from among these representative natural areas, taking into account a number of natural heritage and other factors;

Step 3 toward park establishment is a detailed assessment of the feasibility of establishing it. Public consultation with the full range of stakeholders in the area of a proposed national park is an important part of such a feasibility study. In situations where Aboriginal comprehensive claims have been accepted for negotiation or where there are existing Aboriginal and treaty rights, it is Parks Canada's practice to seek the involvement of the claimants of such rights, and/or the negotiating claimant group(s), as participants in the park feasibility assessment. *In southern Canada, where lands and resources remain under provincial jurisdiction pending any agreement to transfer their administration and control to the Crown in right of Canada for the purpose of establishing a national park, as is the case in the Torngat Mountains, achieving this participation of all claimant Aboriginal groups can be hampered by provincial policy positions.*

If the Step 3 assessment demonstrates that a national park is feasible and that there is public support for this, *it is often followed by interim protection in the form of a withdrawal of the proposed park lands from availability for any new commercial resource uses. In the case of lands and resources under provincial jurisdiction, such a land withdrawal is enacted by the provincial government, using provincial legal instruments.*

Step 4 involves, in the case of lands under provincial jurisdiction, the negotiation of a federal-provincial agreement to establish the park. *Both governments seek the approval of their respective Cabinets prior to signing such*

*Loi constitutionnelle de 1982, ou à reconnaître ou prévoir pareils droits, en ce qui concerne les peuples autochtones autres que ceux qui sont parties à l'entente.*

[64] Dans un autre affidavit de Douglas B. Yurick, chef, Propositions relatives aux nouveaux parcs (sud du Canada), à Parcs Canada, daté du 26 mai 1997, le gouvernement du Canada a donné d'autres explications au sujet du processus de création d'un parc national.

[TRADUCTION] La création d'un parc national comporte un processus à cinq étapes auquel s'appliquent les Principes directeurs et politiques de gestion de Parcs Canada approuvés par le Cabinet, *dont les passages pertinents sont joints au présent affidavit sous la cote 1*:

La première étape consiste à repérer des aires naturelles représentatives qui montrent la diversité d'une «région naturelle» (soit l'une de 39 régions du Canada) et qui sont dans un état naturel;

La deuxième étape consiste à choisir un parc parmi les aires naturelles représentatives, compte tenu d'un certain nombre de facteurs concernant le patrimoine naturel et d'autres facteurs;

La troisième étape visant à la création d'un parc consiste à effectuer une étude de faisabilité approfondie. La consultation publique de tous les intéressés, dans la région où sera situé l'éventuel parc national, est une partie importante de l'étude de faisabilité. Lorsque des revendications globales ont été acceptées aux fins de la négociation ou lorsqu'il existe des droits ancestraux ou des droits issus de traités, Parcs Canada a l'habitude de demander aux personnes qui revendiquent pareils droits et aux groupes dont la revendication est négociée de participer à l'étude de faisabilité. *Dans le sud du Canada, où les terres et les ressources continuent à relever de la compétence provinciale en attendant la conclusion d'une entente relative au transfert de leur administration et de leur contrôle à la Couronne du chef du Canada en vue de la création d'un parc national, comme c'est le cas pour les monts Torngat, les politiques provinciales peuvent nuire à pareille participation.*

Si l'étude de faisabilité démontre qu'il est possible de créer un parc national et que le public y est favorable, *on empêche souvent provisoirement toute nouvelle utilisation commerciale des ressources sur les terres devant faire partie du parc projeté. Lorsque les terres et les ressources relèvent de la compétence provinciale, le gouvernement provincial, à l'aide d'instruments juridiques provinciaux, prend des mesures en ce sens.*

La quatrième étape comporte, si les terres visées relèvent de la compétence provinciale, la négociation d'une entente fédérale-provinciale en vue de la création du parc. *Les deux gouvernements doivent obtenir l'approbation de*

*an agreement. It is a standard feature of such agreements that they incorporate provision for the subsequent Order-in-Council transfer of the administration and control of park lands from the Crown in right of the province to the Crown in right of Canada for purposes of establishing and managing a national park. Only when that transfer has been completed are park lands under the administration and control of the federal government and available for addition, by act of Parliament, to the Schedule of the National Parks Act.*

Information provided in paragraphs 30 to 36 of this affidavit outlines the distinctions between national parks and reserves for national parks, the latter being an interim stage in situations where there are unresolved aboriginal claims at the time of completing a federal-provincial park agreement.

*Where a comprehensive claim settlement provides for an Impact and Benefit Agreement pursuant to the establishment of a national park, this agreement is negotiated prior to the final park establishment step, described below.*

Step 5, which may follow some years after a park agreement is signed, entails adding the lands of the national park to the Schedule of the National Parks Act. *Presently, this requires that the Parliament of Canada pass an amendment to the Act.*

In the Northern Labrador Mountains Natural Region, steps 1 and 2 toward park establishment were completed by the mid-1970s, with the Torngat Mountains area emerging as the preferred site for a national park. A Step 3 assessment of park feasibility began in the late 1970s but was suspended in 1979.

The Step 3 park feasibility assessment resumed formally on November 23, 1992, when the Minister of State (Environment) for Canada, the Minister of Tourism and Culture for Newfoundland and Labrador, and the President of the Labrador Inuit Association (hereinafter "LIA") announced jointly a study to consider the feasibility of establishing a national park in the Torngat Mountains of northern Labrador, the whole as indicated in a press release issued by the three of them on the same day, a copy of which is attached as **Exhibit 2** to this Affidavit.

[65] At this time, Step 3 has also been completed.

[66] This affidavit also explained the distinction between the establishment of a national park and of a

*leurs cabinets respectifs avant de signer pareille entente. Pareilles ententes renferment habituellement une disposition en vue du transfert subséquent par décret de l'administration et du contrôle des terres qui doivent faire partie du parc de la Couronne du chef de la province à la Couronne du chef du Canada aux fins de la création et de la gestion d'un parc national. Ce n'est qu'après le transfert que le gouvernement fédéral assume l'administration et le contrôle des terres en question, et que celles-ci peuvent être ajoutées, par une loi fédérale, à l'annexe de la Loi sur les parcs nationaux.*

Aux paragraphes 30 à 36 du présent affidavit sont énoncées les distinctions qui existent entre les parcs nationaux et les réserves de parc national, ces dernières étant provisoirement constituées dans les cas où il existe des revendications non réglées au moment de la conclusion de l'entente fédérale-provinciale relative au parc.

*Lorsque le règlement d'une revendication globale prévoit la conclusion d'une entente portant sur les effets et les avantages à la suite de la création d'un parc national, cette entente est négociée avant la dernière étape de création du parc, décrite ci-dessous.*

La cinquième étape, qui peut se dérouler plusieurs années après qu'une entente a été signée à l'égard d'un parc, comporte l'ajout des terres faisant partie du parc national à l'annexe de la Loi sur les parcs nationaux. *À l'heure actuelle, cette mesure exige une modification de la Loi par le législateur fédéral.*

Dans la région naturelle des montagnes du nord du Labrador, les première et deuxième étapes ont été complétées au milieu des années 1970, et la région des monts Torngat a été désignée comme emplacement en vue de la création d'un parc national. La troisième étape, au cours de laquelle l'étude de faisabilité est effectuée, a commencé à la fin des années 1970, mais les travaux ont été suspendus en 1979.

L'étude de faisabilité prévue à la troisième étape a repris officiellement le 23 novembre 1992, lorsque le ministre de l'Environnement du Canada, le ministre du Tourisme et de la Culture de Terre-Neuve et du Labrador et le président de l'Association des Inuit du Labrador (ci-après appelée l'AIL) ont annoncé conjointement qu'une étude serait effectuée en vue de déterminer s'il était possible de créer un parc national dans la région des monts Torngat du nord du Labrador, comme le montre un communiqué de presse qu'ils ont publié le même jour, dont une copie est jointe au présent affidavit sous la **cote 2**.

[65] À l'heure actuelle, la troisième étape est également terminée.

[66] L'auteur de l'affidavit expliquait également la distinction entre la création d'un parc national et la

reserve for a national park and their impact on Aboriginal land claims.

National Parks are public lands set aside by the Parliament of Canada, under the National Parks Act, that are dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to the Act and regulations thereunder, and that are to be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

Beginning at page 10 of the first public newsletter for the Torngat Mountains national park feasibility study, dated April 1994, Parks Canada has indicated that the feasibility study is being undertaken without prejudice to land claim negotiations, and that if an agreement to establish a national park were to be reached before final land claim settlement, lands would be set aside as a national park reserve, pending claim settlement legislation.

Where, prior to park establishment, proposed national park lands are within the jurisdiction of a province, a federal-provincial park establishment agreement is negotiated, providing for the transfer of administration and control of the park lands to the Crown in right of Canada for national park purposes. Accordingly, there is no federal jurisdictional interest in the lands and resources of such an area until a federal-provincial agreement for their transfer to the Crown in right of Canada has been signed. (A revisionary clause in such agreements stipulates the return of administration and control to the Crown in right of the province if Parliament should at any time determine that the lands are no longer required for national park purposes.)

Since 1974, in several situations where lands deemed appropriate for the establishment of a national park have been overlapped by (an) unsettled Aboriginal land claim(s), Parliament has set the lands aside as a reserve for a national park pending resolution of the land claim(s). Examples include Kluane National Park Reserve in Yukon, Nahanni, Auyuituq and Ellesmere Island national park reserves in the Northwest Territories, and Gwaii Haanas National Park Reserve in British Columbia.

Such "national park reserves" are managed under the National Parks Act, without prejudice to unresolved land claims. Traditional hunting, fishing and trapping activities of Aboriginal people continue. Standard land reversionary clauses are in place so that lands may be removed from park status if necessary to resolve land claims. Other interim measures may include aboriginal peoples' involvement in park reserve management.

création d'une réserve de parc national et leurs effets sur les revendications territoriales des autochtones.

[TRADUCTION] Les parcs nationaux sont des terres publiques mises de côté par le législateur fédéral en vertu de la Loi sur les parcs nationaux, ils sont créés à l'intention du peuple canadien afin que celui-ci puisse les utiliser pour son plaisir et l'enrichissement de ses connaissances dans le cadre de la Loi et de ses règlements; ils doivent être entretenus et utilisés de façon à rester intacts pour les générations futures.

À partir de la page 10 du premier bulletin d'information public concernant l'étude de faisabilité d'un parc national dans la région des monts Torngat, lequel était daté du mois d'avril 1994, Parcs Canada dit que l'étude de faisabilité avait été entreprise sous réserve des négociations relatives aux revendications territoriales et que, si une entente en vue de la création d'un parc national était conclue avant le règlement final de la revendication territoriale, les terres seraient mises de côté à titre de réserve de parc national en attendant qu'une loi soit édictée au sujet du règlement de la revendication.

Lorsque, avant la création d'un parc, les terres visées relèvent de la compétence d'une province, une entente fédérale-provinciale est négociée à l'égard de la création du parc, cette entente prévoyant le transfert de l'administration et du contrôle des terres à la Couronne du chef du Canada aux fins du parc national. Par conséquent, le gouvernement fédéral n'a pas compétence à l'égard des terres et ressources en question tant qu'une entente fédérale-provinciale n'a pas été signée à l'égard du transfert des terres à la Couronne du chef du Canada. (Selon une clause de réversion figurant dans pareille entente, l'administration et le contrôle des terres sont de nouveau transférés à la Couronne du chef de la province si le législateur fédéral détermine que les terres ne sont plus nécessaires aux fins d'un parc national.)

Depuis 1974, dans plusieurs cas où des terres jugées appropriées aux fins de la création d'un parc national faisaient également l'objet d'une revendication territoriale non réglée, le législateur fédéral a mis les terres de côté à titre de réserve de parc national en attendant que la revendication soit réglée. C'est entre autres le cas de la réserve Kluane au Yukon, des réserves Nahanni et Auyuituq ainsi que de la réserve de l'Île-d'Ellesmere, dans les Territoires du Nord-Ouest, et de la réserve située dans l'archipel Gwaii Haanas, en Colombie-Britannique.

Ces «réserves» sont gérées en vertu de la Loi sur les parcs nationaux, sous réserve des revendications territoriales non réglées. Les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage des peuples autochtones se poursuivent. Les clauses normales de réversion des terres sont en place de façon que les terres puissent être soustraites à la création du parc au besoin aux fins du règlement des revendications territoriales. D'autres mesures provisoires peuvent comprendre la participation des peuples autochtones à la gestion des réserves de parc.

Subsequently, legislation passed by Parliament to confirm a negotiated settlement of the land claim(s) will either incorporate, or provide for the future resolution of, matters such as benefits to aboriginal people from park establishment (generally in the areas of preferential hiring and contracting opportunities), their role in co-operatively managing the park, and the extent and management of wildlife harvesting rights. *Where such matters are resolved after the negotiated land claim settlement, they are generally incorporated in a negotiated impact and benefit agreement or some similar document, jointly signed.*

The sole extant situation in which lands set aside originally as a national park reserve have subsequently achieved full national park status is the central portion of Kluane National Park Reserve, pursuant to passage by Parliament of the Yukon First Nations Land Claims Settlement Act in 1994. (Confirmation of the final extent of the park reserve as a national park awaits the final resolution of adjoining land claims.) Final boundaries of the Ellesmere Island and Auyuittuq national park reserves were confirmed by the Nunavut Land Claims Agreement Act, 1993. Inuit impact and benefit agreements required by the latter settlement are presently under negotiation, with final confirmation of both national parks to be achieved by amendment of the National Parks Act within one year of completing the Inuit impact and benefit agreements.

#### V. Position of the Intervener, Province of Newfoundland

[67] The Province of Newfoundland was granted the status of intervenor and the scope of its intervention at the hearing was limited to the issues of fact raised by the parties in their respective individual records.

[68] The Province of Newfoundland takes no position with respect to the conduct of the land claim negotiations between the applicant and respondents. The Province articulated two issues raised in this proceeding which are of particular concern to it:

- (a) The assumption implicit in the Applicants' argument that they have existing aboriginal rights in the Province, when such rights have not been determined, and in fact have been rejected by the Province; and

Par la suite, des questions telles que les avantages dont bénéficieront les peuples autochtones en raison de la création du parc (soit en général les possibilités d'embauchage et de prestation de services prioritaires), le rôle des autochtones dans la gestion conjointe du parc ainsi que l'étendue des droits d'exploitation des ressources fauniques et la gestion y afférente, sont traitées, ou leur règlement futur est prévu, au moyen d'une loi fédérale dans laquelle le règlement négocié de la revendication territoriale est confirmé. *Lorsque ces questions sont réglées après le règlement négocié de la revendication territoriale, elles sont généralement incorporées dans une entente négociée portant sur les effets et avantages, ou dans un document similaire, signé par tous les intéressés.*

Il n'est arrivé qu'une fois que des terres initialement mises de côté à titre de réserve soient par la suite devenues un parc national: il s'agit de la partie centrale de la réserve Kluane, qui est régie par la Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon, édictée par le législateur fédéral en 1994. (L'étendue finale de la réserve ne pourra être confirmée qu'après le règlement final des revendications relatives aux terres adjacentes). Les limites finales des réserves du parc national de l'Île d'Ellesmere et du parc national Auyuittuq ont été confirmées par la Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut de 1993. Les ententes concernant les effets et avantages nécessaires par suite de ce dernier règlement sont en train d'être négociées, la création des deux parcs devant finalement être confirmée au moyen de la modification de la Loi sur les parcs nationaux dans l'année qui suivra la conclusion des ententes portant sur les effets et avantages.

#### V. Position de la province de Terre-Neuve

[67] La province de Terre-Neuve s'est vu conférer le statut d'intervenante; son intervention à l'audition se limitait aux questions de fait que les parties avaient soulevées dans leurs dossiers individuels respectifs.

[68] La province de Terre-Neuve ne prend pas de position à l'égard de la conduite des négociations relatives aux revendications territoriales entre la demanderesse et les défendeurs. Elle a soulevé deux questions particulièrement importantes dans la présente instance, à savoir:

#### [TRADUCTION]

- a) La présomption implicite, dans les plaidoiries des demandeurs, selon laquelle ces derniers ont des droits ancestraux dans la province, alors que l'existence de ces droits n'a pas été déterminée et qu'elle a en fait été rejetée par la province;

(b) The jurisdiction of this Court to grant relief impacting either directly, or indirectly, on the Province's constitutional authority over its lands and resources.

[69] The Province acknowledges that the applicant claims Aboriginal rights to lands and resources in Labrador. However, the question of whether or not the applicant actually has existing aboriginal rights in Labrador, within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, has not been judicially determined.

[70] The Province argues that a "claim" of Aboriginal rights is not itself an "aboriginal right" within the meaning of subsection 35(1). Rather, subsection 35(1) provides constitutional protection for "existing aboriginal and treaty rights".

[71] Where Aboriginal claimant groups and governments successfully conclude a modern land claims agreement, that agreement, once duly ratified, is a "treaty" within the meaning of section 35. Subsection 35(3) is clear in its recognition that governments and Aboriginal peoples may enter negotiations to reach a land claims agreement. What is protected under section 35 is the concluded land claims agreement, that is, the treaty, not the process.

[72] It follows that the Government of Canada's decision to accept the applicant's land claim submission for the purpose of negotiation, pursuant to federal land claims policy, cannot of itself create or entrench Aboriginal or treaty rights within the meaning of subsection 35(1).

[73] While the Government of Canada has accepted the applicant's land claim submission for negotiation, this submission has been rejected by the Province. On October 16, 1995, Mike Buist, Assistant Deputy Minister, Parks and Recreation, confirmed that Province's position in a letter to the applicant, as follows:

b) la compétence que possède la Cour d'accorder une réparation influant directement ou indirectement sur le pouvoir constitutionnel conféré à la province à l'égard de terres et ressources.

[69] La province reconnaît que la demanderesse revendique des droits ancestraux sur des terres et ressources situées au Labrador. Toutefois, la question de savoir si la demanderesse possède en fait des droits ancestraux au Labrador au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas été tranchée par les tribunaux.

[70] La province soutient que la «revendication» de droits ancestraux n'est pas en soi un «droit ancestral» au sens du paragraphe 35(1). En effet, le paragraphe 35(1) prévoit une protection constitutionnelle à l'égard des «droits existants—ancestraux ou issus de traités».

[71] Lorsque des groupes autochtones et les gouvernements arrivent à conclure une entente à l'égard de revendications territoriales, cette entente, une fois qu'elle a été dûment ratifiée, constitue un «traité» au sens de l'article 35. Le paragraphe 35(3) reconnaît clairement que les gouvernements et les peuples autochtones peuvent entreprendre des négociations en vue d'en arriver à une entente au sujet des revendications territoriales. C'est l'entente sur les revendications territoriales qui a été conclue, c'est-à-dire le traité, qui est protégée, en vertu de l'article 35, et non le processus.

[72] La décision que le gouvernement du Canada a prise d'accepter la demande de revendication territoriale de la demanderesse aux fins de la négociation, conformément à la Politique fédérale des revendications territoriales, ne peut pas en soi créer ou garantir des droits ancestraux ou des droits issus de traités au sens du paragraphe 35(1).

[73] Le gouvernement du Canada a accepté la demande de revendication territoriale de la demanderesse aux fins de la négociation, mais la province l'a rejetée. Le 16 octobre 1995, Mike Buist, sous-ministre adjoint, Parcs et Loisirs, a confirmé la position de la province dans une lettre qu'il a envoyée à la demanderesse, laquelle était libellée comme suit:

In 1994, the provincial assessment of The Inuit of Nunavik Statement of Claim to Labrador determined Makivik's land use and occupancy documentation was insufficient to substantiate an aboriginal land claim to areas of on-shore Labrador by Nunavik Inuit.

[74] The Province claims that to date it has not received any information from the applicant to change the Province's position regarding the applicant's claim to land and resources in Labrador.

[75] The Federal Court's jurisdictional limitations preclude the applicant from embarking upon issues which impact upon the Province.

[76] Both the *Comprehensive Land Claims Policy* 1987 and the *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* 1993 clearly recognize the inability of the Government of Canada to negotiate matters within the Province's exclusive constitutional jurisdiction. The 1987 Policy states [at page 19]:

The federal government has jurisdiction in relation to Indians and Indian lands. Most other lands and resources, except in the territories, fall under provincial jurisdiction. For this reason, the participation of provincial governments in the negotiation of claims within their jurisdiction will be strongly encouraged and is essential to any negotiation of settlements involving areas of provincial jurisdiction or provincial lands and resources.

[77] In the 1993 Policy's Executive Summary, it is stated to the same effect [at page i]:

In the provinces, most of the lands and resources which are the subject of comprehensive claim negotiations are under provincial jurisdiction.

[78] The applicant entered into the negotiations with the respondents with this knowledge and, through the Negotiation Framework Agreement, agreed that lands and resource issues could not be advanced without the participation of the Province.

[TRANSLATION] En 1994, par suite de l'évaluation provinciale de l'énoncé des Inuit du Nunavik concernant le Labrador, il a été conclu que la documentation relative à l'utilisation et à l'occupation des terres fournie par Makivik ne suffisait pas pour justifier la revendication par les Inuit du Nunavik du territoire situé au large des côtes du Labrador.

[74] La province allègue qu'à ce jour, la demanderesse ne lui a pas fourni de renseignements qui l'amèneraient à modifier sa position à l'égard de la revendication relative aux terres et ressources situées au Labrador.

[75] Les limites de la compétence de la Cour fédérale empêchent la demanderesse de soulever des questions qui touchent la province.

[76] *La Politique des revendications territoriales globales* de 1987 et la *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* de 1993 reconnaissent toutes les deux clairement que le gouvernement du Canada n'est pas en mesure de négocier des questions relevant de la compétence constitutionnelle exclusive de la province. La politique de 1987 dit ceci [à la page 19]:

Le gouvernement fédéral a compétence dans les affaires relatives aux Indiens et aux terres indiennes. La plupart des autres terres et des ressources, situées ailleurs que dans les territoires, relèvent de la compétence des provinces. Pour cette raison, on encouragera fortement la participation des gouvernements provinciaux dans les négociations des revendications relevant de leur compétence, et leur participation sera essentielle lorsque les négociations de règlements toucheront des terres de compétence provinciale ou lorsque des terres et des ressources provinciales feront partie des négociations.

[77] Dans le Sommaire de la politique de 1993 figure la déclaration similaire suivante [à la page ii]:

Dans les provinces, la plupart des terres et des ressources qui font l'objet de négociations dans le cadre des revendications globales sont de compétence provinciale.

[78] La demanderesse était au courant de la chose lorsqu'elle a entrepris les négociations avec les défendeurs et, au moyen de l'entente-cadre, elle a convenu que la question des terres et des ressources ne pouvait pas être soulevée sans la participation de la province.

[79] Section 4.4 of the Negotiation Framework Agreement provides:

Negotiations related to areas under Newfoundland's jurisdiction will not take place without Newfoundland's concurrence and participation in accordance with an understanding to be reached between Canada and Newfoundland.

[80] The Province owns the lands and natural resources comprising the proposed national park and has exclusive constitutional jurisdiction to deal with these lands and resources.

#### VI. Position of the Intervener, Labrador Inuit Association

[81] Counsel for the Labrador Inuit Association submitted that the Court must take into account the following realities:

- (1) the constitutional context, that is, the division of powers between the federal and provincial governments;
- (2) aboriginal claims are not consistent with current provincial borders; and,
- (3) there are many cases in Canada of overlapping claims by different aboriginal groups.

[82] More particularly, the Labrador Inuit Association submitted that any order made by this Court must be made in the context of 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)], and that any such order should not grant relief in broad terms as sought by the applicant. Further, any such order should not jeopardize the establishment of a national park reserve on the territory.

#### VII. Obligation to Consult and Negotiate

[83] The jurisprudential development of the past three decades has more clearly defined and given direction to the courts concerning the role of the Crown in protecting the rights of Aboriginal peoples.

[79] L'article 4.4 de l'entente-cadre prévoit ceci:

Les négociations portant sur des questions relevant de la compétence de Terre-Neuve n'auront pas lieu sans le consentement et la participation de cette province, conformément à un protocole d'entente que le Canada doit conclure avec Terre-Neuve.

[80] Les terres et ressources naturelles situées dans le parc national projeté appartiennent à la province et cette dernière a une compétence constitutionnelle exclusive sur ces terres et ressources.

#### VI. Position de l'Association des Inuit du Labrador

[81] L'avocate de l'Association des Inuit du Labrador a soutenu que la Cour doit tenir compte des réalités suivantes:

- 1) le contexte constitutionnel, à savoir le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux;
- 2) les revendications des autochtones ne coïncident pas avec les frontières provinciales actuelles;
- 3) au Canada, les revendications des différents groupes autochtones se chevauchent bien souvent.

[82] Plus particulièrement, l'Association des Inuit du Labrador a soutenu que toute ordonnance de cette Cour doit être rendue dans le contexte 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)] et que cette Cour ne devrait pas accorder une réparation de nature générale telle que celle que la demanderesse sollicite. En outre, la Cour ne devrait pas rendre une ordonnance qui puisse nuire à la constitution d'une réserve de parc national sur le territoire visé.

#### VII. Obligation relative à la consultation et à la négociation

[83] L'évolution de la jurisprudence au cours des trois dernières décennies a permis de définir plus clairement le rôle qui incombe à la Couronne lorsqu'il s'agit de protéger les droits des peuples autochtones et des directives ont été données aux tribunaux à ce sujet.

[84] In this respect, I would note that the “Crown” refers both to Her Majesty in right of Canada and Her Majesty in right of each of the provinces.

[85] One of the key elements of Aboriginal rights and Aboriginal title, is their existence prior to European contact. For the first time, in *R. v. Sparrow*,<sup>14</sup> the Chief Justice and Mr. Justice La Forest, dealt with the protective and remedial scope of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*,<sup>15</sup> and its strength as a promise to the Aboriginal peoples of Canada. They gave directions as to the duties, rights and protection inherent in the treaty process.

[86] Subsection 35(1) has a significant impact when the governments or the courts recognize that the Aboriginal peoples have rights. It represents a specific constitutional basis upon which subsequent negotiations can take place and it requires a just settlement for Aboriginal peoples.

[87] The historical attitudes of the governments prior to the coming into force of subsection 35(1) are as follows.

[88] The *Statement of the Government of Canada on Indian Policy, 1969*<sup>16</sup> contained the assertion that:

... aboriginal claims to land ... are so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy except through a policy and program that will end injustice to the Indians as members of the Canadian community.

[89] A number of judicial decisions of the Supreme Court of Canada prompted a reassessment of the position being taken by the government,<sup>17</sup> urging the government towards the recognition of Aboriginal rights. The Honourable Jean Chrétien, then Minister of Indian Affairs and Northern Development, on claims of Indian and Inuit people, made a statement (August 8, 1973) which expressed the government's

[84] À cet égard, j'aimerais faire remarquer que la «Couronne» s'entend tant de Sa Majesté la Reine du chef du Canada que de Sa Majesté la Reine du chef des provinces.

[85] L'une des principales caractéristiques des droits ancestraux et du titre aborigène, c'est qu'ils existaient avant tout contact avec les Européens. Pour la première fois, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>14</sup>, le juge en chef et M. le juge La Forest ont examiné la protection fournie et les réparations prévues par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>15</sup>, ainsi que l'effet de cette disposition en tant que promesse faite aux peuples autochtones du Canada. Ils ont donné des directives au sujet des obligations, des droits et de la protection que comporte le processus de négociation.

[86] Le paragraphe 35(1) a un effet important lorsque les gouvernements ou les tribunaux reconnaissent que les peuples autochtones ont des droits. Il constitue un fondement constitutionnel précis à partir duquel des négociations peuvent être entreprises et il exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones.

[87] L'attitude des gouvernements avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) était toujours la suivante:

[88] Dans la *Politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*<sup>16</sup> figurait la déclaration suivante:

Ceux-ci [les droits aborigènes] sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesures qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne.

[89] Un certain nombre de jugements de la Cour suprême du Canada ont entraîné une nouvelle évaluation de la position prise par le gouvernement<sup>17</sup>; la Cour demandait avec instance au gouvernement de reconnaître les droits ancestraux. L'honorable Jean Chrétien, qui était alors ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, a fait une déclaration (le 8 août 1973) au sujet des revendications des

willingness to negotiate regarding claims of Aboriginal title. The policy reads as follows:

The Government is now ready to negotiate with authorized representatives of these native peoples on the basis that where their traditional interest in the lands concerned can be established, an agreed form of compensation or benefit will be provided to native peoples in return for their interest.

[90] The statement constituted an expression of a policy rather than a legal recognition.<sup>18</sup> The federal government took the position that any federal obligation was of a political character.<sup>19</sup>

[91] In *MacMillan Bloedel*,<sup>20</sup> the Court of Appeal concluded that it is the role of the court to assist and further the negotiating process. Where the federal government has agreed to negotiate claims, the public anticipates that the claims will be resolved by negotiations and by settlement.

[92] The Chief Justice and Mr. Justice La Forest opined that subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* represents the recognition of Aboriginal rights in the treaty process and in the government's obligations within that process. It provides the constitutional basis upon which subsequent negotiations can take place. Therefore, section 35 requires a just settlement for Aboriginal peoples. Also, it affords Aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power.

[93] Since 1985, the Supreme Court of Canada has developed, both in the wording and in the spirit of the constitutional entrenchment, the implications of section 35. It promised a reassessment of the position taken by the government towards Aboriginal peoples.

[94] In *Simon v. The Queen et al.*,<sup>21</sup> Chief Justice Dickson found that a treaty process was entered into for the mutual benefit of both the Crown and the aboriginal peoples, and should therefore be solemnly respected. Treaties need to be recognized as a source

peuples indiens et inuit, dans laquelle il affirmait que le gouvernement était prêt à négocier les revendications relatives au titre aborigène. La politique est ainsi libellée:

[TRADUCTION] Le gouvernement est maintenant prêt à négocier avec les représentants autorisés de ces peuples autochtones en se fondant sur le fait que si leurs droits ancestraux sur les terres en cause peuvent être établis, une forme convenue d'indemnité leur sera accordée en échange de leur droit.

[90] La déclaration constituait un énoncé de politique plutôt qu'une reconnaissance juridique<sup>18</sup>. Le gouvernement fédéral a pris la position selon laquelle toute obligation fédérale était de nature politique<sup>19</sup>.

[91] Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*<sup>20</sup>, la Cour d'appel a conclu qu'il incombe aux tribunaux d'aider et d'encourager le processus de négociation. Lorsque le gouvernement fédéral convient de négocier des revendications, le public s'attend à ce qu'il y ait négociation ou règlement.

[92] Le juge en chef et M. le juge La Forest ont exprimé l'avis selon lequel le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît les droits ancestraux dans le cadre du processus de négociation et les obligations du gouvernement dans le cadre de ce processus. Cette disposition constitue le fondement constitutionnel à partir duquel des négociations peuvent être entreprises. L'article 35 exige donc un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il protège en outre les peuples autochtones contre le pouvoir législatif provincial.

[93] Depuis 1985, la Cour suprême du Canada a déterminé les effets que l'article 35 a, que ce soit selon son libellé ou selon l'esprit de la garantie constitutionnelle qui est fournie. Elle a promis une nouvelle évaluation de la position prise par le gouvernement à l'égard des peuples autochtones.

[94] Dans l'arrêt *Simon c. La Reine et autres*<sup>21</sup>, le juge en chef Dickson a conclu qu'un processus de négociation avait été entrepris dans l'intérêt de la Couronne et des peuples autochtones et que ce processus devrait donc être solennellement respecté. Il faut

of protection for pre-existing aboriginal rights.

[95] In *R. v. Sioui*,<sup>22</sup> Mr. Justice Lamer [as he then was] concluded that a treaty is characterized by the intention of the parties to create mutually binding solemn obligations.

[96] In *Montana Band of Indians v. Canada*<sup>23</sup> the Court of Appeal opined that the negotiated settlements of Aboriginal claims are a distinct possibility in today's reality.

[97] In *R. v. Van Der Peet*,<sup>24</sup> the Chief Justice determined that the relationship between the Crown and Aboriginal peoples, and the dealings between the parties should be given a generous interpretation in favour of the Aboriginal peoples. Because of the nature of the relationship, the Crown has a fiduciary obligation to Aboriginal peoples where the honour of the Crown is at stake. It is because of this relationship and its implications, subsection 35(1) and other statutory and constitutional provisions protecting the Aboriginal interests, that a generous and liberal interpretation must be applied.

[98] In *R. v. Badger*,<sup>25</sup> Mr. Justice Cory opined that the honour of the Crown is at stake in its dealings with the Indian people; that it is always assumed that the Crown intended to fulfil its promises and that no appearances of sharp dealings will be sanctioned.

[99] The Royal Commission on Aboriginal Peoples<sup>26</sup> concluded that the government's task is to determine, define, recognize and affirm whatever Aboriginal rights existed.

The fact that the relationship between the government and Aboriginal peoples is trust-like, rather than adversarial has important implications for the role of government with respect to Aboriginal lands and resources. It requires institutional arrangements to protect them, and it requires government not to rely simply on the 'public interest' as justification for limiting the exercise of Aboriginal rights with respect to them. Moreover, it requires government to act in the interests of Aboriginal peoples when negotiating

reconnaître les traités à titre de source de la protection fournie à l'égard des droits ancestraux existants.

[95] Dans l'arrêt *R. c. Sioui*<sup>22</sup>, M. le juge Lamer [tel était alors son titre] a conclu que ce qui caractérise un traité, c'est l'intention des parties de créer des obligations solennelles mutuellement exécutoires.

[96] Dans l'arrêt *Bande indienne de Montana c. Canada*<sup>23</sup>, la Cour d'appel a exprimé l'avis selon lequel le règlement négocié des revendications autochtones constitue une autre possibilité dans le contexte contemporain.

[97] Dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*<sup>24</sup>, le juge en chef a conclu que le rapport qui existait entre la Couronne et les peuples autochtones, et les ententes conclues entre les parties, devraient être interprétés d'une façon généreuse en faveur des peuples autochtones. Étant donné la nature du rapport, la Couronne a une obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones et son honneur est en jeu. C'est à cause de ce rapport et des conséquences qui en découlent que le paragraphe 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les intérêts autochtones doivent être interprétés d'une façon généreuse et libérale.

[98] Dans l'arrêt *R. c. Badger*<sup>25</sup>, M. le juge Cory a exprimé l'avis selon lequel l'honneur de la Couronne est en jeu lorsqu'elle traite avec les peuples autochtones, qu'il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses et qu'aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.

[99] La Commission royale sur les peuples autochtones<sup>26</sup> a conclu que la tâche du gouvernement est de déterminer, de définir, de reconnaître et de confirmer les droits ancestraux existants.

Le fait que les «rapports entre le gouvernement et les autochtones soient de nature fiduciaire plutôt que contradictoire» a des incidences importantes sur le rôle du gouvernement relativement aux terres et aux ressources des autochtones. Il exige des aménagements institutionnels pour protéger les terres et les ressources autochtones. Le gouvernement ne peut simplement invoquer «l'intérêt public» pour justifier une restriction apportée à l'exercice des droits ancestraux relativement aux terres et aux ressources. Par ailleurs, il est

arrangements concerning their lands and resources.

[100] The Commission has urged the courts to design their remedies to facilitate negotiations.<sup>27</sup> The Commission further asserts that government and Aboriginal action in the form of nation-to-nation negotiation is central to the constitutional recognition and affirmation of Aboriginal rights under section 35. Therefore, there is a need for remedies to assist the parties where negotiations are not progressing.

[101] In the opinion of the Commission, while the courts may be useful to decide some native issues or to bring pressure on the parties to settle by some other means, it appears that judicial adjudication will not provide all of the answers to the issues surrounding native claims.<sup>28</sup>

[102] In *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*,<sup>29</sup> Mr. Justice MacKay concluded that there are additional considerations in cases involving aboriginal rights. The fiduciary duty is enforced and includes protection against unwarranted effects upon the aboriginal interests.

[103] In *Delgamuukw*, the Chief Justice opined that the government's responsibility to safeguard the Aboriginal peoples' interest is equally applicable to the rights which relate to the land and the Native interest in the land. The government has vested interests in the security and the welfare of Canada's Aboriginal peoples. Their most central interest is their interest in their lands.

[104] The Chief Justice further determined that the scope of federal jurisdiction and responsibilities, pursuant to subsection 91(24) [of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], are tied to section 35 [of the *Constitution Act*,

tenu d'agir dans l'intérêt des peuples autochtones lorsqu'il négocie des ententes concernant les terres et les ressources des autochtones.

[100] La Commission a demandé avec instance aux tribunaux d'accorder des réparations de manière à faciliter les négociations<sup>27</sup>. Elle déclare en outre que la participation du gouvernement et celle des autochtones, dans le cadre de négociations de nation à nation, sont essentielles à la reconnaissance et à la confirmation constitutionnelles des droits ancestraux en vertu de l'article 35. Il faut donc que les réparations qui sont accordées aident les parties lorsque les négociations n'avancent pas.

[101] De l'avis de la Commission, bien que les tribunaux puissent être utiles pour régler certaines questions concernant les autochtones ou pour inciter les parties à régler leurs différends par d'autres voies, il semble que l'action judiciaire ne permettra pas de résoudre toutes les difficultés relatives aux revendications des autochtones<sup>28</sup>.

[102] Dans la décision *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*<sup>29</sup>, M. le juge MacKay a conclu que des considérations additionnelles s'appliquent aux affaires dans lesquelles les droits ancestraux sont en cause. L'obligation de fiduciaire est exécutoire et comprend la protection contre les effets injustifiés sur les droits autochtones.

[103] Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef a exprimé l'avis selon lequel la responsabilité qui incombe au gouvernement de protéger les droits des peuples autochtones s'applique également aux droits que ces derniers ont à l'égard de leurs terres. Le gouvernement a intérêt à assurer la sécurité et le bien-être des peuples autochtones du Canada. Or, l'un des droits les plus fondamentaux des autochtones est celui qu'ils ont sur leurs terres.

[104] Le juge en chef a en outre conclu que l'étendue de la compétence et des responsabilités fédérales, conformément au paragraphe 91(24) [de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], est également

1982], as well. The treaty process encompasses the transaction of Aboriginal rights as well as Aboriginal title. Such rights include both rights in relation to the lands, as well as practices, customs and traditions which are not tied to land.

a) General Principles

[105] The following principles can be drawn from the jurisprudence:

(a) It is the role of the court to assist and further the negotiating process. Where the federal government has agreed to negotiate claims, the public anticipates that the claims will be resolved by negotiation and by settlement.

(b) Subsection 35(1) represents the recognition of Aboriginal rights in the treaty process and the government's obligation within that process; it is a specific constitutional basis upon which subsequent negotiations can take place and requires a just settlement for Aboriginal peoples.

(c) A treaty process is entered into for the mutual benefit of both the Crown and the Aboriginal peoples; it should be solemnly respected.

(d) The relationship between the Crown and the Aboriginal peoples, as well as the dealings between the parties should be given a generous interpretation in favour of the Aboriginal peoples.

(e) The honour of the Crown is at stake in its dealings with the Aboriginal people.

(f) There are additional considerations in cases involving Aboriginal rights. The fiduciary duty is enforceable and includes protection against unwarranted effects upon the Aboriginal interests.

(g) The government's responsibility to safeguard the Aboriginal peoples' interests is equally applicable to the rights which relate to the land and the native interest in the land.

(h) The federal jurisdiction and responsibilities pursuant to subsection 91(24) are tied to section 35 as well.

rattachée à l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Le processus de négociation englobe les droits ancestraux ainsi que le titre aborigène. Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire ainsi que les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire.

a) Principes généraux

[105] La jurisprudence permet d'établir les principes suivants:

a) Il incombe au tribunal d'aider et d'encourager le processus de négociation. Lorsque le gouvernement fédéral convient de négocier les revendications, le public s'attend à ce que celles-ci fassent l'objet de négociations et d'un règlement;

b) Le paragraphe 35(1) reconnaît les droits ancestraux dans le cadre du processus de négociation et l'obligation qui incombe au gouvernement dans le cadre de ce processus; il constitue un fondement constitutionnel précis à partir duquel des négociations peuvent être entreprises et exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones;

c) Le processus de négociation est entrepris au profit tant de la Couronne que des peuples autochtones; il devrait être solennellement respecté;

d) Le rapport qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones ainsi que les ententes conclues entre les parties devraient être interprétés d'une façon généreuse en faveur des peuples autochtones;

e) L'honneur de la Couronne est en jeu lorsqu'elle traite avec les peuples autochtones;

f) Des considérations additionnelles s'appliquent aux affaires dans lesquelles les droits ancestraux sont en cause. L'obligation de fiduciaire est exécutoire et comprend la protection contre les effets injustifiés sur les droits autochtones;

g) La responsabilité qui incombe au gouvernement de protéger les droits des peuples autochtones s'applique également aux droits qui se rapportent aux terres et aux intérêts autochtones y afférents;

h) La compétence et les responsabilités fédérales prévues au paragraphe 91(24) sont également ratta-

The treaty process encompasses the transactions of Aboriginal rights as well as Aboriginal title.

[106] The Royal Commission on Aboriginal Peoples has concluded as follows:

(a) The government's task is to determine, define, recognize and affirm whatever Aboriginal rights existed.

(b) The courts should design their remedies to facilitate negotiations.

b) Analysis

[107] The fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of Aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands.

[108] There is always a duty of consultation. Whether the Aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of Aboriginal rights is justified.

[109] The nature and scope of the duty will vary with the circumstances. Even where the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the Aboriginal peoples whose rights and lands are at issue.

[110] Any negotiations should also include other Aboriginal nations which have a stake in the territory claimed. The Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith.

[111] In this instance, the applicant has signed an agreement-in-principle with the respondents. The respondents assert that they are ready to negotiate and fulfil their duty to conduct negotiations in good faith. However, due to the division of powers between the federal and provincial governments, and the refusal to

chées à l'article 35. Le processus de négociation englobe les droits ancestraux ainsi que le titre aborigène.

[106] La Commission royale sur les peuples autochtones a conclu ce qui suit:

a) La tâche du gouvernement est de déterminer, de définir, de reconnaître et de confirmer les droits ancestraux existants;

b) Les tribunaux devraient accorder des réparations de manière à faciliter les négociations.

b) Analyse

[107] Il est possible de respecter le rapport de fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones aux décisions qui sont prises à l'égard de leurs terres.

[108] Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si le groupe autochtone a été consulté est pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si la violation des droits ancestraux est justifiée.

[109] La nature et l'étendue de l'obligation dépendent des circonstances. Même lorsque la norme minimale acceptable est la consultation, cette consultation doit être menée de bonne foi, dans l'intention de réellement tenir compte des préoccupations des peuples autochtones dont les droits et terres sont en jeu.

[110] Toute négociation devrait également comprendre les autres nations autochtones qui ont un intérêt sur le territoire revendiqué. La Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi.

[111] En l'espèce, la demanderesse a signé une entente de principe avec les défendeurs. Les défendeurs affirment être prêts à négocier et à s'acquitter de l'obligation qui leur incombe de mener les négociations de bonne foi. Toutefois, à cause du partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provin-

date of the Government of Newfoundland and Labrador to consult and negotiate with the applicant, the respondents claim that they are without means to rectify the situation. Counsel for the respondents stated in oral argument:

[TRANSLATION] Look, Your Lordship. Because Newfoundland refuses to have Makivik involved, we're under an obligation to withdraw. We have obligations resulting from another party's refusal. That, Your Lordship, is what doesn't make sense in this case.

We want Makivik to be involved.

We've accepted Makivik's land claim. We've started negotiating. We're still negotiating and will continue to negotiate the claim. Except that when it comes time to talk about provincial jurisdiction, we can't do that because Newfoundland isn't at the table. It's not our fault that Newfoundland isn't at the table.

Now, you ask me, "Why don't you invite Makivik to the table when you're talking with the LIA and Newfoundland about creating a park?" We do invite them, Your Lordship, we want them to be there. We have recognized them, recognized their claims. We would genuinely like them to be there and to have them say, "We, too, want a park, we want a park reserve." We would like them to be full participants.

Except that if we do that, we go together: I go get my friend, Mr. Hutchins; we go to Newfoundland; my friend, Mr. Hutchins, goes into the room and sits down. Then the negotiators from Newfoundland get up and leave. They say, "We have nothing more to say."

What can I do about it, Your Lordship? I can't compel the Newfoundland authorities to remain seated at the table with Makivik. I'm unable to do that, Your Lordship.

With the greatest respect, Your Lordship, I think that even a court would be unable to do that.

A party that doesn't want to negotiate can't be forced to negotiate. That party will have to accept the consequences, if any. When you refuse to negotiate, you take your changes.

[112] Counsel for the respondents added:

[TRANSLATION] It's not my fault if Newfoundland doesn't want to talk to them. I have no power over them. If it were only up to me, I'd tell them, "Sit down at the table, we're going to talk." I don't have that power. The Minister of Indian Affairs doesn't have that power, Your Lordship, and

ciaux et puisque jusqu'à ce jour le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador a refusé de consulter la demanderesse et de négocier avec elle, les défendeurs affirment qu'ils ne sont pas en mesure de remédier à la situation. Voici ce que l'avocat des défendeurs a déclaré dans ses plaidoiries orales:

Regardez, Votre Seigneurie. Parce que Terre-Neuve refuse la présence de Makivik, nous, nous avons l'obligation de nous retirer. On a des obligations qui découlent du refus d'un autre. C'est ça, Votre Seigneurie, qui n'a pas de bon sens dans notre dossier.

Nous, nous voulons que Makivik soit là.

Nous, nous avons accepté la revendication territoriale de Makivik. On a commencé à négocier. On négocie encore et on va négocier encore cette revendication. Sauf que quand vient le temps de parler de juridiction provinciale, on ne peut pas le faire parce que Terre-Neuve n'est pas à la table. Ce n'est pas de notre faute si Terre-Neuve n'est pas à la table.

Maintenant, vous me demandez: Pourquoi vous n'invitez pas Makivik à la table quand vous parlez avec le LIA et Terre-Neuve de la création d'un parc? On les invite, Votre Seigneurie, on veut qu'ils soient là. Nous, nous les avons reconnues, leurs revendications. On aimerait bien qu'ils soient là et qu'ils disent: Nous aussi, nous en voulons un parc, nous voulons une réserve de parc. On voudrait qu'il soient partie prenante complètement.

Sauf que si on fait ça, on part ensemble; je vais chercher mon confrère maître Hutchins; on se rend à Terre-Neuve; mon confrère maître Hutchins entre dans la salle, il s'assoit. J'ai les négociateurs de Terre-Neuve qui se lèvent et qui s'en vont. Ils disent: Nous, on ne parle plus.

Qu'est-ce que je peux faire là-dedans, Votre Seigneurie? Je ne peux pas contraindre les autorités terre-neuviennes de rester assis à la table avec Makivik. Je ne suis pas capable de faire ça, Votre Seigneurie.

Soit dit bien respectueusement, Votre Seigneurie, je pense même qu'un tribunal ne serait pas capable de faire cela.

On ne peut pas forcer une partie à négocier si elle ne veut pas négocier. Ce sera à elle, éventuellement, à assumer les conséquences. Quand on refuse de négocier, on assume des risques.

[112] L'avocat des défendeurs a ajouté ceci:

Ce n'est pas de ma faute si Terre-Neuve ne veut pas leur parler. Je n'ai pas de pouvoir sur eux. Si ça dépendait juste de moi, je leur dirais: Asseyez-vous à la table, on va parler. Je n'ai pas ce pouvoir-là. Le ministre des Affaires indiennes n'a pas ce pouvoir-là. Votre Seigneurie, et je pense même

I think that even the Court doesn't have that power. If Newfoundland doesn't want to negotiate, it doesn't want to negotiate!

...

[S]imply as a result of agreeing, we'd have to leave the table if they can't participate. That's the treaty process. If they can't participate, we'd have to withdraw. It's not our fault.<sup>30</sup>

[113] The Province of Newfoundland has full constitutional authority over the lands in issue. Counsel for the Government of Newfoundland and Labrador asserted in oral argument:

There are matters which the federal government simply cannot negotiate constitutionally. The provinces, of course, including Newfoundland, by virtue of the Constitution, 109 and section 92, have exclusive constitutional jurisdiction over their lands and resources.

It is trite to say that but it needs to be said.

It is easy to lose sight of the fact that unless and until the province of Newfoundland transfers administration and control to the federal government, the lands that are shown on the map that our friend put over here are lands in Labrador which belong to the province of Newfoundland. They are lands and resources of the province unless and until administration and control of those lands is passed to the federal government.<sup>31</sup>

[114] National parks are public lands set aside by the Parliament of Canada, under the *National Parks Act* [R.S.C., 1985, c. N-14], that are dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to the Act and regulations thereunder. They are to be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

[115] National park reserves are managed under the *National Parks Act*, without prejudice to unresolved land claims. Traditional hunting, fishing and trapping activities of Aboriginal people continue. Standard land reversionary clauses are in place so that lands may be removed from park status if necessary to resolve land claims. Other interim measures may include Aboriginal peoples' involvement in park reserve management. Subsequently, legislation passed by Parliament to confirm a negotiated settlement of the land claims

que la Cour n'a pas ce pouvoir-là. Si Terre-Neuve ne veut pas négocier, elle ne veut pas négocier!

[. . .]

[D]u seul fait qu'on ait accepté, il faudrait se retirer de la table où ils ne peuvent participer. C'est ça le «treaty process». Si eux ne peuvent pas participer, il faudrait que nous nous retirions. Ce n'est pas de notre faute<sup>30</sup>.

[113] La province de Terre-Neuve possède un plein pouvoir constitutionnel à l'égard du territoire ici en cause. L'avocat du gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador a affirmé ceci dans ses plaidoiries orales:

[TRADUCTION] Il y a des questions que le gouvernement fédéral ne peut tout simplement pas négocier constitutionnellement. Bien sûr, en vertu des articles 109 et 92 de la Constitution, les provinces, y compris Terre-Neuve, ont une compétence constitutionnelle exclusive sur les terres et les ressources.

Même si cela est évident, il faut le dire.

Il est facile d'oublier de tenir compte du fait qu'à moins que la province de Terre-Neuve n'en transfère l'administration et le contrôle au gouvernement fédéral, les terres qui figurent sur la carte que notre ami a présentée sont situées au Labrador, qui appartient à la province de Terre-Neuve. Ces terres et ces ressources appartiennent à la province, et ce, tant que l'administration et le contrôle des terres n'est pas transmis au gouvernement fédéral<sup>31</sup>.

[114] Les parcs nationaux sont des terres publiques mises de côté par le législateur fédéral en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux* [L.R.C. (1985), ch. N-14]; ils sont créés à l'intention du peuple canadien afin que celui-ci puisse les utiliser pour son plaisir et l'enrichissement de ses connaissances dans le cadre de la Loi et de ses règlements. Ils doivent être entretenus et utilisés de façon à rester intacts pour les générations futures.

[115] Les réserves de parc national sont gérées en vertu de la *Loi sur les parcs nationaux*, sous réserve des revendications territoriales non réglées. Les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage des peuples autochtones se poursuivent. Des clauses normales de réversion des terres sont en place de façon que les terres puissent être soustraites à la création du parc au besoin aux fins du règlement des revendications territoriales. D'autres mesures provisoires peuvent comprendre la participation des peuples

will either incorporate, or provide for the future resolution of matters such as benefits to Aboriginal people from park establishment.

[116] Aboriginal title is a right in land and, as such, is more than the right to engage in specific activities which may be themselves Aboriginal rights. The content of Aboriginal title confers the rights to use the land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of Aboriginal societies.

[117] Pursuant to subsection 35(1), Aboriginal rights which existed and were recognized under the common law are elevated to constitutional status. The existence of an Aboriginal right at common law is sufficient, but not necessary, for the recognition and affirmation of that right by subsection 35(1).

[118] Aboriginal rights which are recognized and affirmed by subsection 35(1) fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end, are the practices, customs and traditions that are integral to the distinctive Aboriginal culture. Although these activities are not sufficient to support a claim for title to the land, they would receive constitutional protection. In the middle, there are necessary activities which are usually intimately related to a particular piece of land. At the other end of the spectrum, is Aboriginal title which is the right to the land itself.

[119] Since the purpose of subsection 35(1) is to reconcile the prior presence of Aboriginal peoples in North America with the assertion of Crown sovereignty, it is clear that subsection 35(1) must recognize and affirm both aspects of that prior presence—first, the occupation of land, and second, the prior social

autochtones à la gestion des réserves de parc. Par la suite, des questions telles que les avantages dont bénéficient les peuples autochtones en raison de la création du parc sont traitées, ou leur règlement futur est prévu, au moyen d'une loi fédérale dans laquelle le règlement négocié de la revendication territoriale est confirmé.

[116] Le titre aborigène est un droit au territoire et, partant, il ne s'agit pas simplement du droit de se livrer à des activités précises qui peuvent en tant que telles se rapporter à des droits ancestraux. Le titre aborigène confère le droit d'utiliser le territoire pour diverses activités, qui n'ont pas toutes à être des éléments de coutumes, de pratiques et de traditions faisant partie intégrante de la culture distinctive des sociétés autochtones.

[117] Conformément au paragraphe 35(1), les droits ancestraux qui existaient et étaient reconnus en vertu de la common law sont également reconnus par la Constitution. L'existence d'un droit ancestral en common law est suffisante, mais elle n'est pas nécessaire aux fins de la reconnaissance et de la confirmation de ce droit en vertu du paragraphe 35(1).

[118] Les droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive. Ces activités ne suffisent pas pour étayer la revendication du titre sur ce territoire, mais elles seraient protégées par la Constitution. Au milieu du spectre, il y a les activités nécessaires qui sont habituellement étroitement liées à une parcelle de terrain particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a un titre aborigène, c'est-à-dire le droit au territoire lui-même.

[119] Étant donné que le paragraphe 35(1) vise à concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord et l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il est clair qu'il doit reconnaître et confirmer cette présence antérieure sous ses deux aspects—à savoir, l'occupation du territoire

organization and distinctive cultures of Aboriginal peoples on that land.

[120] The possibility of joint title has been recognized by American courts.<sup>32</sup> There may be cases in which two Aboriginal nations lived on a particular piece of land and recognized each other's entitlement to that land but nobody else's.

[121] Where a national park reserve is established, there is a minimal impact on the rights and the use of lands. There is in my view however, a duty to consult in such circumstances. Any consultation must be meaningful.

[122] Where a national park itself is established, the impact will occur on the title, the rights and the use of land. There is, therefore, a duty to consult and negotiate in good faith in such circumstances.

[123] The Agreement-in-Principle between the federal government and the applicant recognizes that a park cannot be established until negotiations are completed.

#### VIII. Federal Court Act

[124] A question arose concerning the scope of remedies available on an application for judicial review, in particular, whether declaratory relief is available.

[125] Subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act* mandates that the remedies provided for in subsection 18(1) [as am. *idem*] and subsection 18(2) [as am. *idem*] may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1 of the Act. Section 18.1 of the Act sets out the standing requirements, the grounds of review and the powers of the Court on an application for judicial review. The threshold question is whether review is being sought against a "federal board, commission or other tribunal" as that expression is

d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire d'autre part.

[120] La possibilité d'un titre conjoint a été reconnue par les tribunaux américains<sup>32</sup>. Il est possible que deux nations autochtones aient vécu sur un territoire particulier et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais non ceux de tiers.

[121] La constitution d'une réserve de parc national a un certain effet sur les droits rattachés au territoire visé et sur l'utilisation des terres. Toutefois, à mon avis, les intéressés doivent être consultés en pareil cas. Toute consultation doit être réelle.

[122] La création d'un parc national aura un effet sur le titre et les droits relatifs au territoire visé ainsi que sur l'utilisation des terres. En pareil cas, les intéressés doivent donc être consultés et il faut faire preuve de bonne foi en négociant avec eux.

[123] L'entente de principe conclue entre le gouvernement fédéral et la demanderesse reconnaît qu'un parc ne peut pas être créé tant que les négociations ne sont pas terminées.

#### VIII. Loi sur la Cour fédérale

[124] Une question s'est posée au sujet de l'étendue des réparations qui peuvent être accordées dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire et, en particulier, on s'est demandé s'il est possible d'accorder une réparation de la nature d'un jugement déclaratoire.

[125] En vertu du paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*, les recours prévus aux paragraphes 18(1) [mod., *idem*] ou (2) [mod., *idem*] sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. L'article 18.1 énonce les exigences relatives à la qualité pour agir, les motifs de révision et les pouvoirs que possède la Cour lorsque le contrôle judiciaire est demandé. Il s'agit avant tout de savoir si le contrôle est demandé contre un «office fédéral» telle que cette expression est définie au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la

defined in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act. Prior to 1992, judicial review in the Trial Division could, at the option of the applicant, be sought by way of an action commenced by statement of claim or by way of originating motion. However, an application for a declaration was available only by way of an action. Subsection 18.4(2) [as enacted *idem*, s. 5] empowers the Trial Division to direct that an application for judicial review proceed by way of an action. No such order was sought in this case.

[126] The purpose of section 18 of the Act is to grant exclusive judicial review jurisdiction over federal administrative tribunals to the Federal Court. However, it cannot deprive provincial superior courts of their jurisdiction to determine the constitutional validity and applicability of legislation.

[127] Subsection 18.1(3) describes the relief that the Court may grant on an application for judicial review. It includes the relief which could be granted under paragraph 18(1)(a) of the Act, which includes the grant of declaratory relief. It also preserves the traditionally discretionary nature of judicial review.

#### IX. Disposition

[128] Canada's proposed Torngat Mountain National Park is being planned within the area which is the subject of negotiations pursuant to the treaty process between the applicant and the Government of Canada. The federal government policy respecting the establishment of national parks purports to operate within the framework of protection for Aboriginal interests as prescribed by the courts and the Constitution. For the reasons given above, I grant the following declaratory relief:

1. The respondents have a duty to consult with the applicant prior to establishing a park reserve in Northern Labrador. The duty to consult includes both the duty to inform and to listen.

Loi. Avant 1992, la personne concernée pouvait à son gré demander le contrôle judiciaire en première instance en déposant une déclaration dans le cadre d'une action ou en déposant un avis de requête introductive d'instance. Toutefois, un jugement déclaratoire ne pouvait être demandé qu'au moyen d'une action. Le paragraphe 18.4(2) [édicte, *idem*, art. 5] autorise la Section de première instance à ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Or, en l'espèce, aucune ordonnance de ce genre n'a été demandée.

[126] L'article 18 de la Loi vise à conférer à la Cour fédérale une compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux. Toutefois, cette disposition ne peut pas priver les cours supérieures provinciales de la compétence qu'elles ont de déterminer la constitutionnalité et l'applicabilité d'un texte législatif.

[127] Le paragraphe 18.1(3) traite des réparations que la Cour peut accorder dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, ce qui comprend les réparations qui pourraient être accordées en vertu de l'alinéa 18(1)a) de la Loi, notamment un jugement déclaratoire. La nature discrétionnaire du contrôle judiciaire est également préservée.

#### IX. Dispositif

[128] La création d'un parc national est envisagée dans la région des monts Torngat, cette région étant visée par le processus de négociation dans lequel la demanderesse et le gouvernement du Canada se sont engagés. La politique du gouvernement fédéral relative à la création des parcs nationaux est réputée s'appliquer de façon à protéger les droits des autochtones, comme le prescrivent les tribunaux et la Constitution. Pour les motifs susmentionnés, j'accorde la réparation suivante sous la forme d'un jugement déclaratoire:

1. Les défendeurs ont l'obligation de consulter la demanderesse avant de créer une réserve de parc national dans le nord du Labrador, et notamment l'obligation d'informer la demanderesse et de l'écouter.

2. The respondents have a duty to consult and negotiate in good faith with the applicant its claims to Aboriginal rights in certain parts of Labrador, prior to the establishment of a national park in Northern Labrador.

3. If an agreement between the Government of Canada and the Government of Newfoundland and Labrador to establish such a national park is reached before final land claim settlement, the lands are to be set aside as a national park reserve, pending land claim negotiations.

<sup>1</sup> Exhibit 9 to the affidavit of Lorraine Brooke, Application Record, at p. 224.

<sup>2</sup> Exhibit 2 to the affidavit of Sam Silverstone on the motion to expedite hearing of the application.

<sup>3</sup> Statement by Premier Brian Tobin of Newfoundland concerning acceptance of the basis for an agreement-in-principle in the Labrador Inuit land claim negotiations, Exhibit 3 to the affidavit of Sam Silverstone on the motion to expedite hearing of the application.

<sup>4</sup> [1997] 3 S.C.R. 1010, at pp. 1123-1124, *per* Lamer C.J.

<sup>5</sup> *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*, 1993 [at p. 9].

<sup>6</sup> *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.-C.*, [1985] 3 W.W.R. 577 (B.C.C.A.), at p. 607; see also: *Delgamuukw*, *supra*, note 4.

<sup>7</sup> [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1105-1106.

<sup>8</sup> [1996] 2 S.C.R. 507, at pp. 536-537.

<sup>9</sup> *Supra*, note 4, at pp. 1118-1119.

<sup>10</sup> *Supra*, note 6, at p. 607.

<sup>11</sup> [1991] 2 F.C. 30 (C.A.), at pp. 38-39.

<sup>12</sup> Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*. (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996), Vol. 2 "Restructuring the Relationship", Part 2, at pp. 562, 564.

<sup>13</sup> *Supra*, note 7, at p. 1110.

<sup>14</sup> *Supra*, note 7.

<sup>15</sup> Being Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

<sup>16</sup> Canada (Ottawa: Department of Indian Affairs and Northern Development, 1969) [at p. 11].

<sup>17</sup> *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d) 64 (B.C. C.A.); *affd* [1973] S.C.R. 313.

<sup>18</sup> *Sparrow*, *supra*, note 7, at p. 1105.

<sup>19</sup> *Guérin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335.

2. Les défendeurs ont l'obligation de consulter la demanderesse et de négocier de bonne foi avec elle au sujet des droits ancestraux revendiqués sur certaines parties du Labrador avant qu'un parc national soit créé dans le nord du Labrador.

3. Si une entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador en vue de la création de pareil parc national est conclue avant que la revendication territoriale soit réglée d'une façon définitive, les terres doivent être mises de côté à titre de réserve de parc national pendant la durée des négociations y afférentes.

<sup>1</sup> Pièce 9 de l'affidavit de Lorraine Brooke, dossier de la demande, à la p. 224.

<sup>2</sup> Pièce 2 de l'affidavit de Sam Silverstone, déposé dans la requête en vue d'accélérer l'audition de la demande.

<sup>3</sup> Déclaration du Premier ministre de Terre-Neuve, Brian Tobin, concernant l'acceptation du fondement d'une entente de principe dans le cadre des négociations relatives à la revendication territoriale des Inuit du Labrador, pièce 3 de l'affidavit de Sam Silverstone, déposé dans la requête en vue d'accélérer l'audition de la demande.

<sup>4</sup> [1997] 3 R.C.S. 1010, aux p. 1123 et 1124, juge en chef Lamer.

<sup>5</sup> *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, 1993 [à la p. 9].

<sup>6</sup> *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. In Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577 (C.A.C.-B), à la p. 607; voir également *Delgamuukw*, *supra*, note 4.

<sup>7</sup> [1990] 1 R.C.S. 1075, aux p. 1105 et 1106.

<sup>8</sup> [1996] 2 R.C.S. 507, aux p. 536 et 537.

<sup>9</sup> *Supra*, note 4, aux p. 1118 et 1119.

<sup>10</sup> *Supra*, note 6, à la p. 607.

<sup>11</sup> [1991] 2 C.F. 30 (C.A.), aux p. 38 et 39.

<sup>12</sup> Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. (Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1996), vol. 2 «Une relation à redéfinir», partie 2, aux p. 625, 628.

<sup>13</sup> *Supra*, note 7, à la p. 1110.

<sup>14</sup> *Supra*, note 7.

<sup>15</sup> Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

<sup>16</sup> Canada (Ottawa: Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1969) [à la p. 12].

<sup>17</sup> *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d) 64 (C.A.C.-B.); *conf. par* [1973] R.C.S. 313.

<sup>18</sup> *Sparrow*, *supra*, note 7, à la p. 1105.

<sup>19</sup> *Guérin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335.

- <sup>20</sup> *Supra*, note 6, at p. 607.
- <sup>21</sup> [1985] 2 S.C.R. 387, at pp. 401-402 and 410.
- <sup>22</sup> [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1044.
- <sup>23</sup> *Supra*, note 11, at pp. 38-39.
- <sup>24</sup> *Supra*, note 8, at p. 536.
- <sup>25</sup> [1996] 1 S.C.R. 771, at p. 794.
- <sup>26</sup> *Supra*, note 12, at p. 566.
- <sup>27</sup> *Ibid.*, at p. 564.
- <sup>28</sup> *Supra*, note 12, at p. 562.
- <sup>29</sup> [1997] 1 F.C. 325 (T.D.).
- <sup>30</sup> Transcript, January 7, 1998 at p. 25.
- <sup>31</sup> Transcript, January 7, 1998, at p. 76.
- <sup>32</sup> *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

- <sup>20</sup> *Supra*, note 6, à la p. 607.
- <sup>21</sup> [1985] 2 R.C.S. 387, aux p. 401 et 402 ainsi que 410.
- <sup>22</sup> [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1044.
- <sup>23</sup> *Supra*, note 11, aux p. 38-39.
- <sup>24</sup> *Supra*, note 8, à la p. 536.
- <sup>25</sup> [1996] 1 R.C.S. 771, à la p. 794.
- <sup>26</sup> *Supra*, note 12, à la p. 630.
- <sup>27</sup> *Ibid.*, à la p. 627.
- <sup>28</sup> *Supra*, note 12, à la p. 625.
- <sup>29</sup> [1997] 1 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.).
- <sup>30</sup> Transcription, 7 janvier 1998, à la p. 25.
- <sup>31</sup> Transcription, 7 janvier 1998, à la p. 76.
- <sup>32</sup> *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

T-866-95

T-866-95

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(demandeur)

v.

c.

**Helmut Oberlander** (Respondent)

**Helmut Oberlander** (défendeur)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. OBERLANDER (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. OBERLANDER (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Kitchener, Ontario, September 17; Ottawa, September 30, 1998.

Section de première instance—juge MacKay—Kitchener (Ontario), 17 septembre; Ottawa, 30 septembre 1998.

*Evidence — Admissibility of documents tendered as exhibits by Minister in reference relating to respondent's acquisition of citizenship — At issue German war documents, originating in central or field offices of armed forces or police, serving government of Third Reich, during World War II; testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, including affidavits, affiants of which either deceased or unable to testify; miscellaneous documents — (1) War documents containing hearsay — Supported by affidavit of archivists, others attesting to authenticity of copy of document — Canada Evidence Act, s. 30 providing where oral evidence in respect of matter admissible, record made in usual, ordinary course of business containing information in respect of that matter admissible on production of record — War documents records — Activity in which originated clearly within broad definition of "business" in s. 30(12) (i.e. in relation to ordinary activities of government agencies) — Documents should not be excluded as not meeting requirement for reliability because only persons available to attest to original production of documents in usual, ordinary course those historical experts who gained knowledge second-hand — S. 30 not requiring attestation document made in usual, ordinary course of business be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in producing document — Expertise of historians providing necessary threshold reliability for admission of documents in evidence as official documents — (2) Testimonial documents hearsay — Test for reliability of documents not met where documents prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination, but ultimately none possible — Test of necessity not met as similar evidence already before Court — S. 30(10) excluding admission of record made in contemplation of legal proceedings or transcripts of evidence taken in course of another legal proceeding — As documents within those specific descriptions, inappropriate to admit them on basis of principled exception to common law rule — (3) Miscellaneous documents admitted except copy of verdict of German Court in criminal trial of another person — Clearly irrelevant.*

*Preuve — Admissibilité de documents produits à titre de preuve par le ministre dans le cadre d'un renvoi concernant l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur — Les documents en question étaient des documents de guerre allemands, provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouvernement du Troisième Reich, pendant la Seconde guerre mondiale; des documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, et notamment des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou étaient incapables de témoigner; divers documents — (1) Les documents de guerre renfermaient du oui-dire — Ils étaient étayés par les affidavits d'archivistes et d'autres personnes attestant l'authenticité de la copie du document en cause — L'art. 30 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsqu'une preuve orale concernant une chose est admissible, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est admissible sur production de la pièce — Les documents de guerre étaient des pièces — L'activité dans le cadre de laquelle ils avaient été établis était clairement visée par la définition large du mot «affaires» figurant à l'art. 30(12) (c'est-à-dire dans le cours ordinaire des activités d'organismes du gouvernement) — Les documents ne devraient pas être exclus pour le motif qu'ils ne satisfont pas à l'exigence concernant la fiabilité parce que les seules personnes qui étaient disponibles pour attester que les documents avaient initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires étaient les experts en histoire qui en avaient indirectement connaissance — L'art. 30 n'exige pas qu'il soit attesté que le document est établi dans le cours ordinaire des affaires ou d'une activité par quelqu'un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document — Les connaissances spéciales des historiens satisfaisaient au critère préliminaire nécessaire relatif à la fiabilité lorsqu'il s'agissait d'admettre les documents en preuve à titre de documents officiels — (2) Les documents testimoniaux constituaient du oui-dire — Le critère relatif à la fiabilité des documents n'est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d'affidavits à l'égard de*

*procédures judiciaires en prévision d'un contre-interrogatoire qui n'a en fait pas lieu — Le critère relatif à la nécessité n'a pas été satisfait étant donné que la Cour disposait déjà d'éléments de preuve similaires — En vertu de l'art. 30(10), une pièce établie en prévision d'une procédure judiciaire ou la transcription de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire ne sont pas admis — Étant donné que les documents étaient visés par ces descriptions précises, il ne serait pas approprié de les admettre sur la base de l'exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law — (3) Les documents divers ont été admis à l'exception d'une copie du verdict rendu par un tribunal allemand lors du procès subi au criminel par une autre personne — Ils n'étaient clairement pas pertinents.*

This was a ruling as to the admissibility of certain documents, mainly from archives maintained by foreign governments, tendered as exhibits, on behalf of the Minister in a reference in regard to the respondent's acquisition of citizenship. The respondent objected to the admissibility of the documents on the ground that they contained hearsay. The majority of the documents objected to were "war documents", originating in central or field offices of the armed forces or of the police, serving the government of the Third Reich in Germany, during the Second World War. They included directives or orders of the Army command, and field unit reports forwarded up the chain of command. Other documents were described as testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, including affidavits, the affidants of which were either deceased or unable to testify; transcripts of evidence; and the direct and cross-examination of a witness, now deceased, in proceedings similar to these. There were also a few miscellaneous documents, including a list of war service awards, and two documents concerning post-war proceedings, all of German origin. The Minister argued that all of the "war documents" were admissible pursuant to *Canada Evidence Act*, section 30 on the basis of the affidavits tendered with the documents and the report of an expert witness. All of the war documents were supported by affidavits of archivists responsible for maintenance and custody of the originals and by others, attesting to the authenticity of the copy of the document submitted. These affidavits attested, for each document, its source in official government archives, the fact that the original could not be produced to the Court since it was an historic official document maintained within the archives concerned, the circumstances of copying the original and the verification that a true copy had been produced and tendered to the Court. Subsection 30(1) provides that where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible on production of the record. It was urged that the testimonial documents should be admitted in accord with the "principled exception" to the hearsay rule enunciated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Smith*;

Il s'agissait d'une décision au sujet de l'admissibilité de certains documents, provenant principalement d'archives tenues par des gouvernements étrangers, produits à titre de preuve pour le compte du ministre dans le cadre d'un renvoi à l'égard de l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur. Le défendeur s'opposait à l'admission des documents pour le motif qu'il s'agissait de ouï-dire. La majorité des documents visés par l'objection du défendeur étaient des «documents de guerre», provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouvernement du Troisième Reich, en Allemagne, pendant la Seconde guerre mondiale. Ils comprenaient des directives ou des ordres du haut commandement des Forces armées et des rapports provenant des unités de campagne transmis le long de la chaîne de commandement. D'autres documents ont été décrits comme des documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, et notamment des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou incapables de témoigner; des transcriptions de la preuve ainsi que l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire d'un témoin maintenant décédé dans des procédures similaires. Il y avait également divers documents, notamment une liste des décorations de service de guerre et deux documents concernant des procédures postérieures à la guerre, lesquels étaient tous d'origine allemande. Le ministre a soutenu que tous les «documents de guerre» étaient admissibles conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur la base des affidavits les accompagnant et du rapport d'un témoin expert. Tous les documents de guerre étaient étayés par des affidavits d'archivistes responsables de la conservation et de la garde des originaux ainsi que d'affidavits d'autres personnes, attestant l'authenticité de la copie du document en cause. Ces affidavits attestaient donc que chaque document provenait des archives officielles de l'État et que l'original ne pouvait pas être produit devant la Cour étant donné qu'il s'agissait d'un document historique officiel conservé dans les archives en question; ils indiquaient les circonstances dans lesquelles l'original avait été copié et attestaient qu'une copie certifiée avait été établie et produite devant la Cour. Le paragraphe 30(1) prévoit que lorsqu'une preuve orale concernant une chose est admissible dans une procé-

*R. v. Khan* and *R. v. B. (K.G.)*. That exception permits admission of hearsay evidence where the circumstances in which a statement was made are such that the statement can be considered reliable, and where there is reasonable necessity that the evidence be admitted to support or deny a matter in issue.

*Held*, the war documents should be admitted pursuant to section 30, subject to any possible future argument in regard to any document concerning relevance or probative value, or both; the testimonial documents should not be admitted; the miscellaneous documents should be admitted, except for the copy of the verdict, and its partial translation to English, of the Munich Regional Court resulting from the trial of Dr. Kurt Christmann.

(1) The war documents were “records”, and the activity in which they originated was within the broad definition of “business” in subsection 30(12): any undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere, including any activity by any government or government agency. The “war documents” were in relation to activities of key agencies of the German government of the day, its armed forces and its police agencies. They contained only hearsay, indeed, double hearsay, but they were documents produced in the ordinary course of activities of government agencies concerned with both military and police operations.

The only persons available to attest to the original production of the documents in the usual and ordinary course were those historical experts who gained their knowledge secondhand. The documents should not be excluded on the ground that they did not meet the underlying principle of reliability because they were not identified by a person who had personal knowledge of the reporting process said to be the ordinary course of business or activity. Section 30 does not require that an attestation that the document is made in the usual and ordinary course of business of the agency, be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in the process of producing the document. Subsection 30(3) provides for copies of original documents to be admitted on the basis of affidavits of “a person who states why it is not possible or reasonably practicable to produce the record and one that sets out the source from which the copy was made, that attests to the copy’s authenticity and that it is made by the person who made the copy”. Subsection 30(6) permits the Court to “examine the record, admit any evidence in respect thereof given orally or by affidavit including

dure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est admissible sur production de la pièce. Il a été soutenu que les documents testimoniaux devraient être admis conformément à l’«exception fondée sur des principes» à la règle du oui-dire énoncée par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Smith*; *R. c. Kahn* et *R. c. B. (K.G.)*. Cette exception permet d’admettre une preuve par oui-dire lorsqu’une déclaration a été faite dans des circonstances telles qu’elle peut être considérée comme fiable, et lorsqu’il est raisonnablement nécessaire d’admettre la preuve en vue de corroborer ou de réfuter une question en litige.

*Jugement*: les documents de guerre devraient être admis conformément à l’article 30, sous réserve des plaidoyers qui pourront être présentés au sujet de leur pertinence ou de leur valeur probante; les documents testimoniaux ne devraient pas être admis; les documents divers devraient être admis à l’exception de la copie du verdict rendu par la Cour régionale de Munich à la suite du procès de Kurt Christmann, et de la version anglaise partielle de ce document.

1) Les documents de guerre étaient des «pièces» et l’activité dans le cadre de laquelle ils avaient été établis était visée par la définition large du mot «affaires», figurant au paragraphe 30(12): toute entreprise de quelque nature que ce soit exploitée au Canada ou à l’étranger, y compris toute activité exercée ou opération effectuée par un gouvernement ou un organisme d’un gouvernement. Les «documents de guerre» se rapportaient à des activités d’organismes importants du gouvernement allemand de l’époque, de ses forces armées et de ses services de police. Les documents contenaient uniquement du oui-dire et, de fait, du double oui-dire, mais il s’agissait apparemment de documents produits dans le cours ordinaire des activités d’organismes gouvernementaux s’occupant d’opérations militaires et policières.

Les seules personnes qui étaient disponibles pour attester que les documents avaient initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires étaient les experts en histoire qui en avaient indirectement connaissance. Les documents ne devraient pas être exclus pour le motif qu’ils ne satisfaisaient pas au principe fondamental de la fiabilité parce qu’ils n’avaient pas été identifiés par une personne qui avait une connaissance directe de la procédure de compte rendu, à titre de documents apparemment établis dans le cours ordinaire des affaires ou de l’activité. L’article 30 n’exige pas qu’il soit attesté que le document est établi dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d’une activité de l’organisme par quelqu’un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document. Le paragraphe 30(3) prévoit que les copies des documents originaux doivent être admises sur la base «d’un premier document indiquant les raisons pour lesquelles il n’est pas possible ou raisonnablement commode de produire la pièce et d’un deuxième document préparé par la personne qui a établi la copie indiquant d’où elle provient et attestant son authenticité». Le paragraphe 30(6) autorise

evidence as to the circumstances in which the information contained in the record was written, recorded, stored or reproduced, and draw any reasonable inference from the form or content of the record". No requirement is set out in the Act for personal experience of the affiant with the process of producing the document. It is for the Court to assess on the basis of the affidavits whether the necessary requirement for reliability is met. The expertise of historians provided the necessary threshold reliability for admission of the documents in evidence as official documents, as documents made in the usual and ordinary course of business of the agencies concerned.

(2) The testimonial documents were hearsay. The test for reliability is not met where documents are prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination, but ultimately none is possible. Moreover the test of necessity was not met. It was alleged that the documents provided similar evidence to that already before the Court from other former visa control officers about the process of examining applicants for admission as immigrants to Canada from Germany. If similar evidence was already before the Court, the test of necessity was not met. Moreover, where necessity is simply expressed in terms of an opportunity to have hearsay evidence admitted, that does not qualify as necessity. At the very least, it must be established that the evidence in question was essential in relation to a matter in issue on which there was not similar evidence already before the Court. The documents in question were within the descriptions of "a record made . . . in contemplation of a legal proceeding", in the case of the affidavits, or "transcripts . . . of evidence taken in the course of another legal proceeding", both of which descriptions appear in subsection 30(10) of the *Canada Evidence Act* as documents which are specifically excluded from admission under that section of the Act providing for admission of business records. If Parliament was careful to exclude such documents from the exception provided by section 30 to the hearsay rule for qualified business records, it would be inappropriate to admit them on the basis of the principled exception to the common law rule.

(3) The miscellaneous documents were admitted except for the copy of the verdict, and its partial translation to English, of the Munich Regional Court resulting from the trial of Dr. Kurt Christmann. It was the decision of another court in another country, in relation to another person tried under the criminal law then applicable in Germany. While it was a copy of an official record, it was clearly hearsay. It

le tribunal à «examiner [la pièce], admettre toute preuve à son sujet fournie de vive voix ou par affidavit, y compris la preuve des circonstances dans lesquelles les renseignements contenus dans la pièce ont été écrits, consignés, conservés ou reproduits et tirer toute conclusion raisonnable de la forme ou du contenu de la pièce». La Loi n'exige pas que l'auteur de l'affidavit ait directement connaissance de la procédure suivie à l'égard de la production du document. Il appartient à la Cour de déterminer, en se fondant sur les affidavits, si l'exigence nécessaire, en ce qui concerne la fiabilité, est satisfaite. Les connaissances spéciales des historiens satisfaisaient au critère préliminaire nécessaire lorsqu'il s'agissait d'admettre les documents en preuve à titre de documents officiels et de documents établis dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d'une activité des organismes concernés.

2) Les documents testimoniaux constituaient du ouï-dire. Le critère relatif à la fiabilité n'est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d'affidavits à l'égard de procédures judiciaires en prévision d'un contre-interrogatoire qui n'a en fin de compte pas lieu. En outre, le critère relatif à la nécessité n'a pas été satisfait. Il a été allégué que les documents renfermaient des éléments de preuve similaires à ceux que les anciens contrôleurs de visas avaient déjà présentés à la Cour à l'égard de la procédure d'examen des demandeurs aux fins de leur admission à titre d'immigrants au Canada à partir de l'Allemagne. Si la Cour disposait déjà d'éléments de preuve similaires, le critère relatif à la nécessité n'était pas satisfait. En outre, lorsque la nécessité est simplement exprimée au point de vue de la possibilité de faire admettre une preuve par ouï-dire, cela ne constitue pas une nécessité. Il faut tout au moins établir que l'élément de preuve en question était essentiel, en ce qui concerne un point litigieux et que la Cour ne disposait pas déjà d'autres éléments de preuve similaires. Les documents en question étaient visés par les mots «une pièce [. . .] établie en prévision d'une procédure judiciaire» dans le cas des affidavits, ou des mots «transcription [. . .] de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire» qui figurent dans les deux cas au paragraphe 30(10) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à titre de documents qui ne devraient pas être admis en vertu de cette disposition de la Loi à titre de pièces commerciales. Si le législateur a veillé à exclure pareils documents de l'exception à la règle du ouï-dire prévue à l'article 30 à l'égard des pièces commerciales admissibles, il ne serait pas approprié de les admettre sur la base de l'exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law.

3) Les documents divers ont été admis, à l'exception de la copie du verdict rendu par la Cour régionale de Munich à la suite du procès de Kurt Christmann, et de la version anglaise partielle de ce document. Il s'agissait d'une décision rendue par un tribunal étranger, à l'égard d'une autre personne qui avait subi un procès en vertu du droit criminel qui s'appliquait alors en Allemagne. Il s'agissait

was not relevant and had no probative value to the principal issue.

d'une copie d'une pièce officielle, mais cela constituait clairement du oui-dire. Ce document n'était pas pertinent et n'avait pas de valeur probante en ce qui concerne la principale question.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 30 (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 91).  
*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 35.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 53(2).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 920.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1.

##### CONSIDERED:

*R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.).

##### REFERRED TO:

*R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 394; 16 C.P.R. (2d) 216 (Ont. H.C.); affd (1975), 10 O.R. (2d) 153; 26 C.C.C. (2d) 349; 20 C.P.R. (2d) 1 (C.A.); affd [1978] 1 S.C.R. 970; (1978), 22 N.R. 541; *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529; [1977] 3 W.W.R. 361; 35 C.C.C. (2d) 266; 37 C.R.N.S. 391 (B.C.C.A.); *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62; (1997), 152 Sask. R. 164; 8 C.R. (5th) 246; 140 W.A.C. 164 (C.A.); *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349; *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750; 76 D.L.R. (3d) 641 (H.C.).

RULING as to the admissibility of certain documents, mainly from archives maintained by foreign governments, tendered as exhibits, on behalf of the Minister in a reference concerning respondent's acquisition of citizenship. The World War II German Army command directives or orders and field unit reports should be produced pursuant to *Canada*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 53(2).  
*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 35.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 30 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 91).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 920.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. cté Ont.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 394; 16 C.P.R. (2d) 216 (H.C. Ont.); conf. par (1975), 10 O.R. (2d) 153; 26 C.C.C. (2d) 349; 20 C.P.R. (2d) 1 (C.A.); conf. par [1978] 1 R.C.S. 970; (1978), 22 N.R. 541; *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529; [1977] 3 W.W.R. 361; 35 C.C.C. (2d) 266; 37 C.R.N.S. 391 (C.A.C.-B.); *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62; (1997), 152 Sask. R. 164; 8 C.R. (5th) 246; 140 W.A.C. 164 (C.A.); *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349; *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750; 76 D.L.R. (3d) 641 (H.C.).

DÉCISION relative à l'admissibilité de certains documents, provenant principalement d'archives tenues par des gouvernements étrangers, produits en preuve pour le compte du ministre dans le cadre d'un renvoi concernant l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur. Les directives ou ordres du haut commandement de l'armée allemande pendant la Seconde

*Evidence Act*, section 30, subject to any possible future argument in regard to any document concerning relevance or probative value; the testimonial documents, prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, including affidavits, the affiants of which were either deceased or unable to testify, transcripts of evidence, and direct and cross-examination of a witness, now deceased, in similar proceedings, should not be admitted; the miscellaneous documents should be admitted except the copy of the verdict, and its partial translation into English, of a German criminal trial of another individual.

## APPEARANCES:

*Peter A. Vita, Q.C.* for applicant.  
*Eric Hafemann* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Eric Hafemann*, Kitchener, Ontario for respondent.

*The following are the reasons for ruling on documentary evidence rendered in English by*

[1] MACKAY J.: These reasons confirm those delivered orally in a ruling, made in the course of hearings on September 17, 1998, concerning the admissibility of certain documents, mainly from archives maintained by foreign governments, tendered as exhibits, documentary evidence, on behalf of the applicant Minister. When the hearings began in this reference by the Minister in regard to the acquisition of citizenship by the respondent, counsel for the respondent indicated that there was objection to admission of much of the documentary evidence expected to be tendered on behalf of the applicant Minister, on the ground that it is simply hearsay and not admissible in these proceedings. It was agreed time would be allotted to deal with this objection, and

guerre mondiale et les rapports des unités de campagne devraient être produits conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sous réserve des plaidoyers qui pourront être présentés au sujet de leur pertinence ou de leur valeur probante; les documents testimoniaux, préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournies dans pareilles procédures, y compris des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou incapables de témoigner, les transcriptions de la preuve ainsi que l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire d'un témoin maintenant décédé dans des procédures similaires, ne devraient pas être admis; les documents divers devraient être admis à l'exception de la copie du verdict rendu à la suite d'un procès criminel subi par un autre individu en Allemagne, et de la version anglaise partielle de ce document.

## ONT COMPARU:

*Peter A. Vita, c.r.*, pour le demandeur.  
*Eric Hafemann* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Eric Hafemann*, Kitchener (Ontario) pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de la décision relative à la preuve documentaire*

[1] LE JUGE MACKAY: Les présents motifs visent à confirmer ceux qui ont été prononcés oralement lors de l'audience du 17 septembre 1998 au sujet de l'admissibilité de certains documents, provenant principalement d'archives tenues par des gouvernements étrangers, produits à titre de preuve documentaire pour le compte du ministre demandeur. Au début de l'audience qui a eu lieu à la suite du renvoi effectué par le ministre à l'égard de l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur, l'avocat du défendeur a déclaré qu'il s'opposait à l'admission d'une bonne partie de la preuve documentaire qui devait être produite pour le compte du ministre demandeur, pour le motif qu'il s'agissait simplement de ouï-dire et que pareille preuve n'était pas admissible dans la présente

that was done on September 15, 1998.

[2] I here set out in more detail than in my oral reasons at the hearing, where counsel were aware of the documents in issue, a description of the documents concerned and of the affidavits tendered in support of them. In addition, I set out a summary of the arguments of counsel, which were helpful to the Court, and which may facilitate understanding of the issues raised and here dealt with.

[3] On behalf of the Minister a number of documents were tendered as exhibits, in addition to documents which were introduced and identified in the usual manner in the course of examination of witnesses. Among these documents were affidavits of former officers of the Government of Canada, or reports of expert witnesses, who testified in the course of the proceedings, and correspondence or other documents of Canadian government origin, and some of foreign government origin, that were identified by witnesses, including a police officer in his testimony as documents that were shown to the respondent, Mr. Oberlander, in the course of an interview with him in January 1995.

[4] Most of the documents tendered on behalf of the Minister are documents from the records of governments. No objection is raised by the respondent to documents that are of Canadian government origin, or maps introduced and identified by witnesses. Further, the respondent's objection does not relate to documents from German government archives that concern the naturalization process, used in 1994, for acquisition of German citizenship, by Mr. Oberlander's family, i.e., his mother, his sister and himself, or that relate to and were identified by the witness Hans Huebert as documents concerning his own naturalization for German citizenship. A third general category of the documents tendered by the applicant to which there is no objection by the respondent are the affidavits of archivists, copiers and translators tendered to meet technical requirements of subsection 30(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, as

instance. Il a été convenu qu'un certain temps serait alloué aux fins de l'examen de cette objection, ce qui a été fait le 15 septembre 1998.

[2] Je donne ici d'une façon plus détaillée que dans les motifs que j'ai prononcés oralement à l'audience, lors de laquelle les avocats étaient au courant de l'existence des documents en question, une description des documents en cause et des affidavits qui ont été produits à l'appui. De plus, je résume les arguments invoqués par les avocats, qui ont été utiles à la Cour et qui peuvent permettre de comprendre plus facilement les questions ici en cause.

[3] Pour le compte du ministre, un certain nombre de documents ont été produits en preuve, en plus de ceux qui ont été produits et identifiés de la façon habituelle dans le cadre de l'interrogatoire des témoins. Il y avait notamment les affidavits d'anciens agents du gouvernement du Canada ou des rapports de témoins experts qui ont témoigné au cours de l'instance, ainsi que des lettres ou d'autres documents provenant du gouvernement canadien, et dans certains cas de gouvernements étrangers, qui ont été identifiés par les témoins, et notamment par un agent de la police, comme étant des documents qui avaient été montrés au défendeur, M. Oberlander, lors d'une entrevue qui avait eu lieu en janvier 1995.

[4] La plupart des documents produits pour le compte du ministre sont tirés de dossiers gouvernementaux. Le défendeur ne s'est pas opposé à la production des documents qui proviennent du gouvernement canadien, ou des cartes produites et identifiées par les témoins. En outre, l'objection du défendeur ne vise pas les documents provenant d'archives du gouvernement allemand qui se rapportent à la procédure de naturalisation utilisée en 1994, aux fins de l'acquisition de la citoyenneté allemande, par la famille de M. Oberlander, à savoir par sa mère, sa sœur et lui-même, ou qui se rapportent à la naturalisation de M. Oberlander aux fins de la citoyenneté allemande et qui ont été identifiés en tant que tels par le témoin Hans Huebert. Une troisième catégorie générale de documents produits par le demandeur auxquels le défendeur ne s'oppose pas concerne les affidavits d'archivistes, de copistes et de traducteurs,

amended [by S.C. 1994, c. 44, s. 91] (the Act), here relating to government documents, particularly those from foreign sources.

[5] The documents to which counsel for the respondent objects fall into three categories. The majority of them are documents described for convenience as “war documents”, said to be originally of German origin, originating in central or field offices of the armed forces or of the police, serving the government of the Third Reich, Germany, during the years 1941 to 1945 in the Second World War. A second category of documents objected to by the respondent I describe as testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings. A third category concerns a few miscellaneous documents, some of which I note before concluding are admitted on the same basis as the “war documents” or because they have been identified by witnesses in the course of their testimony.

[6] I deal in turn with each of the three categories of documents to which objection is taken. Before doing so it may be helpful to outline the grounds on which the issue of admissibility was argued, at least in regard to the first two categories.

[7] For the Minister it is urged that all of the “war documents” in question are admissible pursuant to section 30 [as am. *idem*] of the Act on the basis of the affidavits tendered with the documents and the report of Dr. Manfred Messerschmidt, an expert witness. In the alternative, it is urged that they are admissible pursuant to section 35 of the Ontario *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, and in the further alternative that the documents are admissible pursuant to the common law business duty exception to the hearsay rule. Finally, as an ultimate alternative it is urged these documents should be admitted in accord with the “principled exception” to the hearsay rule enunciated by the Supreme Court of Canada in recent cases, including *R. v. Kahn*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v.*

qui ont été produits en vue de satisfaire aux exigences de forme du paragraphe 30(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, dans sa forme modifiée [par L.C. 1944, ch. 44, art. 91] (la Loi), se rapportant à des documents gouvernementaux, en particulier ceux d’origine étrangère.

[5] L’avocat du défendeur s’oppose à la production de trois genres de documents. La majorité d’entre eux sont des documents que nous appellerons, pour plus de commodité, des «documents de guerre», apparemment d’origine allemande, provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouvernement du Troisième Reich, en Allemagne, de 1941 à 1945, pendant la Seconde Guerre mondiale. Le défendeur s’oppose en outre à la production de documents testimoniaux, comme je les appellerai, préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures. Enfin, il s’oppose à la production de quelques documents divers, dont certains sont admis, comme je le ferai remarquer en conclusion, sur la même base que les «documents de guerre» ou parce que les témoins les ont identifiés lorsqu’ils ont été interrogés.

[6] J’examinerai tour à tour chacune des trois catégories de documents susmentionnées. Cependant, il peut être utile d’énoncer auparavant les motifs invoqués à l’égard de la question de l’admissibilité, du moins en ce qui concerne les deux premières catégories.

[7] Au nom du ministre, il est soutenu que tous les «documents de guerre» en question sont admissibles conformément à l’article 30 [mod., *idem*] de la Loi, sur la base des affidavits qui les accompagnent et du rapport de M. Manfred Messerschmidt, témoin expert. Subsidiairement, il est soutenu que ces documents sont admissibles conformément à l’article 35 de la *Loi sur la preuve* de l’Ontario, L.R.O., 1990, ch. E.23, et subsidiairement encore, qu’ils sont admissibles conformément à l’exception à la règle du ouï-dire connue sous le nom d’exception relative à l’obligation commerciale, qui existe en common law. Enfin, subsidiairement encore, il est soutenu que ces documents devraient être admis conformément à l’«exception fondée sur des principes» à la règle du ouï-dire

*Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 (cases hereinafter referred to as *Kahn, Smith*, and *K.G.B.*).

[8] In regard to the testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, the only ground urged for admission of these documents is the principled exception to the hearsay rule, as set out by *Kahn, Smith* and *K.G.B.*

#### War Documents

[9] The war documents in question come from four sources: two of them in the Federal Republic of Germany, which are the Federal German Archives in Koblenz and the Military Archives of the Federal German Archives in Fribourg; and two of them in Russia, the Centre for the Preservation of Historical and Documentary Collections, in Moscow, and the Taganrog Branch of the Roskov Oblast State Archives. Among miscellaneous documents one other war document, a copy of an Army High Command "Award List No. 17 concerning War Service Crosses, 2nd class, with swords", not objected to by the respondent, was from the German Federal Archive, Central Record Office in Aachen—Komelimünster. Two other miscellaneous documents concerning post-war proceedings in the Munich I Regional Court were from the Office of the Munich I Regional Court Public Prosecutor.

[10] Each of the documents in question, except these last three described here as miscellaneous documents, is produced to the Court under reference by affidavits of archivists responsible for their maintenance and custody and by others, attesting to the authenticity of the copy of the document here submitted. Thus, these affidavits attest, for each document, its source in official government archives, the fact that the original cannot be produced to the Court since it is an historic official document maintained within the archives concerned, the circumstances of copying the original

récemment énoncée par la Cour suprême du Canada, notamment dans *R. c. Kahn*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (lesquels sont ci-après appelés les arrêts *Kahn, Smith* et *K.G.B.*).

[8] En ce qui concerne les documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, le seul motif invoqué aux fins de leur admission est l'exception fondée sur des principes à la règle du oui-dire, énoncée dans les arrêts *Kahn, Smith* et *K.G.B.*

#### Les documents de guerre

[9] Les documents de guerre en question proviennent de quatre sources: c'est-à-dire, dans deux cas, de la République fédérale d'Allemagne, à savoir des archives ouest-allemandes, à Coblenze, et des archives militaires ouest-allemandes, à Fribourg, et dans les deux autres cas, de la Russie, à savoir du Centre de conservation des collections historiques et documentaires, à Moscou, et de la succursale Taganrog des archives de l'oblast de Roskov. Parmi les divers documents, un autre document de guerre, soit une copie de la [TRADUCTION] «Liste des décorations n° 17 concernant les croix de service de guerre de 2<sup>e</sup> classe, avec épées» du haut commandement de l'Armée, à la production de laquelle le défendeur ne s'oppose pas, provenait des archives ouest-allemandes, Bureau central des dossiers, à Aachen—Komelimünster. Deux autres documents concernant des procédures postérieures à la guerre, engagées devant la Cour régionale de Munich I, provenaient du Bureau du ministère public de la Cour régionale de Munich I.

[10] Chacun des documents en question, à l'exception des trois derniers documents désignés ci-dessus comme étant des documents divers, est produit devant la Cour au moyen d'affidavits des archivistes responsables de leur conservation et de leur garde ainsi que d'affidavits d'autres personnes, attestant l'authenticité de la copie du document en cause. Ces affidavits attestent donc que chaque document provient des archives officielles de l'État et que l'original ne peut pas être produit devant la Cour étant donné qu'il s'agit d'un document historique officiel conservé dans les

and the verification that a true copy has been produced and is now tendered, to the Court. Each affidavit in German or Russian, and each document in German, is translated to English and the affidavit of a translator, accredited by the Translation Bureau of Public Works and Government Services Canada, attests to the accuracy of the translated version. These various affidavits meet the technical requirements of subsection 30(3) of the Act, and there is no objection to admission of the affidavits themselves.

[11] I would describe the war documents in question as directives or orders of the Armed Forces Wehrmacht High Command, or of the Chief of the Security Police and the SD (a security branch for the SS), or of the Army Command or of a local military headquarters; and reports compiled from field unit reports, so-called "event reports USSR", or later reports on activities from occupied eastern territories, compiled regularly on the basis of reports of individual units, and, in accord with central office directives, forwarded up the chain of command to central offices of police and military services.

[12] I deal first with the argument of the Minister that the documents are admissible under statutory or common law exceptions to the hearsay rule. For the applicant, the Minister, it is submitted that the documents in issue are admissible, first, pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*, which provides, in part:

30. (1) Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible in evidence under this section in the legal proceeding on production of the record.

...

(3) Where it is not possible or reasonably practicable to produce any record described in subsection (1) or (2), a copy of the record accompanied by two documents, one that is made by a person who states why it is not possible or reasonably practicable to produce the record and one that

archives en question; ils indiquent les circonstances dans lesquelles l'original a été copié et attestent qu'une copie certifiée a été établie et est maintenant produite devant la Cour. Chaque affidavit rédigé en allemand ou en russe, et chaque document rédigé en allemand, est traduit en anglais et l'affidavit d'un traducteur, agréé par le Bureau de la traduction de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, atteste l'exactitude de la version traduite. Ces divers affidavits satisfont aux exigences de forme du paragraphe 30(3) de la Loi, et on ne s'oppose pas à l'admission des affidavits eux-mêmes.

[11] Je décrirais les documents de guerre en question comme étant des directives ou des ordres du haut commandement des Forces armées de la Wehrmacht, ou du chef de la Police de sécurité et des SD (un service de sûreté des SS), du commandement de l'Armée ou d'un quartier général local, ainsi que des rapports provenant des unités de campagne, appelés «rapports d'événements, URSS», ou des rapports ultérieurs sur les activités, provenant des territoires occupés de l'Est, établis régulièrement à l'aide de rapports d'unités individuelles, et conformément aux directives du bureau central, transmis le long de la chaîne de commandement aux bureaux centraux des services de police et des services militaires.

[12] J'examinerai d'abord l'argument du ministre selon lequel les documents sont admissibles en vertu des exceptions à la règle du ouï-dire reconnues par la loi ou en common law. Au nom du ministre demandeur, il est soutenu que les documents en question sont admissibles, en premier lieu, conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui est en partie ainsi libellé:

30. (1) Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.

[. . .]

(3) Lorsqu'il n'est pas possible ou raisonnablement commode de produire une pièce décrite au paragraphe (1) ou (2), une copie de la pièce accompagnée d'un premier document indiquant les raisons pour lesquelles il n'est pas possible ou raisonnablement commode de produire la pièce

sets out the source from which the copy was made, that attests to the copy's authenticity and that is made by the person who made the copy, is admissible in evidence under this section in the same manner as if it were the original of the record if each document is

(a) an affidavit of each of those persons sworn before a commissioner or other person authorized to take affidavits; or

(b) a certificate or other statement pertaining to the record in which the person attests that the certificate or statement is made in conformity with the laws of a foreign state, whether or not the certificate or statement is in the form of an affidavit attested to before an official of the foreign state.

...

(6) For the purpose of determining whether any provision of this section applies, or for the purpose of determining the probative value, if any, to be given to information contained in any record admitted in evidence under this section, the court may, on production of any record, examine the record, admit any evidence in respect thereof given orally or by affidavit including evidence as to the circumstances in which the information contained in the record was written, recorded, stored or reproduced, and draw any reasonable inference from the form or content of the record.

...

(10) Nothing in this section renders admissible in evidence in any legal proceeding

(a) such part of any record as is proved to be

...

(ii) a record made in the course of obtaining or giving legal advice or in contemplation of a legal proceeding,

...

(c) any transcript or recording of evidence taken in the course of another legal proceeding.

...

(12) In this section,

“business” means any business, profession, trade, calling, manufacture or undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere whether for profit or otherwise, including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government, by any department, branch, board, commission or agency of any government, by any court or other tribunal or by

et d'un deuxième document préparé par la personne qui a établi la copie indiquant d'où elle provient et attestant son authenticité, est admissible en preuve, en vertu du présent article, de la même manière que s'il s'agissait de l'original de cette pièce pourvu que les documents satisfassent aux conditions suivantes: que leur auteur les ait préparés soit sous forme d'affidavit reçu par une personne autorisée, soit sous forme de certificat ou de déclaration comportant une attestation selon laquelle ce certificat ou cette déclaration a été établi en conformité avec les lois d'un État étranger, que le certificat ou l'attestation prenne ou non la forme d'un affidavit reçu par un fonctionnaire de l'État étranger.

[. . .]

(6) Aux fins de déterminer si l'une des dispositions du présent article s'applique, ou aux fins de déterminer la valeur probante, le cas échéant, qui doit être accordée aux renseignements contenus dans une pièce admise en preuve en vertu du présent article, le tribunal peut, sur production d'une pièce, examiner celle-ci, admettre toute preuve à son sujet fournie de vive voix ou par affidavit, y compris la preuve des circonstances dans lesquelles les renseignements contenus dans la pièce ont été écrits, consignés, conservés ou reproduits et tirer toute conclusion raisonnable de la forme ou du contenu de la pièce.

[. . .]

(10) Le présent article n'a pas pour effet de rendre admissibles en preuve dans une procédure judiciaire:

a) un fragment de pièce, lorsqu'il a été prouvé que le fragment est, selon le cas:

[. . .]

(ii) une pièce établie au cours d'une consultation en vue d'obtenir ou de donner des conseils juridiques ou établie en prévision d'une procédure judiciaire,

[. . .]

c) une transcription ou un enregistrement de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire.

[. . .]

(12) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«affaires» Tout commerce ou métier ou toute affaire, profession, industrie ou entreprise de quelque nature que ce soit exploités ou exercés au Canada ou à l'étranger, soit en vue d'un profit, soit à d'autres fins, y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement, par un ministère, une direction, un conseil, une commission ou un

any other body or authority performing a function of government;

...

“legal proceeding” means any civil or criminal proceeding or inquiry in which evidence is or may be given, and includes an arbitration;

“record” includes the whole or any part of any book, document, paper, card, tape or other thing on or in which information is written, recorded, stored or reproduced, and, except for the purposes of subsections (3) and (4), any copy or transcript admitted in evidence under this section pursuant to subsection (3) or (4).

[13] It is urged on behalf of the Minister that subsection 30(1) of the Act should be applied broadly to facilitate the admission of business records as defined in subsection 30(12) that were made in the usual and ordinary course of virtually any activity, whether a business, calling or other undertaking, in this case by government agencies, and whether carried on in Canada or elsewhere, so long as the records refer to a matter in respect of which oral evidence would be admissible. That, it is submitted, includes documents, described as containing double hearsay, that are compiled by one person from information provided by another. Counsel relies upon the decision of Callaghan, Co. Ct. J., as he then was, in *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.), where the Court was concerned with the admissibility of fingerprint records, in part obtained from the Federal Bureau of Investigation in Washington, and the testimony of an officer of the FBI who was a fingerprint specialist. The fingerprint documents copied from FBI records were admitted, as copies and as records, pursuant to section 30 of the Act. In dealing with the matter Callaghan, Co. Ct., J. commented in part as follows [at pages 471-473]:

It would appear that the rationale behind that section [i.e. s. 30] for admitting a form of hearsay evidence is the inherent circumstantial guarantee of accuracy which one would find

organisme d'un gouvernement, par un tribunal ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale.

[...]

«pièce» Sont assimilés à une pièce l'ensemble ou tout fragment d'un livre, d'un document, d'un écrit, d'une fiche, d'une carte, d'un ruban ou d'une autre chose sur ou dans lesquels des renseignements sont écrits, enregistrés, conservés ou reproduits, et, sauf pour l'application des paragraphes (3) et (4), tout copie ou transcription admise en preuve en vertu du présent article en conformité avec le paragraphe (3) ou (4).

«procédure judiciaire» Toute procédure ou enquête, en matière civile ou pénale, dans laquelle une preuve est ou peut être faite, y compris l'arbitrage.

[13] Il est soutenu pour le compte du ministre que le paragraphe 30(1) de la Loi devrait s'appliquer d'une manière libérale de façon à faciliter l'admission des pièces commerciales, telles qu'elles sont définies au paragraphe 30(12), qui ont été établies dans le cours usuel et ordinaire de presque toute activité, qu'il s'agisse d'un commerce, d'une affaire ou d'une autre entreprise, soit dans ce cas-ci d'une activité exercée par des organismes gouvernementaux, et que cette activité ait été exercée au Canada ou à l'étranger, dans la mesure où les pièces se rapportent à une chose à l'égard de laquelle une preuve orale serait admissible. Il est soutenu que cela comprend les documents, décrits comme renfermant du double ouï-dire, qui sont établis par une personne à partir de renseignements fournis par une autre personne. L'avocat se fonde sur la décision rendue par le juge Callaghan, de la Cour de comté, (tel était alors son titre), dans l'affaire *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. cté Ont.), dans laquelle il était question de l'admissibilité de pièces relatives à des empreintes digitales, obtenues en partie du Federal Bureau of Investigation, à Washington, et du témoignage d'un agent du FBI, qui était un spécialiste en la matière. Les documents relatifs aux empreintes digitales copiés des dossiers du FBI ont été admis, à titre de copies et de pièces, conformément à l'article 30 de la Loi. En statuant sur l'affaire, le juge Callaghan a notamment fait les remarques suivantes [aux pages 471 à 473]:

[TRADUCTION] Il semblerait que le fondement de cette disposition [c'est-à-dire l'art. 30], lorsqu'il s'agit d'admettre une forme de preuve par ouï-dire, est la garantie circonstan-

in a business context from records which are relied upon in the day to day affairs of individual businesses, and which are subject to frequent testing and cross-checking. Records thus systematically stored, produced and regularly relied upon should, it would appear under s. 30, not be barred from this Court's consideration simply because they contain hearsay or double hearsay.

...

The basic difficulty to which argument was directed in this case, was whether or not the undertaking of the Federal Bureau of Investigation could be considered a "business" within the definition of s. 30(12). It was argued that the *ejusdem generis* rule should apply to the words "undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere". The *ejusdem generis* rule should also apply to the words "including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government". This in turn would restrict the definition of "business, profession, trade, calling, manufacture or undertaking" of a like kind, namely, an undertaking which would relate to a business, trade, calling or manufacturing business. This, in my view, would be a wholly too restrictive interpretation to attribute to the term "business". The wording of this section is extremely broad, it would appear that Parliament intended that any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by "any" government, would come within the scope of this section.

It would appear to me that the generic reference to "any government" would include a foreign government and, accordingly, it would be my view that a branch or agency of the United States of America and the Department of Justice of that Government would qualify under s. 30(12) if the records made were made in the usual course of business of such an agency.

I should also point out it was argued before me that an extra territorial application of this definition would create constitutional as well as numerous problems in assessing and weighing documents from Governments other than the United States, but Parliament has and can legislate with reference to evidence obtained in other jurisdictions as evidenced from s. 23, and furthermore it should be noted that s. 30(6) provides the Court with a vehicle to assess the probative value of documents tendered from Governments elsewhere other than in Canada. It would therefore appear that Parliament considered the problem that was raised by counsel and has provided a remedy for it.

...

One argument which did cause me considerable concern, related to the correlation between s. 30(1) and (9). It was

cielle inhérente d'exactitude qui existerait dans un contexte commercial, dans le cas de pièces sur lesquelles on se fonde dans les affaires courantes d'entreprises individuelles et qui sont assujetties à des vérifications et à des contre-vérifications fréquentes. Il semble que l'art. 30 n'empêche pas l'examen par la Cour des pièces ainsi systématiquement conservées et produites, et sur lesquelles on se fonde régulièrement, simplement parce qu'elles contiennent du oui-dire ou du double oui-dire.

[. . .]

La difficulté fondamentale soulevée par les plaidoyers dans ce cas-ci se rapportait à la question de savoir si l'entreprise du Federal Bureau of Investigation pouvait être considérée comme des «affaires» au sens du par. 30(12). Il a été soutenu que la règle *ejusdem generis* devrait s'appliquer aux mots «entreprise de quelque nature que ce soit exploité[e] au Canada ou à l'étranger». La règle *ejusdem generis* devrait également s'appliquer aux mots «y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement». Cela aurait pour effet de restreindre la définition de «commerce ou métier ou [. . .] affaire, profession, industrie ou entreprise» du même genre, soit une entreprise qui se rapporterait à un commerce, un métier, une affaire ou une industrie. À mon avis, cette interprétation du mot «entreprise» serait beaucoup trop restrictive. Le libellé de cette disposition est extrêmement large et il semble que le législateur ait voulu que toute activité exercée ou que toute entreprise exploitée au Canada ou à l'étranger par «un» gouvernement soit visée par cette disposition.

Il me semble que la mention générique d'«un gouvernement» comprendrait un gouvernement étranger et, par conséquent, une direction ou un organisme des États-Unis d'Amérique et du *Department of Justice* américain serait à mon avis admissible en vertu du par. 30(12) si les pièces étaient établies dans le cours usuel des affaires de pareil organisme.

J'aimerais également souligner qu'il a été soutenu devant moi que l'application extraterritoriale de cette définition créerait des problèmes constitutionnels ainsi que de nombreux autres problèmes lorsqu'il s'agit d'évaluer et d'apprécier les documents de gouvernements autres que le gouvernement américain, mais le législateur a légiféré et peut légiférer à l'égard d'un élément de preuve obtenu dans d'autres ressorts, comme le montre l'art. 23; il importe en outre de noter qu'en vertu du par. 30(6), c'est le tribunal qui détermine la valeur probante des documents provenant de gouvernements étrangers. Il semblerait donc que le législateur ait examiné le problème que l'avocat a soulevé et qu'il ait prévu un recours à cet égard.

[. . .]

Un argument m'a beaucoup préoccupé, à savoir celui qui avait trait à la corrélation entre les par. 30(1) et (9). Il a été

argued that Mr. Harper was not qualified to testify because he was neither the maker of the documents nor had original knowledge of the contents of the documents. It goes without saying, Mr. Harper of course has no knowledge of the making of the documents, but in my view, it was intended any person in an official position such as he, with an agency which maintains a record of such documents in the ordinary course of its business, would have the knowledge of the contents of those documents based on his experience in that business, which is required by s-s. (9). Accordingly, I am holding that he is competent to give evidence as to the contents of the documents, having regard to his experience and position with the Federal Bureau of Investigation.

[14] I note that the application of section 30 to include double hearsay in business records as indicated by Callaghan, Co. Ct. J. in *R. v. Grimba and Wilder*, has been followed in *R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 394 (Ont. H.C.); *affd.* (1975), 10 O.R. (2d) 394 (C.A.); *affd.* [1978] 1 S.C.R. 970; in *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529 (B.C.C.A.); and in *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62 (Sask. C.A.).

[15] For the Minister it is submitted that the documents, here described by affidavits of archivists as made in the usual and ordinary course of their business by various agencies, military and police authorities, of Germany, should be admitted. Oral evidence of the content of the documents would be admissible but those providing or compiling the information originally are now unknown and would in all likelihood now be deceased, so that they are not available to testify. In the circumstances the requirements of section 30 are said to be met.

[16] If the Court is concerned about admission of documents, the content of which is double hearsay, it is urged on behalf of the Minister that the documents are admissible pursuant to subsection 53(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended, which provides for the admission of evidence, in the Court's discretion, if it is admissible in a superior court of a province in accord with any provincial law,

soutenu que M. Harper n'était pas admissible à témoigner parce qu'il n'était pas l'auteur des documents et qu'il n'avait pas eu initialement connaissance des faits qui y étaient énoncés. Il va sans dire, bien sûr, que M. Harper n'a pas eu connaissance de l'établissement de ces documents, mais à mon avis, toute personne exerçant des fonctions officielles telles que les siennes, auprès d'un organisme qui conserve pareils documents dans le cours ordinaire de ses affaires, aurait connaissance des faits qui y sont énoncés, compte tenu de son expérience en la matière, conformément aux exigences du par. (9). Je statue donc que M. Harper est compétent pour témoigner au sujet des faits énoncés dans les documents en question, compte tenu de son expérience et des fonctions qu'il exerce auprès du Federal Bureau of Investigation.

[14] J'aimerais faire remarquer que l'idée selon laquelle l'article 30 s'applique notamment au double ouï-dire figurant dans des pièces commerciales, comme le juge Callaghan en a fait mention dans la décision *R. v. Grimba and Wilder*, a été suivie dans les décisions *R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 394 (H.C. Ont.); *conf. par* (1975), 10 O.R. (2d) 394 (C.A.); *conf. par* [1978] 1 R.C.S. 970; *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529 (C.A.C.-B.); et *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62 (C.A. Sask.).

[15] Au nom du ministre, il est soutenu que les documents ici décrits dans les affidavits des archivistes comme ayant été établis par divers organismes allemands, par des autorités militaires et policières, dans le cours usuel et ordinaire de leurs affaires devraient être admis. La preuve orale du contenu des documents serait admissible, mais les personnes qui ont initialement fourni ou recueilli les renseignements ne sont pas connues et seraient probablement maintenant décédées, de sorte qu'elles ne peuvent pas témoigner. Cela étant, il est soutenu que les exigences de l'article 30 sont satisfaites.

[16] Si la Cour se préoccupe de l'admission des documents, dont le contenu renferme du double ouï-dire, il est soutenu pour le compte du ministre que les documents sont admissibles conformément au paragraphe 53(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, qui prévoit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve si, selon le droit en vigueur dans une

and pursuant to section 35 of the Ontario *Evidence Act*. The latter provision, for admission in evidence of business records, specifically provides in subsection 35(4) for the admission of double hearsay, by the following words:

35. . . .

(4) The circumstances of the making of such a writing or record, including lack of personal knowledge by the maker, may be shown to affect its weight, but such circumstances do not affect its admissibility.

[17] As a further alternative basis for admission of the war documents, counsel submits that they are admissible under the common law exception to the hearsay rule in relation to business records, as set out by the Supreme Court of Canada in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. As applied by Griffiths J. in *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750 (H.C.), the records in issue in this case do not appear on their face, or by evidence, to be records made by persons who had knowledge of all the facts recorded, and if that common law requirement is not met the records would be admissible at most to establish that the authors of the documents had knowledge only of other documents or reports from which the document in issue was made, and not of the truth of the contents. It is not readily apparent to me that all the documents here in question would be admitted pursuant to the common law exception for records made in the usual course of business or activity.

[18] The common law exception urged on behalf of the Minister was not argued on the basis of evidence about the documents and the manner in which they were made, apart from the evidence provided by related affidavits which support them as records made in the usual and ordinary course of the activities of the agencies concerned. Thus, it was not argued that they were admissible under the common law exception in regard to public documents.

province et selon l'article 35 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, elle l'était devant une cour supérieure de cette province. Cette dernière disposition, en ce qui concerne l'admission des pièces commerciales, prévoit expressément en ces termes au paragraphe 35(4), l'admission du double ouï-dire:

35. [ . . . ]

(4) Les circonstances dans lesquelles l'écrit ou le document ont été établis, y compris l'absence de connaissance directe des faits de la part de leur auteur, peuvent être exposées afin de diminuer la force probante de l'écrit ou du document sans toutefois porter atteinte à leur admissibilité.

[17] Subsidièrement, l'avocat soutient que les documents de guerre sont admissibles en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire prévue par la common law à l'égard des pièces commerciales, comme la Cour suprême du Canada l'a mentionné dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. De la façon dont le juge Griffiths a appliqué l'exception dans la décision *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750 (H.C.), les pièces ici en cause ne semblent pas, à première vue ou selon la preuve, avoir été établies par des personnes qui avaient connaissance de tous les faits consignés; or, si cette exigence de la common law n'est pas satisfaite, les pièces sont tout au plus admissibles en vue d'établir que les auteurs des documents avaient uniquement connaissance des autres documents ou rapports à l'aide desquels le document en question a été établi, et non de l'exactitude de leur contenu. Il n'est pas clairement évident selon moi que tous les documents ici en cause seraient admis conformément à l'exception prévue par la common law à l'égard des pièces établies dans le cours usuel des affaires ou d'une activité.

[18] L'exception prévue par la common law qui a été invoquée pour le compte du ministre n'a pas été soulevée sur la base de la preuve relative aux documents et à la façon dont ceux-ci avaient été établis, à part la preuve fournie par des affidavits connexes qui établissent qu'il s'agit de pièces établies dans le cours usuel et ordinaire des activités des organismes concernés. Il n'a donc pas été soutenu que ces documents étaient admissibles en vertu de l'exception prévue par la common law à l'égard des documents publics.

[19] For the respondent it was argued that it is not here established that the documents in question should be admitted under the common law exception to the hearsay rule in relation to business records. A number of the traditional requirements of that exception simply are not met, for example, the reports are not of original entries but are compilations from reports of others, and on their face they do not appear to have been made contemporaneously with the events recorded. Moreover, Dr. Messerschmidt, the applicant's expert witness acknowledged that fabrication of some records would not be surprising, so that reliability of the records, in the respondent's submission, should be considered questionable.

[20] In the respondent's view, section 35 of the Ontario *Evidence Act* provides no better basis for admission of the documents than does section 30 of the *Canada Evidence Act* and the latter, it is urged, does not provide for their admission. Two principal arguments are raised. First, it is urged that the documents are not in the nature of business records included within section 30. They are documents created in a state of war by agencies that have no relationship to business of any kind as that term would ordinarily be understood. On examination, it is urged, many of the documents will be found to have no relevance to the issues before the Court, and if relevant they have little probative value. Second, it is urged that there is no witness or affiant who has any personal knowledge, not merely concerning the matters recorded in the documents, but also of the process by which the documents were created and maintained. Those who attest to the documents as records created in the usual and ordinary course of business of the agencies concerned are historians or archivists whose knowledge of the documents and the process of their creation is second hand, from the study of history and the records available to them for that purpose.

[21] For the respondent, counsel urged that admitting the war documents, and the others in issue, as excep-

[19] Au nom du défendeur, il a été soutenu qu'il n'est pas établi en l'espèce que les documents en question doivent être admis en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire prévue par la common law à l'égard des pièces commerciales. Un certain nombre d'exigences habituelles relatives à cette exception ne sont tout simplement pas satisfaites; ainsi, les rapports ne renferment pas des inscriptions originales, mais ils sont établis à l'aide de rapports rédigés par des tiers et, à première vue, ils ne semblent pas avoir été établis au moment où les événements enregistrés se sont produits. En outre, le témoin expert du demandeur, M. Messerschmidt, a reconnu qu'il ne serait pas surprenant que certains documents aient été fabriqués, de sorte que leur exactitude, selon le défendeur, devrait être considérée comme douteuse.

[20] De l'avis du défendeur, l'article 35 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario ne fournit pas, aux fins de l'admission des documents, un meilleur fondement que ne le fait l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*; or, cette dernière disposition, est-il soutenu, ne prévoit pas leur admission. Deux arguments principaux sont invoqués. En premier lieu, il est soutenu que les documents ne sont pas de la nature de pièces commerciales visées par l'article 30. Il s'agit de documents créés pendant la guerre par des organismes qui n'ont rien à voir avec une entreprise de quelque genre que ce soit au sens ordinaire de ce terme. Il est soutenu que, dans bien des cas, l'examen des documents montre qu'ils n'ont rien à voir avec les questions dont la Cour est ici saisie et que, s'ils sont pertinents, leur valeur probante est faible. En second lieu, il est soutenu qu'aucun témoin ou déclarant n'a eu directement connaissance, non seulement des affaires enregistrées dans les documents, mais aussi de la procédure par laquelle les documents ont été créés et conservés. Les personnes qui attestent que les documents en question ont été créés dans le cours usuel et ordinaire des affaires des organismes concernés sont des historiens ou des archivistes qui n'ont qu'une connaissance indirecte des documents et de la procédure d'établissement suivie, fondée sur l'étude de l'histoire et sur les documents dont ils disposaient aux fins de cette étude.

[21] Au nom du défendeur, l'avocat a soutenu qu'en admettant les documents de guerre et les autres

tions to the hearsay rule, pursuant to the statutory exception urged, or pursuant to the principle exception developed by the Supreme Court of Canada based on *Kahn*, a matter I discuss below, would extend the exceptions to the hearsay rule beyond those thus far accepted by the courts.

Testimonial documents for or from Canadian judicial proceedings

[22] The documents in question in this group are four. Two are affidavits sworn in preparation for presentation in these proceedings, by Arthur Northcott, a former visa control officer, now deceased, and by Julian Vickerman, a former visa control officer, now disabled and unable to testify. The affidavits were not previously filed in this matter and there was no cross-examination on the affidavits. The other documents tendered by the Minister for admission are transcripts of evidence, the direct and cross-examination of Gerrard Keelan from two reference cases, similar in nature to these proceedings, in which Mr. Keelan, a former visa control officer, now deceased, was a witness on behalf of the Minister.

[23] The sole basis urged for admission of these documents is the principled exception developed by the Supreme Court of Canada in *Kahn*, *Smith* and *K.G.B.*, *supra*. That exception to the hearsay rule may permit admission of hearsay evidence where the circumstances in which a statement was made are such that the statement can be considered to be reliable, and where there is reasonable necessity that the evidence be admitted to support or deny a matter in issue. It is urged that while those cases elaborating the exception all deal with admissibility of oral statements in the context of criminal proceedings, the same principles should here be applied to admit written statements, that is, the affidavits and the transcripts of oral evidence from other proceedings. It is urged the written statements or records of statements by former visa control officers, generally supportive of the evidence

documents ici en cause à titre d'exceptions à la règle du oui-dire, conformément à l'exception légale invoquée ou à l'exception fondée sur des principes élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khan*, sur laquelle je reviendrai ci-dessous, on se trouverait à étendre la portée des exceptions à la règle du oui-dire qui ont jusqu'à maintenant été reconnues par les tribunaux.

Documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou provenant de procédures judiciaires canadiennes

[22] Il y a quatre documents de ce genre. Deux documents sont des affidavits qui ont été faits dans le cadre de la préparation de la présente instance, par Arthur Northcott, autrefois contrôleur des visas, maintenant décédé, et par Julian Vickerman, autrefois contrôleur des visas, maintenant invalide et incapable de témoigner. Les affidavits n'ont pas déjà été déposés en l'espèce et ils n'ont pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire. Les autres documents que le ministre a présentés en vue de les faire admettre sont des transcriptions de la preuve, soit l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire de Gerrard Keelan qui ont été présentés lors de deux renvois du même genre que la présente instance, dans lesquels M. Keelan, autrefois contrôleur des visas, maintenant décédé, témoignait pour le compte du ministre.

[23] Le seul fondement invoqué en vue de faire admettre ces documents est l'exception fondée sur des principes élaborée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Kahn*, *Smith* et *K.G.B.*, *supra*. Cette exception à la règle du oui-dire permet peut-être d'admettre une preuve par oui-dire lorsqu'une déclaration a été faite dans des circonstances telles qu'elle peut être considérée comme fiable, et lorsqu'il est raisonnablement nécessaire d'admettre la preuve en vue de corroborer ou de réfuter une question en litige. Il est soutenu que les arrêts dans lesquels l'exception a été élaborée se rapportent tous à l'admissibilité de déclarations orales dans le contexte de procédures criminelles, mais que les mêmes principes devraient s'appliquer en l'espèce lorsqu'il s'agit d'admettre des déclarations écrites, soit les affidavits et les transcriptions de la preuve orale présentés dans le cadre

of other former officers now before the Court in these proceedings, meet the necessary standards for reliability. Moreover, they should be admitted on the basis of reasonable necessity for otherwise they will not be available to the Court in considering the principal issues to be resolved.

[24] For the respondent this exception is said not to be applicable to admit in evidence the four testimonial documents or the war documents. To admit them would extend accepted exceptions to the hearsay rule. It would implicitly accept, as a basis for necessity, the delay by the Minister in initiating these proceedings. There is no basis to conclude the statements, or documents, were reliable and there is no opportunity for cross-examination of persons making the statements in the case of the testimonial documents, or persons knowledgeable, by personal experience, of the process by which the war documents were produced.

#### The Court's ruling

[25] I find all of the war documents admissible in principle, pursuant to section 30 of the Act, and I directed they be admitted as exhibits for all purposes, subject to argument concerning the reliability and the probative value or weight of any document in relation to the issues at stake in this reference. Further, I find that the four testimonial documents in issue are not admissible and I direct they not be admitted as exhibits.

[26] There are in addition certain miscellaneous documents which I deal with as follows.

1. One document, an "Army High Command Bestowal, list No. 17, 2nd Class War Service Cross" was identified by the expert witness Dr. Messerschmidt and accepted by the respondent, who

d'autres procédures. Il est soutenu que les déclarations écrites ou les comptes rendus de déclarations effectués par d'anciens contrôleurs des visas, qui en général corroborent la preuve des autres anciens agents comparissant maintenant devant la Cour dans la présente instance, satisfont aux normes nécessaires de fiabilité. En outre, ces documents devraient être admis sur la base du critère de la nécessité raisonnable, car autrement la Cour ne les aura pas à sa disposition lorsqu'elle examinera les principales questions à régler.

[24] Au nom du défendeur, on affirme que cette exception ne s'applique pas en vue d'admettre en preuve les quatre documents testimoniaux ou les documents de guerre. En les admettant, on étendrait la portée des exceptions reconnues à la règle du ouï-dire. On se trouverait implicitement à accepter, comme fondement à la nécessité, le temps que le ministre a mis à engager la présente instance. Rien ne permet de conclure que les déclarations ou les documents soient fiables et il n'existe aucune possibilité de contre-interroger les personnes qui ont fait les déclarations dans le cas des documents testimoniaux, ou les personnes qui connaissent, par expérience personnelle, le processus par lequel les documents de guerre ont été produits.

#### La décision de la Cour

[25] Je conclus que tous les documents de guerre sont admissibles en principe, conformément à l'article 30 de la Loi, et j'ordonne qu'ils soient admis en preuve à toutes fins utiles, sous réserve des plaidoyers qui pourront être présentés au sujet de leur fiabilité et de leur valeur probante ou de leur poids en l'espèce. En outre, je conclus que les quatre documents testimoniaux en question ne sont pas admissibles et j'ordonne qu'ils ne soient pas admis en preuve.

[26] Il y a en outre divers documents que j'examinerai ci-dessous.

1. Un document intitulé: [TRADUCTION] «Octroi par le haut commandement de l'Armée de la croix de service de guerre de 2<sup>e</sup> classe, liste n° 17» a été identifié par le témoin expert Messerschmidt et accepté par le

knew nothing of the document or the list itself, as indicating the award of that war service cross to him, among others. Ultimately there was no objection to the document and it is admitted.

2. A second document, a biographical note with the apparent signature of, and concerning, the witness Hans Huebert, which was not put to him while he was on the stand, is admissible. That document was ultimately not objected to and if relevant, it is admissible on the same bases as the war documents, pursuant to section 30 of the Act.

3. The third miscellaneous document is a copy of a statement in German, and an English translation of that, which is said to constitute a declaration by the respondent given at the German Consulate General in Toronto in 1970 in connection with a preliminary investigation then pending at the Regional Court, Munich I, against former members of the war-time unit known as *Einsatzkommando 10a* for suspected murder or being accessories to murder. That statement was identified by the respondent as his own, and it is admitted.

4. The fourth and final document in the miscellaneous category is the decision in German, with a partial English translation, from the Office of the Public Prosecutor, Munich Regional Court I, of the juried court verdict following trial of Dr. Kurt Christmann, one-time commander of *Einsatzkommando 10a*, a verdict dated March 25, 1981, whereby the accused was found guilty of, and sentenced for, "two factually coinciding crimes of aiding and abetting in respect of two crimes of murder in 30 cases each". This last document I find is not admissible. It is the decision of another court in another country, in relation to another person, tried under the criminal law then applicable in Germany. In my view, while it is a copy of an official record, it is clearly hearsay in these proceedings. It is not relevant in so far as I can judge, and it has no probative value to the principal issue before this Court.

défendeur, qui ne savait pas que le document ou la liste montraient entre autres qu'une croix de service de guerre lui avait été décernée. En fin de compte, le document n'a donné lieu à aucune objection et il est admis.

2. Un deuxième document, soit une note biographique sur laquelle était apparemment apposée la signature du témoin Hans Huebert, et qui concernait celui-ci, document qui n'a pas été présenté à M. Huebert pendant qu'il témoignait, est admissible. Ce document n'a en fin de compte fait l'objet d'aucune objection et, s'il est pertinent, il est admissible sur la même base que les documents de guerre, conformément à l'article 30 de la Loi.

3. Le troisième document est une copie d'une déclaration rédigée en allemand, et la version anglaise y afférente, que le défendeur aurait apparemment remise au consulat général de l'Allemagne, à Toronto, en 1970; il se rapporte à une enquête préliminaire concernant d'anciens membres de l'unité connue sous le nom de *Einsatzkommando 10a*, qui existait en temps de guerre, lesquels avaient été accusés de meurtre ou de complicité après le fait; cette enquête était alors en instance devant la Cour régionale de Munich I. La déclaration a été identifiée par le défendeur comme étant la sienne, et elle est admise.

4. Le quatrième et dernier document renferme le verdict, en allemand, partiellement traduit en anglais, provenant du Bureau du ministère public, Cour régionale de Munich I, lequel a été rendu le 25 mars 1981 à la suite du procès devant jury de M. Kurt Christmann, autrefois commandant de l'*Einsatzkommando 10a*, et par lequel l'accusé était déclaré coupable et condamné pour [TRADUCTION] «deux infractions simultanées d'aide ou d'encouragement à l'égard des meurtres, sous 30 chefs chacune». Je conclus que ce dernier document n'est pas admissible. Il s'agit d'une décision rendue par un tribunal étranger, à l'égard d'une autre personne qui a subi un procès en vertu du droit criminel qui s'appliquait alors en Allemagne. À mon avis, il s'agit d'une copie d'une pièce officielle, mais dans la présente instance, cela constitue clairement du ouï-dire. Ce document n'est pas pertinent, autant que je puisse en juger, et il n'a pas de valeur probante en ce qui concerne la principale question dont cette Cour est saisie.

[27] As for the war documents in issue, in my opinion, the respondent's objection, that by their nature they should not be contemplated as included in business records "as defined in section 30 of the Act", is met by the plain meaning of the definitions of "records" and of "business" within subsection 30(12). Clearly they are records and in my view the activity in which they are said to have originated are clearly within the broad definition of "business", which provides in part:

**30. (12) . . .**

"business" means any . . . undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere . . . including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government, by any department, branch, board, commission or agency of any government . . . or by any other body or authority performing a function of government;

[28] The "war documents" in question, while not of a nature readily recognized as typical of a regular business in a commercial sense are, in my opinion, clearly in relation to activities of agencies of government, and in this case key agencies of the German government of the day, its armed forces and its police agencies.

[29] Clearly the documents contain only hearsay, indeed, so-called double hearsay, but they are said to be documents produced in the ordinary course of activities of government agencies concerned with both military and police operations.

[30] It is the statements by affidavits that the documents were produced in the usual and ordinary course of business or activity of the agencies concerned that give rise to the second objection on behalf of the respondent to their admission as evidence. The only evidence that they were produced in the usual and ordinary course of activities of those agencies is that provided by historians and archivists. In other words, they are not and perhaps could not be, qualified as

[27] En ce qui concerne les documents de guerre en question, il est à mon avis possible de répondre à l'objection du défendeur, à savoir que par leur nature ils ne devraient pas être considérés comme des pièces commerciales [TRADUCTION] «au sens de l'article 30 de la Loi», en se reportant au sens clair des mots «pièce» et «affaires», tels qu'ils sont définis au paragraphe 30(12). Ces documents sont clairement des pièces et, à mon avis, l'activité dans le cadre de laquelle ils auraient apparemment été établis est clairement visée par la définition large du mot «affaires», qui est en partie ainsi libellée:

**30. (12) [. . .]**

«affaires» [. . .] toute [. . .] entreprise de quelque nature que ce soit exploitée [. . .] au Canada ou à l'étranger, [. . .] y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement, par un ministère, une direction, un conseil, une commission ou un organisme d'un gouvernement, [. . .] ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale.

[28] Les «documents de guerre» en question, même s'il ne s'agit pas du genre de documents aisément reconnus comme caractéristiques d'une entreprise régulière au sens commercial du terme, se rapportent clairement à mon avis à des activités d'organismes du gouvernement, et dans ce cas-ci d'organismes importants du gouvernement allemand de l'époque, de ses forces armées et de ses services de police.

[29] De toute évidence, les documents contiennent uniquement du ouï-dire et, de fait, du soi-disant double ouï-dire, mais il s'agirait apparemment de documents produits dans le cours ordinaire des activités d'organismes gouvernementaux s'occupant d'opérations militaires et policières.

[30] Ce sont les déclarations qui sont faites au moyen d'affidavits, à savoir que les documents ont été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d'une activité des organismes concernés, qui donnent lieu à la deuxième objection soulevée pour le compte du défendeur à l'égard de l'admission en preuve de ces documents. Le seul élément de preuve tendant à montrer que ces documents ont été produits dans le cours usuel et ordinaire des activités de ces

documents that meet the underlying principle of reliability by identification by a person who could testify, or could attest by affidavit, based on his or her personal knowledge of the reporting process said to be the ordinary course of business or activity. That evidence simply is not available here. The only persons available to attest to the original production of the documents in the usual and ordinary course are those historical experts who gain their knowledge secondhand.

[31] I am not prepared to exclude the documents in question on the basis of this objection. In my opinion, the statutory provision, section 30 of the Act, does not require that an attestation that the document is made in the usual and ordinary course, of business or activity of the business or agency concerned, be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in the process of producing the document. That suggested requirement may reflect the common law approach to the principle of reliability, but as I read subsection 30(3) it provides for copies of original documents to be admitted on the basis of affidavits of “a person who states why it is not possible or reasonably practicable to produce the record and one that sets out the source from which the copy was made, that attests to the copy’s authenticity and that it is made by the person who made the copy”. Further, subsection 30(6) permits the Court to “examine the record, admit any evidence in respect thereof given orally or by affidavit including evidence as to the circumstances in which the information contained in the record was written, recorded, stored or reproduced, and draw any reasonable inference from the form or content of the record”.

[32] No requirement is set out in the Act for personal experience of the affiant with the process of producing the document. In my opinion, it is for the

organismes est qu’ils ont été fournis par des historiens et par des archivistes. En d’autres termes, ils ne sont pas, et ils ne devraient peut-être pas être, admissibles à titre de documents satisfaisant au principe fondamental de la fiabilité, au moyen de leur identification par une personne qui pourrait témoigner, ou qui pourrait attester au moyen d’un affidavit, en se fondant sur une connaissance directe de la procédure de compte rendu, à titre de documents apparemment établis dans le cours ordinaire des affaires ou de l’activité. En l’espèce, cet élément de preuve n’est tout simplement pas disponible. Les seules personnes qui sont disponibles pour attester que les documents ont initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires sont les experts en histoire qui en ont indirectement connaissance.

[31] Je ne suis pas prêt à exclure les documents en question en me fondant sur cette objection. À mon avis, l’article 30 de la Loi n’exige pas qu’il soit attesté que le document est établi dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d’une activité de l’entreprise ou de l’organisme concerné par quelqu’un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document. Cette soi-disant exigence est peut-être conforme à la façon dont la question de la fiabilité est abordée en common law, mais selon l’interprétation que je donne au paragraphe 30(3), cette disposition prévoit que les copies des documents originaux doivent être admises sur la base «d’un premier document indiquant les raisons pour lesquelles il n’est pas possible ou raisonnablement commode de produire la pièce et d’un deuxième document préparé par la personne qui a établi la copie indiquant d’où elle provient et attestant son authenticité». En outre, le paragraphe 30(6) autorise le tribunal à «examiner celle-ci, admettre toute preuve à son sujet fournie de vive voix ou par affidavit, y compris la preuve des circonstances dans lesquelles les renseignements contenus dans la pièce ont été écrits, consignés, conservés ou reproduits et tirer toute conclusion raisonnable de la forme ou du contenu de la pièce».

[32] La Loi n’exige pas que l’auteur de l’affidavit ait directement connaissance de la procédure suivie à l’égard de la production du document. À mon avis, il

Court to assess on the basis of the affidavits whether the necessary requirement for reliability is met.

[33] In this case, copies of historic documents produced and later maintained by government agencies, and now maintained in national or central government archives in Germany and in Russia are here tendered for admission with covering affidavits of archivists or historians responsible for maintenance of the originals and who have special expertise in identification of official or governmental documents. For example, certain documents in issue are produced in association with the affidavit of Dr. Josef Henke, Archivdirektor at the Federal German Archives in Koblenz, holder of a doctorate degree in modern history, a trained archivist, with responsibilities that have provided exact knowledge of the documents to which his affidavit refers, who avers that the documents he refers to “are official in origin and were produced in the usual and ordinary course of business of various offices of the German Reich government and the NSDAP [the Nazi Party] and were processed by them”. Other documents, from the Taganrog Branch of the Rostov Oblast State Archives in Russia are authenticated by affidavit of the archivist responsible for their custody and maintenance and also by affidavit of Dr. Franz Golczewski, a full professor of Eastern European History at the Universität Hamburg, an expert in documents relating to the German occupation of the Ukraine during the Second World War and in the nature of German operations and occupation policy in the Ukraine, who attests that the documents referred to in his affidavit “were made by various agencies of the German SS, Security Police and SD (Security Service) and German military authorities, during the German occupation of the Soviet Union, in the usual and ordinary course of their business”. All of the war documents in question are supported by affidavits of this sort.

[34] In my opinion, the expertise of historians provides the necessary threshold reliability for admis-

appartient à la Cour de déterminer, en se fondant sur les affidavits, si l'exigence nécessaire, en ce qui concerne la fiabilité, est satisfaite.

[33] En l'espèce, des copies de documents historiques produits et par la suite conservés par des organismes gouvernementaux, et maintenant conservés dans des archives nationales ou dans des archives de l'administration centrale, en Allemagne et en Russie, sont ici présentées en vue d'être admises, avec des affidavits à l'appui faits par des archivistes ou des historiens chargés de conserver les originaux, qui ont des connaissances spéciales en matière d'identification de documents officiels ou de documents gouvernementaux. Ainsi, certains documents en cause sont produits avec l'affidavit de M. Josef Henke, directeur des archives ouest-allemandes, à Coblenz, titulaire d'un doctorat en histoire moderne et archiviste agréé, dont les responsabilités lui ont permis d'acquérir des connaissances précises au sujet des documents visés par l'affidavit et qui déclare que les documents qui, selon lui, [TRADUCTION] «sont officiels, ont été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires de divers bureaux du gouvernement allemand du Reich et du NSDAP [le parti nazi] et ont été traités par ceux-ci». D'autres documents, provenant de la succursale de Taganrog des archives de l'oblast de Roskov, en Russie, sont authentifiés au moyen de l'affidavit de l'archiviste chargé de les garder et de les conserver ainsi qu'au moyen de l'affidavit de M. Franz Golczewski, professeur agréé en histoire de l'Europe de l'Est à l'université de Hambourg, qui est un expert en ce qui concerne les documents relatifs à l'occupation allemande de l'Ukraine pendant la Seconde Guerre mondiale ainsi qu'en ce qui concerne la nature des opérations allemandes et la politique en matière d'occupation en Ukraine, lequel atteste que les documents mentionnés dans son affidavit [TRADUCTION] «ont été établis par divers organismes des SS, de la Police de sécurité et des SD (service de sûreté) et par les autorités militaires allemandes, pendant l'occupation de l'Union soviétique par les Allemands, dans le cours usuel et ordinaire de leurs affaires». Tous les documents de guerre en question sont étayés par des affidavits de ce genre.

[34] À mon avis, les connaissances spéciales des historiens satisfont au critère préliminaire nécessaire

sion of the documents in evidence as official documents, as documents made in the usual and ordinary course of business or activity of the agencies concerned.

[35] Having determined, however, that the wartime documents are admissible pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*, I make no decision on the other bases urged on behalf of the Minister for their admission, that is in relation to the Ontario *Evidence Act*, or in relation to the common law, or in relation to the principled exception identified by the Supreme Court of Canada in recent cases. Had I not determined the admissibility on the basis of section 30, I would have carefully considered the application of the *Smith, Khan, K.G.B.* exception in light of my assessment of the reliability of the documents as made in the usual and ordinary course of activity of the agencies concerned, and the necessity for admission of the document in this case. But that issue I do not determine.

[36] I turn now to the testimonial documents prepared for this proceeding, which are the two affidavits of Messrs. Northcott and Vickerman, and to the transcripts of testimony offered in other Canadian judicial proceedings, evidence of Mr. Keelan. It was urged on the basis of the principled exception to the hearsay rule enunciated in recent cases by the Supreme Court of Canada that these documents should be admitted. It is said they meet the threshold test of reliability sufficiently to ignore the lack of the possibility of cross-examination in these proceedings, and that they meet the test of necessity since if not admitted the evidence they provide will not be before the Court.

[37] Clearly, in this proceeding these testimonial documents are hearsay. In my opinion, the test for reliability is not met where documents are prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination but ultimately none is possible.

relatif à la fiabilité lorsqu'il s'agit d'admettre les documents en preuve à titre de documents officiels et de documents établis dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d'une activité des organismes concernés.

[35] Toutefois, puisque j'ai statué que les documents établis en temps de guerre sont admissibles conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, je ne rends aucune décision au sujet des autres fondements invoqués pour le compte du ministre à l'égard de leur admission, c'est-à-dire la *Loi sur la preuve* de l'Ontario ou la common law, ou encore l'exception fondée sur des principes que la Cour suprême du Canada a récemment élaborée. Si je ne m'étais pas prononcé sur leur admissibilité en me fondant sur l'article 30, j'aurais minutieusement examiné l'application de l'exception énoncée dans les arrêts *Smith, Khan* et *K.G.B.* en me fondant sur une évaluation de la fiabilité des documents, établis dans le cours usuel et ordinaire d'une activité des organismes concernés, ainsi que la nécessité d'admettre le document en l'espèce. Cependant, je ne me prononcerai pas sur la question.

[36] J'examinerai maintenant les documents testimoniaux préparés pour la présente instance, soit deux affidavits de MM. Northcott et Vickerman, et les transcriptions du témoignage présenté dans d'autres procédures judiciaires canadiennes par M. Keelan. Il est soutenu que, compte tenu de l'exception fondée sur des principes à la règle du oui-dire énoncée dans des arrêts récents de la Cour suprême du Canada, ces documents devraient être admis. Il est soutenu qu'ils satisfont suffisamment au critère préliminaire relatif à la fiabilité pour qu'il soit possible d'omettre de tenir compte du fait qu'il est impossible d'effectuer un contre-interrogatoire dans la présente instance, et qu'ils satisfont au critère de la nécessité étant donné que, s'ils ne sont pas admis, la Cour ne disposera pas des éléments de preuve qu'ils renferment.

[37] De toute évidence, dans la présente instance, ces documents testimoniaux constituent du oui-dire. À mon avis, le critère relatif à la fiabilité n'est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d'affidavits à l'égard de procédures judiciaires en

[38] Moreover, the test of necessity is not here met, in my opinion, either for the affidavits or the transcripts to be admitted. It is said the documents provide similar evidence to that already before the Court from other former visa control officers about the process of examining applicants for admission as immigrants to Canada from Germany. If similar evidence is now before the Court the test of necessity is not met, in my opinion. Moreover, where necessity is simply expressed in terms of an opportunity to have hearsay evidence admitted, that simply does not qualify as necessity as I read the cases. At the very least it must be established that the evidence in question is essential in relation to a matter in issue on which there is not similar evidence already before the Court.

[39] The documents in question are within the descriptions of “a record made . . . in contemplation of a legal proceeding”, in the case of the affidavits of Messrs. Northcott and Vickerman, or “transcripts . . . of evidence taken in the course of another legal proceeding”, both of which descriptions appear in subsection 30(10) of the *Canada Evidence Act*, as documents which are specifically stated not to be admitted under that section of the Act providing for admission of business records.

[40] I appreciate counsel for the applicant does not seek admission of the testimonial documents under section 30. Yet if Parliament was careful to exclude such documents from the exception provided by section 30 to the hearsay rule for qualified business records, it seems to me that it would be inappropriate that they now be admitted on the basis of the principled exception to the common law rule. It is my opinion that the testimonial documents in question are not admissible as evidence in this case, and I so ruled at the hearing.

prévision d'un contre-interrogatoire qui n'a en fin de compte pas lieu.

[38] En outre, à mon avis, le critère relatif à la nécessité n'est pas satisfait en l'espèce, de sorte que les affidavits ou les transcriptions ne sont pas admissibles. Il est soutenu que les documents renferment des éléments de preuve similaires à ceux que les anciens contrôleurs de visas ont déjà présentés à la Cour à l'égard de la procédure d'examen des demandeurs aux fins de leur admission à titre d'immigrants au Canada à partir de l'Allemagne. Si la Cour dispose maintenant d'éléments de preuve similaires, le critère relatif à la nécessité n'est, à mon avis, pas satisfait. En outre, lorsque la nécessité est simplement exprimée au point de vue de la possibilité de faire admettre une preuve par oui-dire, cela ne constitue tout simplement pas une nécessité, selon l'interprétation que je donne à la jurisprudence. Il faut tout au moins établir que l'élément de preuve en question est essentiel, en ce qui concerne un point litigieux et que la Cour ne dispose pas déjà d'autres éléments de preuve similaires.

[39] Les documents en question sont visés par les mots «une pièce [. . .] établie en prévision d'une procédure judiciaire» dans le cas des affidavits de MM. Northcott et Vickerman, ou des mots «transcription [. . .] de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire» qui figurent dans les deux cas au paragraphe 30(10) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à titre de documents qui, est-il expressément soutenu, ne devraient pas être admis en vertu de cette disposition de la Loi à titre de pièces commerciales.

[40] Je me rends bien compte que l'avocat du demandeur ne demande pas que les documents testimoniaux soient admis en vertu de l'article 30. Pourtant, si le législateur a veillé à exclure pareils documents de l'exception à la règle du oui-dire prévue à l'article 30 à l'égard des pièces commerciales admissibles, il me semble qu'il ne serait pas approprié de les admettre maintenant en se fondant sur l'exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law. À mon avis, les documents testimoniaux en question ne sont pas admissibles en preuve en l'espèce, et c'est ce que j'ai décidé à l'audience.

Conclusion

[41] I confirm directions rendered orally in relation to the documents in question that the applicant Minister seeks to have admitted as evidence. The so-called war documents, identified as numbers 3 to 17, 20 to 27, 60 to 64 and 68 to 75 on the applicant's list of Rule 920 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] documents produced in accord with the order of December 23, 1997 concerning procedures for these proceedings, are all admitted, subject to any possible future argument in regard to any document concerning relevance or probative value, or both. The testimonial documents, sought by the applicant to be admitted, are not admissible. Those documents are the affidavits of Messrs. Northcott and Vickerman, and the transcripts of testimony of Mr. Keelan from two prior reference proceedings. The miscellaneous documents in question herein are admitted except for number 55, the copy of the verdict, and its partial translation to English, of the Munich Regional Court I resulting from the trial of Dr. Kurt Christmann, dated March 25, 1981.

Conclusion

[41] Je confirme les directives données oralement à l'égard des documents en question que le ministre demandeur cherche à faire admettre en preuve. Les soi-disant documents de guerre, désignés sous les numéros 3 à 17, 20 à 27, 60 à 64 et 68 à 75, figurant sur la liste de documents du demandeur préparée en vertu de la Règle 920 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], produite conformément à l'ordonnance du 23 décembre 1997 à l'égard de procédures se rapportant à la présente instance, sont tous admis, sous réserve de tout plaidoyer qui pourra être présenté dans l'avenir au sujet de la pertinence ou de la valeur probante d'un document. Les documents testimoniaux que le demandeur cherche à faire admettre ne sont pas admissibles. Il s'agit des affidavits de MM. Northcott et Vickerman, et des transcriptions du témoignage que M. Keelan a présenté dans deux renvois antérieurs. Les documents divers en question sont admis, à l'exception du document n° 55, soit la copie du verdict rendu par la Cour régionale de Munich I lors du procès que M. Kurt Christmann, en date du 25 mars 1981, et de la version anglaise de ce document.

A-222-98

**Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada** (*Appellant*) (*Respondent*)

and

**Canadian Telephone Employees Association and Femmes-Action** (*Co-Appellants*) (*Respondents*)

v.

**Bell Canada** (*Respondent*) (*Applicant*)

and

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

*INDEXED AS: BELL CANADA v. COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Décary and Sexton JJ.A.—Ottawa, October 13, 14, 15, 16 and November 17, 1998.

*Human rights — Unions filing complaints of discriminatory practice under CHRA, s. 11 on basis of differences in wages between male, female employees performing work of equal value — Respondent seeking to set aside decision of CHRC to request appointment of Tribunal to investigate complaints — Conclusions of Joint Study, Commission's own findings suggesting possibility of discrimination contrary to s. 11 — Motions Judge applying wrong principle of law in raising issue of correct interpretation of s. 11.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Motions Judge quashing CHRC's decision to appoint Tribunal to inquire into pay equity complaints against respondent — Commission not required to give reasons for decision — Acting as administrative, screening body, not deciding complaint on merits — Act granting Commission latitude when performing screening function on receipt of investigation report — Commission's finding complaints not out of time unassailable — Systemic discrimination extending over time — Commission considering Revised Report, respondent's submission on it, further submissions by respondent before reaching decision — Procedural fairness complied with.*

A-222-98

**Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier** (*appelant*) (*intimé*)

et

**Association canadienne des employés de téléphone et Femmes-Action** (*co-appellants*) (*intimés*)

c.

**Bell Canada** (*intimée*) (*requérante*)

et

**Commission canadienne des droits de la personne** (*intervenante*)

*RÉPERTORIÉ: BELL CANADA c. SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Décary et Sexton, J.C.A.—Ottawa, 13, 14, 15, 16 octobre et 17 novembre 1998.

*Droits de la personne — Plaintes d'acte discriminatoire déposées par des syndicats en vertu de l'art. 11 de la LCDP en raison de disparités salariales entre les employés masculins et féminins exécutant des fonctions de valeur égale — L'intimée a demandé l'annulation de la décision de la CCDP de demander la formation d'un tribunal devant examiner les plaintes — Les conclusions de l'étude mixte et les conclusions de la Commission elle-même laissaient voir une possibilité de discrimination contraire à l'art. 11 — Le juge des requêtes a appliqué un principe de droit erroné en soulevant la question de l'interprétation de l'art. 11.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le juge des requêtes a annulé la décision de la CCDP de constituer un tribunal devant examiner les plaintes relatives à l'équité salariale déposées contre l'intimée — La Commission n'était pas tenue de fournir les motifs de sa décision — Elle a des fonctions d'administration et d'examen préalable et ne se prononce pas sur le bien-fondé d'une plainte — La Loi confère à la Commission toute latitude dans l'exécution de sa fonction d'examen préalable au moment de la réception d'un rapport d'enquête — La conclusion de la Commission que les plaintes n'ont pas été déposées hors délai était inattaquable — La discrimination systématique se poursuit dans le temps — La Commission a examiné le rapport révisé, les observations de l'intimée sur ce dernier ainsi que d'autres observations présentées par l'intimée, avant de*

*Practice — Parties — Standing — Respondent challenging unions' status to bring complaint under CHRA, ss. 40, 41 — Unions' status as "group of individuals" under Act, s. 40(1) not questioned — S. 40(2) allowing complaint to go forward even where consent of complainants not obtained — Alleged victims having endorsed unions' actions throughout — Absent bad faith, use of mechanism of complaint by union under Act, s. 11 to force revision of collective agreement negotiated by it not legally wrong.*

This was an appeal from a Trial Division decision quashing the decision made by the Canadian Human Rights Commission to request the appointment of a Human Rights Tribunal to inquire into complaints filed by the appellants against the respondent Bell Canada. The complainants alleged discriminatory practice on the part of Bell, prohibited by section 11 of the *Canadian Human Rights Act*, in establishing or maintaining "differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value". Following discussion of "pay equity" issues during the contract negotiations in 1988 between Bell and two of the unions herein, a Joint Study was undertaken the purpose and scope of which was to assess the equity in compensation systems for work performed in female dominated classes within the bargaining units represented by the unions. A Final Report was issued on November 23, 1992 finding "patterns of disparity" which revealed "that female-dominated jobs receive from \$1.99 to \$5.35 less per hour than male-dominated jobs of equal value". In September 1993, following the issuance of the Final Report, Bell made a "pay equity" adjustment of approximately 1% of salary for each affected employee and announced a similar payment for September 1994. The unions were of the view that these adjustments did not close the wage gap. Unable to negotiate a settlement, they decided to each file a systemic complaint. After unsuccessful mediation efforts, the Canadian Human Rights Commission issued an Investigation Report in May 1995 and a Revised Investigation Report in November of the same year. It officially informed Bell on May 27, 1996 of its decision to refer the seven complaints at issue and to request the appointment of a single tribunal. Bell filed an application for judicial review of that decision. The Motions Judge allowed the application and quashed the Commission's decision. Four issues were raised on appeal: (1) the merits of the complaints; (2) the exercise by the Commission of its discretionary powers; (3) the fairness of the investigation and decision-making process; (4) the status of the unions to file complaints under section 11 of the Act.

*rendre sa décision — Les règles de l'équité procédurale ont été respectées.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — L'intimée a contesté le statut des syndicats quant au dépôt d'une plainte en vertu des art. 40 et 41 de la LCDP — Le statut des syndicats comme «groupe d'individus» au sens de l'art. 40(1) de la Loi n'a pas été remis en question — L'art. 40(2) permet la poursuite de la plainte même lorsque le consentement des plaignants n'a pas été obtenu — Les victimes alléguées ont approuvé les actions de leurs syndicats tout au long du processus — En l'absence de mauvaise foi, l'utilisation par un syndicat du mécanisme de plainte prévu par l'art. 11 de la Loi pour forcer la révision d'une convention collective qu'il a négociée n'est pas interdite par la loi.*

Il s'agit d'un appel de la décision de la Section de première instance annulant la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de demander la constitution d'un tribunal des droits de la personne devant examiner des plaintes déposées par les appelants contre l'intimée Bell Canada. Les plaignants ont allégué que Bell avait commis un acte discriminatoire prohibé par l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en établissant ou en maintenant «la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes». À la suite des pourparlers portant sur les questions relatives à l'«équité salariale» pendant les négociations de convention collective en 1988 entre Bell et les deux syndicats en cause, une étude mixte a été entreprise dans le but d'évaluer l'équité des systèmes de rémunération quant au travail effectué dans les catégories à prédominance féminine des unités de négociation représentées par les syndicats. Un rapport final, produit le 23 novembre 1992, concluait à l'existence de «disparités structurelles» qui montraient «que les emplois à prépondérance féminine sont rémunérés entre 1,99 \$ et 5,35 \$ de moins de l'heure que les emplois à prépondérance masculine de valeur égale». En septembre 1993, à la suite de la sortie du rapport final, Bell a procédé, à des fins d'«équité salariale», à une majoration d'environ 1 % de la rémunération de chaque employé touché et a annoncé qu'elle prévoyait faire de même en septembre 1994. Les syndicats étaient d'avis que ces majorations n'éliminaient pas l'écart salarial. Incapables d'en arriver à une entente, ils ont décidé de déposer des plaintes systématiques. Après d'infructueux efforts de médiation, la Commission a produit son rapport d'enquête en mai 1995 et son rapport d'enquête révisé en novembre de la même année. Elle a officiellement informé Bell, le 27 mai 1996, de sa décision de déférer les sept plaintes en cause et de demander la formation d'un tribunal unique. Bell a déposé une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Le juge des requêtes a accueilli la demande et annulé la décision de la Commission. Quatre questions litigieuses ont été soulevées en appel: 1) le bien-fondé des plaintes; 2) l'exercice, par la Commission, de ses pouvoirs discrétionnaires; 3) l'équité de l'enquête et du processus de

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) When deciding whether a complaint should be referred to a tribunal for inquiry under sections 44 and 49 of the *Canadian Human Rights Act*, the Commission acts as an administrative and screening body and does not decide a complaint on its merits. It is sufficient for the Commission to be satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted. The conclusions of the Joint Study combined with the Commission's own findings were sufficient to suggest that some discrimination contrary to section 11 had occurred. Nothing more was asked at that preliminary stage. The Commission was satisfied that the Joint Study had some merit. The Court needed not agree with the Commission's opinions. The Motions Judge erred in ignoring sections 43, 44 and 49 of the Act and his premise that "what is principally at issue in this case is the correct interpretation of s. 11". That was not the issue at this stage. The decision attacked was the decision to request the appointment of a Human Rights Tribunal. It will be the duty of the Tribunal to determine whether the complaints are well founded or not and the Tribunal will not be bound by the interpretation given to section 11 by the investigator and presumably adopted by the Commission.

(2) The Commission did not give formal reasons for its decision and was not required by the Act to do so. It enjoys great latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. As a general rule, Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the Commission's decisions. The Commission's ruling that the complaints were of such a nature as to be consolidated for the purposes of the inquiry was open to it. Its finding that the complaints were not out of time was also unassailable. Systemic discrimination by its very nature extends over time. The starting date for filing a complaint in this case was the date of issuance of the Final Report of the Joint Study. The Commission was also satisfied that the complaints were specific enough.

(3) With respect to procedural fairness, the Commission did precisely what the case law of this Court has told it to do. It gave Bell a copy of the Draft Investigation Report, of the Investigation Report and of the Revised Investigation Report. Bell had full opportunity to respond to each of these reports and seized it every time. The Commission considered the Revised Report, Bell's submissions on it and further submissions by Bell before finally reaching its decision. It could have done nothing more. In preparing her

prise de décision; 4) le statut des syndicats quant au dépôt des plaintes en vertu de l'article 11 de la Loi.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

1) Lorsqu'elle décide de déférer ou non une plainte à un tribunal à des fins d'enquête en vertu des articles 44 et 49 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission exerce des fonctions d'administration et d'examen préalable et ne se prononce pas sur son bien-fondé. Il suffit que la Commission soit convaincue que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié. Les conclusions de l'étude mixte, en plus des conclusions auxquelles en est arrivée la Commission elle-même, étaient suffisantes pour laisser voir la possibilité qu'un acte de discrimination contraire à l'article 11 avait eu lieu. Rien de plus n'était demandé à cette étape préliminaire. La Commission était convaincue que l'étude mixte avait un certain fondement. Il n'était pas nécessaire que la Cour soit d'accord avec les opinions de la Commission. Le juge des requêtes a commis une erreur en omettant de tenir compte des articles 43, 44 et 49 de la Loi et en partant de la prémisse que «la principale question en litige en l'espèce porte sur l'interprétation de l'article 11». Il ne s'agissait pas du tout de la question à trancher à cette étape. La décision contestée était la décision de demander la formation d'un tribunal des droits de la personne. Il incombera à ce tribunal d'examiner le bien-fondé des plaintes, et le tribunal ne sera lié d'aucune façon par l'interprétation que l'enquêteur a donnée à l'article 11 et que la Commission a vraisemblablement adoptée.

2) La Commission n'a fourni aucun motif officiel au soutien de sa décision et la Loi ne l'obligeait pas à le faire. Elle jouit de beaucoup de latitude dans l'exécution de sa fonction d'examen préalable au moment de la réception d'un rapport d'enquête. En règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours interviennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape. La Commission avait le pouvoir de conclure que la nature des plaintes nécessitait leur jonction aux fins de l'enquête. Sa conclusion selon laquelle les plaintes n'avaient pas été déposées hors délai était aussi inattaquable. La discrimination systémique, de par sa nature, se poursuit dans le temps. La date de départ pour le dépôt d'une plainte en l'espèce était la date de production du rapport final de l'étude mixte. La Commission a, de plus, conclu que les plaintes étaient assez précises.

3) En ce qui concerne l'équité procédurale, la Commission a fait exactement ce que la jurisprudence de la Cour lui avait dit de faire. Elle a remis à Bell une copie du rapport d'enquête préliminaire, du rapport d'enquête et du rapport d'enquête révisé. Bell a eu l'entière possibilité de répondre à tous ces rapports et s'en est prévalu chaque fois. La Commission a examiné le rapport révisé, les observations de Bell sur ce dernier ainsi que d'autres observations présentées par Bell, avant de finalement rendre sa décision. Elle

report the investigator was not acting independently of the Commission and was not neutral to both parties. The investigator acts as an extension of the Commission and prepares a report for it.

(4) Bell has challenged the status of the unions to bring a complaint based on subsection 40(2) and paragraph 41(d) of the Act. The accepted practice of granting unions status as a "group of individuals" in subsection 40(1) of the Act has not been questioned. The answer to Bell's first ground is that subsection 40(2) permits a complaint to go forward even where the complainant's consent is not obtained. It was not unreasonable for the Commission not to seek the consent of the alleged victims. The whole history of the case suggested that the alleged victims had endorsed the actions of their unions throughout. Bell's second ground was that the complaints were vexatious and made in bad faith within the meaning of paragraph 41(d), because unions should be estopped from attacking wages they have themselves negotiated. It may appear self-serving and unethical for a union to use the mechanism of a complaint under section 11 to force the revision of a collective agreement it has freshly negotiated, but absent bad faith it is not legally wrong. The Act must be applied as it is, not as it might have been.

n'aurait rien pu faire de plus. Lors de la préparation de son rapport, l'enquêteur n'agissait pas de façon indépendante vis-à-vis la Commission et n'était pas neutre envers les deux parties. Il agit en tant que prolongement de la Commission et établit un rapport à son intention.

4) Bell a contesté le statut des syndicats quant au dépôt d'une plainte, et ce, en s'appuyant sur le paragraphe 40(2) et sur l'alinéa 41d) de la Loi. La pratique courante d'accorder aux syndicats le statut de «groupe d'individus», au sens du paragraphe 40(1) de la Loi, n'a pas été remise en question. Le premier moyen de Bell est réglé par le paragraphe 40(2), qui permet la poursuite de la plainte même en l'absence du consentement du plaignant. Il n'était pas déraisonnable de la part de la Commission de ne pas tenter d'obtenir le consentement des victimes alléguées. L'ensemble des faits de l'espèce indiquaient que les victimes alléguées avaient approuvé les actes accomplis par leurs syndicats tout au long du processus. Le second moyen de Bell était que les plaintes étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi au sens de l'alinéa 41d), car les syndicats devraient être irrecevables à contester les salaires qu'ils ont eux-mêmes négociés. Un syndicat peut paraître servir ses propres intérêts et agir contrairement à l'éthique lorsqu'il utilise le mécanisme de plainte prévu par l'article 11, pour forcer la révision de la convention collective qu'il a tout juste négociée, mais, en l'absence de mauvaise foi, la loi ne l'interdit pas. La Loi doit être appliquée telle qu'elle est, et non telle qu'elle aurait pu être.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 182(1),(2).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10(b), 11(1),(2), 40(1),(2),(3),(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), s. 31, s. 62), 41(a),(b),(c),(d),(e), 43(1),(2) (as am. *idem*, s. 63), 44(1),(2),(3) (as am. *idem*, s. 64), 49(1) (as am. *idem*, s. 66), (1.1) (as am. *idem*).  
*Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44.  
*Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, ss. 11(1), 12.  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8, 9.  
*Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7.  
*Pay Equity Act*, C.C.S.M. c. P13.  
*Pay Equity Act*, R.S.N.S. 1989, c. 337.  
*Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-2.  
*Pay Equity Act*, S.N.B. 1989, c. P-5.01.  
*Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43.  
*Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16 (as am. by S.S. 1989-90, c. 23, s. 12; 1993, c. 61, s. 11), 18 (as am. by S.S. 1989-90, c. 23, s. 14; 1993, c. 61, s. 13).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 182(1),(2).  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8, 9.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10b), 11(1),(2), 40(1),(2),(3),(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 62), 41a),b),c),d),e) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34), 43(1),(2) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63), 44(1),(2),(3) (mod., *idem*, art. 64), 49(1) (mod., *idem*, art. 66), (1.1) (mod., *idem*).  
*Loi sur l'égalité des salaires*, C.P.L.M. ch. P13.  
*Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44.  
*Loi sur l'équité salariale*, L.N.-B. 1989, ch. P-5.01.  
*Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, ch. 43.  
*Loi sur l'équité salariale*, L.R.O. 1990, ch. P-7.  
*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, art. 11(1), 12.  
*Pay Equity Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 337.  
*Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-2.  
*Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 16 (mod. par S.S. 1989-90, ch. 23, art. 12; 1993, ch. 61, art. 11), 18 (mod. par S.S. 1989-90, ch. 23, art. 14; 1993, ch. 61, art. 13).

## CASES JUDICIAALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789; (1996), 27 C.H.R.R. D/488; 199 N.R. 81 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 16 C.H.R.R. D/425; 141 N.R. 185; 24 W.A.C. 245; *Canada Safeway Ltd. v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1997), 150 D.L.R. (4th) 207; 158 Sask. R. 1; 153 W.A.C. 1; [1998] 1 W.W.R. 155; 97 CLLC 230-031 (Sask. C.A.).

## REFERRED TO:

*Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada* (1997), 208 N.R. 385 (F.C.A.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.); *Slattery v. Canadian Human Rights Commission* (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision ((1998), 143 F.T.R. 81) quashing a decision made by the Canadian Human Rights Commission to request the appointment of a Human Rights Tribunal pursuant to section 49 of the *Canadian Human Rights Act*. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Peter C. Engelmann and Richard Ellis* for appellant.  
*Larry Steinberg and Fiona J. Campbell* for co-appellants.  
*Roy L. Heenan, Thomas E. F. Brady and E. Joy Noonan* for respondent.  
*René Duval and Julie Beauchemin* for intervener.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789; (1996), 27 C.H.R.R. D/488; 199 N.R. 81 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 16 C.H.R.R. D/425; 141 N.R. 185; 24 W.A.C. 245; *Canada Safeway Ltd. v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1997), 150 D.L.R. (4th) 207; 158 Sask. R. 1; 153 W.A.C. 1; [1998] 1 W.W.R. 155; 97 CLLC 230-031 (C.A. Sask.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada* (1997), 208 N.R. 385 (C.A.F.); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.); *Slattery c. Commission canadienne des droits de la personne* (1996), 205 N.R. 383 (C.A.F.).

APPEL de la décision de la Section de première instance ((1998), 143 F.T.R. 81) annulant la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de demander la formation d'un tribunal des droits de la personne conformément à l'article 49 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Peter C. Engelmann et Richard Ellis* pour l'appellant.  
*Larry Steinberg et Fiona J. Campbell* pour les co-appelants.  
*Roy L. Heenan, Thomas E. F. Brady et E. Joy Noonan* pour l'intimée.  
*René Duval et Julie Beauchemin* pour l'intervenant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Caroline Engelmann Gottheil*, Ottawa, for appellant.  
*Koskie Minskie*, Toronto, for co-appellants.  
*Heenan Blaikie*, Montréal, for respondent.  
*Canadian Human Rights Commission, Legal Services*, Ottawa, for intervener.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Caroline Engelmann Gottheil*, Ottawa, pour l'appelant.  
*Koskie Minskie*, Toronto, pour les co-appellants.  
*Heenan Blaikie*, Montréal, pour l'intimée.  
*Commission canadienne des droits de la personne, Services juridiques*, Ottawa, pour l'intervenante.

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

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

[1] DÉCARY J.A.: At issue in this appeal is the decision made by the Canadian Human Rights Commission (the Commission) on May 27, 1996 to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal (the Tribunal) in accordance with section 49 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended up to July, 1996 [R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66] (the Act). The Tribunal was to inquire into seven complaints filed against Bell Canada (Bell) by the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (CEP) (previously known as Communications Workers of Canada (CWC)), the Canadian Telephone Employees Association (CTEA) and a group called Femmes-Action. Essentially, the complaints allege that Bell had followed a discriminatory practice, prohibited by section 11 of the Act, in establishing or maintaining "differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value". The complaint by Femmes-Action also alleges discriminatory practice contrary to paragraph 10(b) of the Act (entering into discriminatory agreement).

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cet appel porte sur la décision rendue le 27 mai 1996 par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) demandant au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal des droits de la personne (le tribunal) conformément à l'article 49 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et ses modifications, en date de juillet 1996 [L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66] (la Loi). Le tribunal devait se pencher sur sept plaintes déposées contre Bell Canada (Bell) par le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) (connu auparavant comme le Syndicat des travailleurs en communication du Canada (STC)), l'Association canadienne des employés de téléphone (ACET) et par un groupe appelé Femmes-Action. Essentiellement, il est allégué dans les plaintes que Bell a commis un acte discriminatoire prohibé par l'article 11 de la Loi en établissant ou en maintenant [TRADUCTION] «la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes». La plainte de Femmes-Action allègue également l'existence d'actes discriminatoires contraires à l'alinéa 10b) de la Loi (conclure une entente discriminatoire).

[2] I note at the outset that the complaints are erroneously referred to by the parties and the Commission as "pay equity complaints". Section 11 refers to "differences in wages" ("*disparité salariale*") and its marginal note reads "Equal wages" ("*disparité salariale discriminatoire*"). The words "pay equity" have yet to make their way into federal legislation or regulation and they are nowhere to be seen even in the

[2] Je souligne au départ que les plaintes sont erronément désignées par les parties et par la Commission comme des «plaintes relatives à l'équité salariale». L'article 11 mentionne la «disparité salariale» («*differences in wages*») et sa note marginale se lit «disparité salariale discriminatoire» («*equal wages*»). Les mots «équité salariale» ne font toujours pas partie de la réglementation et de la législation fédérales, et

most recent statute dealing with “employment equity” (*Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44). On the other hand, provincial statutes have been using the “pay equity” concept for years, remarkably in legislation other than human rights codes (see *Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7; *Pay Equity Act*, C.C.S.M. c. P13; *Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-2; *Pay Equity Act*, R.S.N.S. 1989, c. 337; *Pay Equity Act*, S.N.B. 1989, c. P-5.01; and *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43). To avoid confusion the words used should be the very words adopted by the Motions Judge [(1998), 143 F.T.R. 81 (T.D.), at page 97], i.e. “wage discrimination complaints”.

[3] On June 14, 1996 Bell filed an application for judicial review of the May 27, 1996 decision of the Commission. It sought “an order in the nature of certiorari quashing the decision”, “an order prohibiting any further proceedings by the Canadian Human Rights Commission in respect of the . . . complaints, or any of them”, “a declaration that the Canadian Human Rights Commission had no reasonable grounds for requesting the President of the Canadian Human Rights Tribunal [panel] to name a Human Rights Tribunal” or, “in the alternative, a declaration that Bell should not, in the circumstances of the Commission’s present investigation, have to defend itself before a Canadian Human Rights Tribunal in respect of the . . . complaints or any of them”. (A.B., Vol. 2, at pages 1-2.)

[4] The application was based on the following grounds (A.B., Vol. 2, at pages 2-4):

- 1) The decision of the Canadian Human Rights Commission (the “**Commission**”) to request the naming of a Human Rights Tribunal is wholly vitiated by the bias against the applicant Bell Canada (“**Bell**”) which pervaded the Commission’s investigation of the complaints brought by the respondents and which has denied Bell the procedural fairness in this investigation to which it

ne figurent nulle part, pas même dans la loi la plus récente portant sur «l’équité en matière d’emploi» (*Loi sur l’équité en matière d’emploi*, L.C. 1995, ch. 44). D’autre part, les lois provinciales utilisent le concept de «l’équité salariale» depuis des années et, fait à signaler, dans des lois autres que celles portant sur les droits de la personne (voir la *Loi sur l’équité salariale*, L.R.O. (1990), ch. P.7; la *Loi sur l’égalité des salaires*, C.P.L.M. ch. P13; la *Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-2; la *Pay Equity Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 337; la *Loi sur l’équité salariale*, L.N.-B. 1989, ch. P-5.01 et la *Loi sur l’équité salariale*, L.Q. 1996, ch. 43). Afin d’éviter toute confusion, les mots utilisés en l’espèce seront ceux-là mêmes que le juge des requêtes [(1998), 143 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 97] a adoptés, c’est-à-dire «plaintes en matière de disparité salariale».

[3] Le 14 juin 1996, Bell a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision du 27 mai 1996 de la Commission. Elle cherchait à obtenir [TRADUCTION] «une ordonnance de certiorari annulant la décision», «une ordonnance interdisant toute autre procédure de la part de la Commission canadienne des droits de la personne à l’égard des plaintes», «un jugement déclaratoire portant que la Commission canadienne des droits de la personne n’avait aucun motif raisonnable de demander au président du [Comité du] tribunal canadien des droits de la personne de désigner un tribunal des droits de la personne» ou, [TRADUCTION] «subsidièrement, un jugement déclaratoire portant que Bell ne devrait pas, dans le cadre de la présente enquête de la Commission, être tenue de se défendre devant un tribunal canadien des droits de la personne à l’égard de l’une ou l’autre des plaintes». (D.A., vol. 2, aux pages 1 et 2.)

[4] La demande était fondée sur les motifs suivants (D.A., vol. 2, aux pages 2 à 4):

[TRADUCTION]

- 1) La décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne (la **Commission**) a demandé la formation d’un tribunal des droits de la personne est entièrement viciée par la partialité dont la Commission a fait preuve contre Bell Canada (**Bell**) tout au long de l’enquête qu’elle a menée au sujet des plaintes déposées par les intimés et qui a eu pour effet de nier à Bell

- is entitled;
- 2) The Commission has erred in law and denied Bell procedural fairness by not exercising its power and duty under paragraph 41(d) of the *Canadian Human Rights Act* and not rejecting as vexatious and in bad faith the complaints by the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (“CEP”) and the Canadian Telephone Employees Association (“CTEA”) that wages which they themselves had freely negotiated in collective agreements binding on them and on Bell under section 56 of the *Canadian Labour Code* were contrary to the *Canadian Human Rights Act*;
  - 3) The Commission has erred in law and denied Bell procedural fairness by not exercising its powers and duties under subsection 40(2) and paragraph 41(b) of the *Canadian Human Rights Act* and not denying the CEP and CTEA status as complainants, despite the absence of proof that any of the alleged victims of discrimination had consented to their so acting, and despite the existence of the alternative remedy of collective bargaining under the *Canada Labour Code*;
  - 4) The Commission found in 1984, in 1985 and again in 1987 that Bell was not discriminating in wages on the basis of sex and dismissed complaints by the same complainant union, CEP (then known as the Communications Workers of Canada) alleging that wages paid the female-dominated jobs chosen by the union were discriminatory as compared to the male-dominated jobs again chosen by the same union. Without any evidence of any discriminatory wage increases since the time of its previous decisions, without making any appropriate job to job comparison and in the absence of a statistically significant change in the relationship between wages of the male and female-dominated jobs, the Commission has erred in law and has acted arbitrarily in deciding that grounds now exist to request the naming of a Human Rights Tribunal to inquire into the complaints covering the same jobs.
  - 5) The Commission’s decision to request the naming of a Human Rights Tribunal on an Investigation Report which was exclusively based upon a study of certain jobs at Bell carried out in 1991-1992 solely for purposes of collective bargaining between Bell, the CEP
- l’équité procédurale à laquelle elle a droit au cours de cette enquête;
- 2) La Commission a commis une erreur de droit et nié à Bell l’équité procédurale en omettant d’exercer ses fonctions en vertu de l’alinéa 41d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de rejeter, au motif qu’elles étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi, les plaintes dans lesquelles le Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier (SCEP) et l’Association canadienne des employés de téléphone (ACET) ont soutenu que les salaires qu’ils avaient eux-mêmes librement négociés dans des conventions collectives auxquelles ils étaient avec Bell liés en vertu de l’article 56 du *Code canadien du travail* allaient à l’encontre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*;
  - 3) La Commission a commis une erreur de droit et nié à Bell l’équité procédurale en omettant d’exercer les fonctions dont elle est investie en vertu du paragraphe 40(2) et de l’alinéa 41b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et de nier au SCEP et à l’ACET le statut de plaignants, malgré l’absence de preuve indiquant que l’une ou l’autre des «victimes» de la discrimination avait consenti à ce qu’ils agissent ainsi et malgré l’existence de la réparation subsidiaire de la négociation collective sous le régime du *Code canadien du travail*;
  - 4) En 1984, 1985 et 1987, la Commission a conclu que Bell ne pratiquait pas la discrimination salariale fondée sur le sexe et a rejeté les plaintes du même syndicat, le SCEP (alors appelé Syndicat des travailleurs en communication du Canada), selon lesquelles les salaires versés pour les emplois à prédominance féminine choisis par le syndicat étaient discriminatoires comparativement à ceux des emplois à prédominance masculine également choisis par le même syndicat. Étant donné qu’elle n’était saisie d’aucun élément de preuve indiquant que les salaires avaient été augmentés de façon discriminatoire depuis ses décisions précédentes, et qu’elle n’avait pas procédé à une comparaison satisfaisante entre les emplois, et en l’absence de modification significative sur le plan statistique en ce qui a trait aux liens entre les salaires des emplois à prédominance masculine et ceux des emplois à prédominance féminine, la Commission a commis une erreur de droit et agi de façon arbitraire lorsqu’elle a conclu à l’existence de motifs permettant de demander la formation d’un tribunal des droits de la personne pour mener une enquête sur les plaintes portant sur les mêmes emplois.
  - 5) La décision par laquelle la Commission a demandé la formation d’un tribunal des droits de la personne au vu d’un rapport d’enquête qui était fondé exclusivement sur une étude de certains emplois exercés chez Bell en 1991 et 1992, et ce, uniquement pour les négociations

and CTEA constitutes an error of law. Because of the methods used in its preparation and the method of analysis adopted, this study never was a job to job study and is not capable of giving rise to any inference that Bell has paid wages which discriminate on the basis of sex contrary to the *Canadian Human Rights Act*;

- 6) The Commission has erred in law and denied Bell procedural fairness by requesting the naming of a Human Rights Tribunal for the investigation of complaints by the CEP, CTEA and Femmes-Action whose vagueness renders it impossible for Bell to make the full answer and defence which is its right;
  - 7) The Commission has erred in law and denied Bell procedural fairness by purporting to exercise its power to extend the one year time limit for the bringing of complaints under the *Canadian Human Rights Act* without any legal or factual basis for so acting, and has thereby deprived Bell of its substantive right under the Act not to have to defend itself against complaints based upon events more than one year in the past;
  - 8) The Commission's decision to request the naming of a Human Rights Tribunal is wholly vitiated by the procedural unfairness of the Commission's investigation into the complaints by the CEP, CTEA and Femmes-Action, which lumped together the complaints now referred to a Human Rights Tribunal with numerous others covering different female-dominated jobs, different time periods and using different male-dominated jobs for comparison with the female-dominated ones. This procedure made it impossible for Bell to properly assert its different defences in fact and in law to each of the numerous different complaints purportedly investigated at the same time, and thereby denied it the procedural fairness to which it was entitled.
  - 9) The Commission has erred in law in requesting the naming of a Human Rights Tribunal to investigate the complaints of the CEP, CTEA and Femmes-Action, which involve comparison of employees in different establishments, where the *Canadian Human Rights Act* and the Equal Wage Guidelines, issued thereunder and binding on the Commission, both limit allegations of discrimination in wages on the basis of sex to instances in which both the male and female employees are employed in the same establishment.
- collectives entre Bell, le SCEP et l'ACET, constitue une erreur de droit. En raison des méthodes utilisées au cours de sa préparation ainsi que de la méthode d'analyse employée, cette étude ne reposait pas sur une comparaison d'emploi à emploi et ne permettait pas de conclure que Bell s'était rendue coupable de disparité salariale motivée par des considérations fondées sur le sexe, contrairement à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*;
- 6) La Commission a commis une erreur de droit et nié à Bell l'équité procédurale en demandant la formation d'un tribunal des droits de la personne pour l'examen de plaintes qu'ont déposées le SCEP, l'ACET et Femmes-Action et qui sont imprécises au point où Bell ne peut présenter une défense pleine et entière, comme elle a le droit de le faire;
  - 7) La Commission a commis une erreur de droit et nié à Bell l'équité procédurale en prétendant exercer son pouvoir de proroger le délai d'un an relatif au dépôt des plaintes fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, sans raison valable, en fait ou en droit, privant de ce fait Bell de son droit fondamental, en vertu de la Loi, de ne pas être tenue de se défendre à l'égard de plaintes fondées sur des événements survenus plus d'un an avant le dépôt des plaintes;
  - 8) La décision de la Commission de demander la formation d'un tribunal des droits de la personne est entièrement viciée en raison du manque d'équité procédurale dont la Commission a fait montre lors de son enquête relative aux plaintes du SCEP, de l'ACET et de Femmes-Action en joignant aux plaintes actuellement portées à l'attention d'un tribunal des droits de la personne plusieurs autres plaintes couvrant différents emplois à prédominance féminine et différentes périodes et en utilisant différents emplois à prédominance masculine pour les comparer avec les emplois à prédominance féminine. En raison de cette procédure, Bell n'a pu faire valoir en bonne et due forme les différents moyens de contestation d'ordre factuel et juridique qu'elle avait l'intention d'invoquer à l'égard de chacune des nombreuses plaintes apparemment examinées en même temps et s'est vu nier de ce fait l'équité procédurale à laquelle elle avait droit.
  - 9) La Commission a commis une erreur de droit en demandant la formation d'un tribunal des droits de la personne pour mener une enquête sur les plaintes du SCEP, de l'ACET et de Femmes-Action, laquelle enquête fait appel à une comparaison entre des employés travaillant dans différents établissements, alors que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, qui a été adoptée sous l'autorité de la Loi et qui lie la Commission, restreignent les allégations de disparité salariale fondée sur le sexe aux cas d'employés tant de sexe

10) The Commission has acted in error in making its own a fundamentally flawed and improper investigation report, which cannot be used to justify any request for the naming of a Human Rights Tribunal.

[5] The two unions and Femmes-Action will be referred to as “the appellants” in these reasons. Femmes-Action was not represented at the hearing in the Trial Division nor was it represented before us.

[6] In paragraph 38 of his reasons [at page 104], the Motions Judge stated the following conclusion:

The court finds on the plethora of evidence tendered by the parties, not all of which is or can be reasonably recited here, and on the oral submissions of counsel, and the court’s brief dialogues with them, that, of the applicant’s grounds for relief recited earlier . . . , the applicant has established those expressed in items 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8) and 10). These are ample grounds for granting the applicant the relief which it claims, “seriatim” (with no alternative), but granting the last claim with the preceding ones, as recited earlier . . . .

#### The relevant statutes and guidelines

[7] It will be useful at this stage to reproduce the text of the provisions that are most relevant to this appeal:

*Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 11, 40 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62), 41, 43 (as am. *idem*, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64), 49 (as am. *idem*, s. 66)]

#### PART I PROSCRIBED DISCRIMINATION

...

*Discriminatory Practices*

...

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and

masculin que de sexe féminin qui travaillent dans le même établissement.

10) La Commission a commis une erreur en faisant sien un rapport d’enquête fondamentalement vicié et erroné qui ne peut servir de justification à une demande de formation d’un tribunal des droits de la personne.

[5] Dans les présents motifs, les deux syndicats et Femmes-Action seront désignés comme les «appelants». Femmes-Action n’était représentée ni à l’audience tenue devant la Section de première instance ni devant nous.

[6] Au paragraphe 38 de ses motifs [à la page 104], le juge des requêtes a formulé sa conclusion comme suit:

Compte tenu de la panoplie de documents que les parties ont présentés et qui ne peuvent être reproduits ou cités en entier en l’espèce, des arguments des avocats ainsi que des entretiens qu’elle a eu avec eux, la Cour conclut que, parmi les motifs que la requérante a invoqués au soutien de sa demande de réparation [. . .], les motifs exprimés aux points 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8) et 10) ont été établis. Ce sont là des motifs plus que suffisants pour accorder à la requérante chacune des réparations qu’elle demande (sans recours subsidiaire) [. . .], la dernière réparation devant être combinée avec les réparations précédentes.

#### Les lois pertinentes et l’Ordonnance

[7] À cette étape-ci, il est utile de reproduire le texte des dispositions les plus pertinentes aux fins du présent appel:

*Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11, 40 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 62), 41 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34), 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64), 49 (mod., *idem*, art. 66)]

#### PARTIE I MOTIFS DE DISTINCTION ILLICITE

[. . .]

*Actes discriminatoires*

[. . .]

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l’employeur d’instaurer ou de pratiquer la disparité salariale

female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

...

(6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

...

### PART III DISCRIMINATORY PRACTICES AND GENERAL PROVISIONS

...

**40.** (1) Subject to subsections (5) and (7), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

(2) If a complaint is made by someone other than the individual who is alleged to be the victim of the discriminatory practice to which the complaint relates, the Commission may refuse to deal with the complaint unless the alleged victim consents thereto.

(3) Where the Commission has reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice, the Commission may initiate a complaint.

(4) Where complaints are filed jointly or separately by more than one individual or group alleging that a particular person is engaging or has engaged in a discriminatory practice or a series of similar discriminatory practices and the Commission is satisfied that the complaints involve substantially the same issues of fact and law, it may deal with those complaints together under this Part and may request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a single Human Rights Tribunal pursuant to section 49 to inquire into those complaints.

...

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

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or

entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Le critère permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.

[. . .]

(6) Il est interdit à l'employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article.

[. . .]

### PARTIE III ACTES DISCRIMINATOIRES ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES

[. . .]

**40.** (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (7), un individu ou un groupe d'individus ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

(2) La Commission peut assujettir la recevabilité d'une plainte au consentement préalable de l'individu présenté comme la victime de l'acte discriminatoire.

(3) La Commission peut prendre l'initiative de la plainte dans les cas où elle a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire.

(4) En cas de dépôt, conjoint ou distinct, par plusieurs individus ou groupes de plaintes dénonçant la perpétration par une personne donnée d'actes discriminatoires ou d'une série d'actes discriminatoires de même nature, la Commission peut, pour l'application de la présente partie, joindre celles qui, à son avis, soulèvent pour l'essentiel les mêmes questions de fait et de droit et demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de charger, conformément à l'article 49, un tribunal unique de les examiner.

[. . .]

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

a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures

review procedures otherwise reasonably available;

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

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

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

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

...

#### *Investigation*

43. (1) The Commission may designate a person, in this Part referred to as an "investigator", to investigate a complaint.

(2) An investigator shall investigate a complaint in a manner authorized by regulations made pursuant to subsection (4).

...

44. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

(2) If, on receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission is satisfied

(a) that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

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

it shall refer the complainant to the appropriate authority.

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) may request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal in accordance with section 49 to inquire into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

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

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

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

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

[ . . . ]

#### *Enquête*

43. (1) La Commission peut charger une personne, appelée, dans la présente loi, «l'enquêteur», d'enquêter sur une plainte.

(2) L'enquêteur doit respecter la procédure d'enquête prévue aux règlements pris en vertu du paragraphe (4).

[ . . . ]

44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

(2) La Commission renvoie le plaignant à l'autorité compétente dans les cas où, sur réception du rapport, elle est convaincue, selon le cas:

a) que le plaignant devrait épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

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

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission:

a) peut demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer, en application de l'article 49, un tribunal des droits de la personne chargé d'examiner la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue;

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

...

#### *Human Rights Tribunal*

49. (1) The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal, in this Part referred to as a "Tribunal", to inquire into the complaint if the Commission is satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted.

(1.1) On receipt of a request under subsection (1), the President of the Human Rights Tribunal Panel shall appoint a Tribunal to inquire into the complaint to which the request relates.

#### *Equal Wages Guidelines, 1986* SOR/86-1082 [ss. 11, 12]

##### *Complaints by Individuals*

11. (1) Where a complaint alleging a difference in wages is filed by or on behalf of an individual who is a member of an identifiable occupational group, the composition of the group according to sex is a factor in determining whether the practice complained of is discriminatory on the ground of sex.

...

##### *Complaints by Groups*

12. Where a complaint alleging different wages is filed by or on behalf of an identifiable occupational group, the group must be predominantly of one sex and the group to which the comparison is made must be predominantly of the other sex.

(i) d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,

(ii) d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à (e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue:

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41(c) à (e).

[. . .]

#### *Tribunal des droits de la personne*

49. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal des droits de la personne, appelé dans la présente partie le «tribunal», chargé d'examiner la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l'examen est justifié.

(1.1) Sur réception d'une demande présentée en application du paragraphe 44(3), le président du Comité du tribunal des droits de la personne constitue un tribunal chargé d'examiner la plainte visée par cette demande.

#### *Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* DORS/86-1082 [art. 11, 12]

##### *Plaintes individuelles*

11. (1) Lorsqu'une plainte dénonçant une situation de disparité salariale est déposée par un individu qui fait partie d'un groupe professionnel identifiable, ou est déposée au nom de cet individu, la composition du groupe selon le sexe est prise en considération avant qu'il soit déterminé si la situation constitue un acte discriminatoire fondé sur le sexe.

[. . .]

##### *Plaintes collectives*

12. Lorsqu'une plainte dénonçant une situation de disparité salariale est déposée par un groupe professionnel identifiable ou en son nom, ce groupe doit être composé majoritairement de membres d'un sexe et le groupe auquel il est comparé doit être composé majoritairement de membres de l'autre sexe.

*Canada Labour Code*  
[R.S.C., 1985, c. L-2, s. 182]

Division III  
Equal Wages

**182.** (1) For the purposes of ascertaining whether a discriminatory practice under section 11 of the *Canadian Human Rights Act* is being or has been engaged in, sections 249, 250, 252, 253, 254, 255 and 264 apply, with such modifications as the circumstances require, as if this Part expressly required an employer to refrain from that discriminatory practice.

(2) Where an inspector has reasonable grounds at any time for believing that an employer is engaging or has engaged in a discriminatory practice described in subsection (1), the inspector may notify the Canadian Human Rights Commission or file a complaint with that Commission under section 40 of the *Canadian Human Rights Act*.

The facts

[8] While some of the facts are in dispute the following events and dates are not and will serve to put the matters at issue in their proper context.

[9] In the early 1980s a number of complaints were filed against Bell under section 11 of the Act. They were investigated and dismissed by the Commission.

[10] “Pay equity” issues were discussed during the contract negotiations in 1988 between Bell and CEP as well as between Bell and CTEA. The parties agreed to examine the issues and two parallel processes were undertaken, one with each of the unions. This was consistent with the bilateral approach used in collective bargaining between Bell and the two unions.

[11] In 1989, Bell proposed a committee approach consisting of representatives from Bell and both of the unions. On April 26, 1991, Bell and the unions signed the “Terms of Reference” for a tripartite “Pay Equity Project” (the Joint Study). The purpose and scope of the Joint Study was “[t]o assess the equity in compensation systems for work performed in female domi-

*Code canadien du travail*  
[L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 182]

Section III  
Égalité des salaires

**182.** (1) Les articles 249, 250, 252, 253, 254, 255 et 264 s’appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à la recherche et à la constatation des actes discriminatoires définis à l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, comme si ces actes étaient expressément interdits par la présente partie.

(2) L’inspecteur qui a des motifs raisonnables de soupçonner un employeur d’avoir commis l’un des actes discriminatoires visés au paragraphe (1) peut en aviser la Commission canadienne des droits de la personne ou déposer une plainte devant celle-ci conformément à l’article 40 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Les faits

[8] Bien que certains faits soient contestés, les événements et les dates qui suivent ne le sont pas et serviront à situer les questions en litige dans leur contexte approprié.

[9] Au début des années 80, un certain nombre de plaintes ont été déposées contre Bell en vertu de l’article 11 de la Loi. La Commission a fait enquête et les a rejetées.

[10] Les questions relatives à «l’équité salariale» ont fait l’objet de pourparlers pendant les négociations de convention collective en 1988 entre Bell et le SCEP, de même qu’entre Bell et l’ACET. Les parties ont convenu d’étudier ces questions et deux processus parallèles ont été lancés, soit un avec chacun des syndicats. Cela était conforme à l’approche bilatérale utilisée dans le cadre de la négociation collective entre Bell et les deux syndicats.

[11] En 1989, Bell a proposé la formation d’un comité composé de représentants de Bell et des deux syndicats. Le 26 avril 1991, Bell et les syndicats ont signé le [TRADUCTION] «mandat» à l’égard d’un [TRADUCTION] «projet relatif à l’équité salariale» (l’étude mixte) trilatéral. L’étude mixte visait à [TRADUCTION] «évaluer l’équité des systèmes de rémunération quant

nated classes within the bargaining units represented by the CTEA and the CWC, in accordance with Chapter H-6, section 11 of the Canadian Human Rights Act". The Terms of Reference go on to describe "the mandate" as being "to complete a pay equity audit and report the findings to the appropriate group in each organization" (A.B., Vol. 2, at page 36). Section 2.4 of the Terms of Reference provided that "[t]he information that is shared and generated during the Pay Equity Project is only for the purposes of this study. All parties agree to safeguard all sensitive or confidential records". (A.B., Vol. 2, at page 36). Bell was to be responsible for the costs of the project.

[12] At the time the Terms of Reference were signed on April 26, 1991, none of the systemic complaints at issue in these proceedings had been filed. The only complaints then outstanding against Bell were two complaints by a total of eight individual employees comparing specific jobs.

[13] To ensure that the Joint Study complied with the Act and the Guidelines, the Commission was asked to be involved in the Joint Study. It was involved in almost every aspect of the work and participated in every stage including the development of the job information questionnaire and the job evaluation system, observation of the pilot testing of the questionnaire, the completion of the questionnaire and focus group reviews, review of the written comments of the supervisors and observation of some of the job evaluation sessions.

[14] A Final Report was issued November 23, 1992 (A.B., Vol. 3, at page 335). It found that there were "patterns of disparity" which revealed "that female-dominated jobs receive from \$1.99 to \$5.35 less per hour than male-dominated jobs of equal value" (at page 347). The report was to be "submitted to company and union executives, who will look at how to improve the Pay Equity situation through the bargaining process" (at page 337) and "used in negotiations

au travail effectué dans les catégories à prédominance féminine des unités de négociation représentées par l'ACET et par le STC, conformément au chapitre H-6, article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne». Plus loin, le mandat est décrit comme étant le moyen [TRADUCTION] «de procéder à une vérification en matière d'équité salariale et d'en soumettre les conclusions au groupe approprié de chaque organisation» (D.A., vol. 2, à la page 36). L'article 2.4 du mandat prévoyait que [TRADUCTION] «les renseignements obtenus dans le cadre du projet relatif à l'équité salariale ne sont utilisables qu'aux fins de la présente étude. Les parties conviennent de protéger tout dossier confidentiel ou contenant des renseignements de nature délicate» (D.A., vol. 2, à la page 36). Bell devait assumer les coûts du projet.

[12] À la signature du mandat, le 26 avril 1991, aucune des plaintes systémiques faisant l'objet de la présente instance n'avait été déposée. Seules deux plaintes déposées par huit employées au total, établissant des comparaisons entre des postes particuliers, étaient pendantes contre Bell.

[13] Aux fins d'assurer la conformité de l'étude mixte avec la Loi et l'Ordonnance, il a été demandé à la Commission d'y participer. Cette dernière a pris part à presque toutes les facettes du travail et à toutes ses étapes, notamment à la conception du questionnaire sur les renseignements relatifs aux postes et du système d'évaluation du travail, à la surveillance de la mise à l'essai du questionnaire, à l'achèvement du questionnaire et des études d'un groupe ciblé, à l'examen des commentaires écrits des superviseurs et à la surveillance de certaines séances d'évaluation de postes.

[14] Un rapport final a été produit le 23 novembre 1992 (D.A., vol. 3, à la page 335). Ce rapport concluait à l'existence de [TRADUCTION] «disparités structurelles» qui montraient [TRADUCTION] «que les emplois à prépondérance féminine sont rémunérés entre 1,99 \$ et 5,35 \$ de moins de l'heure que les emplois à prépondérance masculine de valeur égale» (à la page 347). Le rapport devait être [TRADUCTION] «remis à la société et aux dirigeants des syndicats, qui

aimed at reducing the disparities and improving the Pay Equity situation within Bell” (at page 348).

[15] At the time the Final Report was issued, a number of complaints were outstanding against Bell, three of which had been filed by CTEA (complaints X00344, X00372 and X00417) and all of which had identified specific comparators. The three CTEA complaints in an amended form would be amongst the seven referred to the Tribunal on May 27, 1996.

[16] Following the issuance of the Final Report, Bell and the unions pursued their negotiations. In September 1993, Bell made a “pay equity” adjustment of approximately 1% of salary for each affected employee and announced it was planning a similar payment for September 1994. The unions were of the view that these adjustments did not close the wage gap. They tried to negotiate a settlement but were not successful. They therefore decided to each file a systemic complaint. CEP filed its complaint on January 31, 1994 (complaint X00456) and CTEA, on March 4, 1994 (complaint X00460). Earlier, on January 25, 1994, Femmes-Action had filed its own systemic complaint (complaint X00455). In none of these complaints was there any reference to specific comparators. The typical allegation was that Bell had discriminated “by paying less than male dominated jobs of equal value as demonstrated by the Joint Pay Equity Study” (A.B., Vol. 2, at pages 58-76).

[17] In addition to filing its systemic complaint on March 4, 1994, CTEA amended the three complaints it had filed earlier (complaints X00344, X00372 and X00417) in such a way as to replace the reference to specific comparators with reference to the Joint Pay Equity Study as quoted in paragraph 16.

vont examiner les façons d’améliorer la situation relativement à l’équité salariale au moyen du processus de la négociation» (à la page 337), et [TRADUCTION] «utilisé dans le cadre de négociations visant à réduire les disparités et à améliorer la situation relativement à l’équité salariale chez Bell» (à la page 348).

[15] Au moment de la sortie du rapport final, il y avait un certain nombre de plaintes pendantes contre Bell, dont trois avaient été déposées par l’ACET (les plaintes X00344, X00372 et X00417), et toutes ces plaintes avaient désigné des facteurs de comparaison particuliers. Les trois plaintes déposées par l’ACET, sous une forme modifiée, faisaient partie des sept plaintes déferées au tribunal le 27 mai 1996.

[16] À la suite de la sortie du rapport final, Bell et les syndicats ont poursuivi leurs négociations. En septembre 1993, à des fins d’«équité salariale», Bell a procédé à une majoration d’environ 1 % de la rémunération de chaque employé touché, et a annoncé qu’elle prévoyait faire de même en septembre 1994. Les syndicats étaient d’avis que ces majorations n’éliminaient pas l’écart salarial. Ils ont tenté, en vain, de négocier un règlement, de sorte qu’ils ont décidé de déposer des plaintes systémiques. Le SCEP a déposé sa plainte le 31 janvier 1994 (plainte X00456) tandis que l’ACET a déposé la sienne le 4 mars 1994 (plainte X00460). Auparavant, soit le 25 janvier 1994, Femmes-Action avait déposé sa propre plainte systémique (plainte X00455). Aucune plainte ne mentionnait de facteurs de comparaison particuliers. L’allégation typique était que Bell avait commis des actes discriminatoires [TRADUCTION] «en versant une rémunération moins élevée que pour les emplois à prépondérance masculine de valeur égale, comme l’a démontré l’étude mixte sur l’équité salariale» (D.A., vol. 2, aux pages 58 à 76).

[17] En plus de déposer sa plainte systémique le 4 mars 1994, l’ACET a modifié les trois plaintes qu’elle avait déposées antérieurement (plaintes X00344, X00372 et X00417), de manière à remplacer la mention de facteurs de comparaison particuliers par un renvoi à l’étude mixte mentionnée dans le paragraphe qui précède.

[18] On March 15, 1994, the Commission issued a Draft Investigation Report (A.B., Vol. 2, at page 64) and invited comments within sixty days. The report examined 55 complaints from 64 employees as well as the six systemic complaints filed by Femmes-Action, CTEA and CEP.

[19] On June 21, 1994 CTEA filed an additional systemic complaint (complaint X00469) with reference to the Joint Pay Equity Study as quoted in paragraph 16.

[20] Bell sent its written comments on June 30, 1994 (A.B., Vol. 11, at page 1870). It submitted, *inter alia*, that the complaints were untimely; that they did not identify what occupational groups were to be used for the purposes of comparison; that the Joint Study did not report any comparison between specific occupational groups and had not been conducted for that purpose; that the complaints did not identify any establishment; and that the subject-matter of the complaint should be dealt with in collective bargaining under the *Canada Labour Code*. Bell also argued that the unions were not groups of individual victims, that they shared joint responsibility for the wages they themselves had negotiated, that they had no status to act as "equal pay" complainants under the Act and that they were estopped from so acting.

[21] After unsuccessful mediation efforts, the Commission issued its Investigation Report on May 5, 1995 and invited written submissions by June 7, 1995 (A.B., Vol. 2, at page 77).

[22] Bell sent its reply on June 7, 1995 (A.B., Vol. 2, at page 119). While reiterating most of the comments it had made in its reply to the Draft Investigation Report, Bell also argued that the grouping of the complaints was unfair and that the investigation process was biased and tainted for the following reasons (A.B., Vol. 2, at pages 121-122):

[18] Le 15 mars 1994, la Commission a produit un rapport d'enquête préliminaire (D.A., vol. 2, à la page 64) et a demandé que des commentaires lui soient faits dans un délai de soixante jours. Le rapport a analysé 55 plaintes, déposées par 64 employées, ainsi que les six plaintes systémiques déposées par Femmes-Action, l'ACET et le SCEP.

[19] Le 21 juin 1994, l'ACET a déposé une autre plainte systémique (plainte X00469) qui renvoyait à l'étude mixte dans les termes décrits au paragraphe 16.

[20] Bell a envoyé ses commentaires écrits le 30 juin 1994 (D.A., vol. 11, à la page 1870). Elle a notamment prétendu que les plaintes avaient été déposées hors délai, qu'elles ne mentionnaient pas les groupes professionnels devant être utilisés aux fins de comparaison, que l'étude mixte ne faisait état d'aucune comparaison entre des groupes professionnels particuliers et qu'elle n'avait pas été faite dans ce but, que les plaintes ne mentionnaient aucun établissement, et que l'objet des plaintes devrait être abordé dans le cadre des négociations collectives menées en vertu du *Code canadien du travail*. Bell a également avancé que les syndicats ne constituaient pas des groupes de victimes individuelles, qu'ils étaient responsables à part égale pour les salaires qu'ils avaient eux-mêmes négociés, qu'ils n'avaient pas le statut requis pour agir à titre de plaignants en matière d'«égalité salariale» en vertu de la Loi et qu'ils étaient irrecevables à agir à ce titre.

[21] Après d'infructueux efforts de médiation, la Commission a remis son rapport d'enquête le 5 mai 1995, et a sollicité des observations écrites pour le 7 juin 1995 (D.A., vol. 2, à la page 77).

[22] Bell a fait parvenir sa réponse le 7 juin 1995 (D.A., vol. 2, à la page 119). En plus de réitérer la plupart des commentaires qu'elle avait déjà faits dans sa réponse au rapport d'enquête préliminaire, Bell a également soutenu que le regroupement des plaintes était inéquitable et que le processus d'enquête était biaisé et vicié pour les motifs suivants [D.A., vol. 2, aux pages 121 et 122):

- i) The complaints were treated and investigated together, with no regard to their different nature and irrespective of timeliness or vagueness of the various complaints, and by the same investigator;
- ii) Commission staff and the investigator herself actively counselled the complainants in respect to the complaints and their amendments, and even suggested the filing of new complaints, which she then accepted. Complaints were amended at the investigator's suggestion, and the "Investigation Report" is nothing more than a report by the investigator asking the Commission to justify the unfair procedure which involved the zeal of prosecution rather than the objectivity required for investigation.

Some complaints are so vague that it is impossible to defend them and further cover many establishments contrary to the specified provisions of the *Canadian Human Rights Act* (the "Act").

Nonetheless the investigator "investigated" all the complaints in one single all-encompassing process, notwithstanding the objection raised that several of the complaints were vague, untimely and cover several different establishments.

The Investigation Report now recommends that all complaints irrespective of their validity or merit be dealt with as one group by the Commission. The investigator is therefore suggesting that the Commission make its own the unfair and biased process adopted by the investigator, rather than turning its mind to the merit of each individual complaint. Bell Canada submits that the resolution proposed cannot legally be approved by the Commission.

- iii) The so-called "amendments" to the complaints, some of which were suggested and/or solicited by the investigator herself apparently based on information gathered in the course of the investigation, in fact fundamentally transform these complaints into new ones, ignoring at once the untimeliness of the complaints, the nature of the initial complaints and the unfairness of the process.

[23] On November 15, 1995, the Commission issued a Revised Investigation Report (A.B., Vol. 2, at page 190) and invited written comments by December 14, 1995. The report identifies the following objections raised by Bell (A.B., Vol. 2, at page 193):

[TRADUCTION]

- i) Les plaintes ont été traitées comme une seule plainte et ont fait l'objet d'une seule enquête, qui a été effectuée par le même enquêteur, sans qu'il ne soit tenu compte de leur nature différente, du délai du dépôt des diverses plaintes et de leur caractère vague.
- ii) Le personnel de la Commission et l'enquêteur elle-même ont activement conseillé les plaignants à l'égard des plaintes et de leurs modifications, et ont même suggéré le dépôt de nouvelles plaintes, que l'enquêteur a accepté par la suite. Des plaintes ont été modifiées à l'instigation de l'enquêteur, et le «rapport d'enquête» n'est rien de plus que le rapport d'un enquêteur demandant à la Commission d'entériner la procédure inéquitable qui a donné lieu à du zèle accusateur plutôt qu'à l'objectivité requise pour une enquête.

Certaines plaintes sont tellement vagues qu'il est impossible d'y répondre, et s'appliquent en outre à plusieurs établissements, contrairement aux dispositions précises de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi).

L'enquêteur a néanmoins «enquêté» sur toutes les plaintes en un seul processus englobant, malgré l'opposition qui a été soulevée selon laquelle plusieurs de ces plaintes étaient vagues, hors délai et qu'elles s'appliquaient à plusieurs établissements différents.

Le rapport d'enquête recommande maintenant que toutes les plaintes, nonobstant leur validité ou leur bien-fondé, soient traitées comme un seul groupe par la Commission. L'enquêteur suggère donc que la Commission fasse sien le processus inéquitable et biaisé qu'elle a adopté, plutôt que de se pencher sur le bien-fondé de chaque plainte. Bell Canada prétend que la solution proposée ne peut légalement être approuvée par la Commission.

- iii) Les soi-disant «modifications» des plaintes, dont certaines ont été suggérées ou sollicitées par l'enquêteur elle-même, apparemment sur la foi de renseignements recueillis au cours de son enquête, transforment en fait fondamentalement ces plaintes en de nouvelles, faisant fi de leur dépôt hors délai, de la nature des plaintes initiales et de l'iniquité du processus.

[23] Le 15 novembre 1995, la Commission a produit un rapport d'enquête révisé (D.A., vol. 2, à la page 190) et a sollicité des commentaires écrits pour le 14 décembre 1995. Le rapport mentionne les oppositions suivantes soulevées par Bell (D.A., vol. 2, à la page 193):

4. The respondent claims that the complaints are untimely, that compatibility with the outside market should be considered, that the unions could not file a complaint on wages which they themselves negotiated, that it should be demonstrated that Bell is a single establishment according to s. 11 of the *Act*, that other redress mechanisms are more appropriate, and that collective bargaining was more appropriate to resolve these issues than complaints with the Canadian Human Rights Commission.
5. The respondent argues that the joint pay equity study was undertaken "for the specific purpose of being a guide to collective bargaining and for no other purpose". Further, "the study is specifically not a system used by the employer in assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment;" the study is flawed and provides no basis for comparisons between specific occupational groups.

and dismisses them as follows (A.B., Vol. 2, at page 194):

7. This investigation found that the unions represent alleged victims of discrimination, that no other review procedure is appropriate to resolve the complaints, that no other *Act* of Parliament provides an appropriate procedure to resolving the complaints, that the unions did not act in bad faith in filing these complaints, that the respondent's whole operation constitutes a single establishment and that, therefore, the objections raised by the respondent should not be sustained.

[24] The report goes on to explain why the staff of the Commission had suggested to some complainants to amend their original complaints (A.B., Vol. 2, at page 204):

68. Most of the individuals from the CTEA filed their complaint prior to the conclusion of the joint pay equity study and even prior to the initiation of that study. At that time, they filed their complaint and chose their comparators based on their knowledge of the jobs close to them.

...

[TRADUCTION]

4. La défenderesse prétend que les plaintes ont été déposées hors délai, qu'il faudrait faire la comparaison avec le marché extérieur, que les syndicats ne pouvaient déposer une plainte à l'égard des salaires qu'ils avaient eux-mêmes négociés, qu'il faudrait faire la preuve que Bell constitue un seul établissement, conformément à l'article 11 de la *Loi*, qu'il existe d'autres mécanismes de redressement plus appropriés et qu'il était plus approprié de résoudre ces questions au moyen de négociations collectives qu'au moyen de plaintes portées auprès de la Commission canadienne des droits de la personne.
5. La défenderesse soutient que l'étude mixte sur l'équité salariale a été effectuée [TRADUCTION] «dans le but précis de servir de guide aux fins de la négociation collective, et dans aucun autre but». Elle ajoute que, [TRADUCTION] «en particulier, l'étude ne constitue pas un système utilisé par l'employeur pour évaluer la valeur du travail effectué par les employés œuvrant dans le même établissement», et que l'étude est viciée et ne fournit aucun facteur de comparaison entre des groupes professionnels particuliers.

et les rejette ainsi (D.A., vol. 2, à la page 194):

[TRADUCTION]

7. La présente enquête a permis d'établir que les syndicats représentent des victimes alléguées de discrimination, qu'il n'existe aucune autre procédure d'examen appropriée pour décider des plaintes, qu'aucune autre *Loi* fédérale ne prévoit une procédure appropriée de résolution des plaintes, que les syndicats n'ont pas agi de mauvaise foi en déposant ces plaintes, que l'ensemble de l'exploitation de la défenderesse constitue un seul établissement, et qu'en conséquence, les oppositions soulevées par la défenderesse ne doivent pas être accueillies.

[24] Le rapport explique par la suite pourquoi le personnel de la Commission avait suggéré à certains plaignants de modifier leur plainte originale (D.A., vol. 2, à la page 204):

[TRADUCTION]

68. La plupart des membres de l'ACET ont déposé leurs plaintes avant l'achèvement de l'étude mixte sur l'équité salariale, et même avant le commencement de cette étude. À l'époque, ils ont déposé leurs plaintes et ont choisi leurs facteurs de comparaison selon leur connaissance des postes se rapprochant des leurs.

[. . .]

70. To further complicate the issue, some complainants used the generic job title or job level in their complaint, while others used the specific job titles, and that in either French or English, depending on the language used in the complaint.
71. It is also important to remember that each individual complainant is also covered by a group complaint filed by their union, CTEA, in 1991-92 which does not always use the same wording to identify the comparators. Therefore, each individual was covered by at least two complaints which did not necessarily name the same comparator. (Some complainants are now covered by five different complaints).
72. Prior to the mediation process, it seemed logical and practical to most parties to use the results of the joint pay equity study as a common base to negotiate pay equity adjustments. (Some individuals have expressed doubt on this point).
73. This approach also resolved the possible discrepancy in calculating the wage gap between female predominant jobs classified at the same level because with this approach the same male comparators would be used, as opposed to the specific male comparator named in each complaint.
74. It is with that intention that staff of the Commission contacted all the complainants on whether they wished to file a new complaint using the same wording to identify the male comparators. Most individual complainants preferred to keep their original complaint because they were afraid that it would change the retroactive period for their pay adjustments.
70. Compliquant encore plus la question, certains plaignants ont utilisé, dans le cadre de leurs plaintes, la catégorie d'emplois ou le niveau d'emploi générique, tandis que d'autres ont utilisé la catégorie particulière d'emplois, et ce, en français ou en anglais, selon la langue utilisée dans la plainte.
71. Il est également important de se souvenir que chaque plaignant est aussi inclus dans une plainte de groupe déposée en 1991-1992 par leur syndicat, l'ACET, qui n'utilise pas toujours la même formulation pour désigner les facteurs de comparaison. En conséquence, chaque individu était désigné par au moins deux plaintes ne mentionnant pas nécessairement le même facteur de comparaison (Certains plaignants sont maintenant désignés par cinq plaintes différentes.).
72. Avant le processus de médiation, il semblait logique et pratique à la plupart des parties de se servir des résultats de l'étude mixte sur l'équité salariale comme d'un point commun de référence pour négocier des majorations aux fins de l'équité salariale (Certaines personnes ont exprimé des doutes à ce sujet).
73. Cette approche a aussi permis d'éviter une discordance potentielle dans le calcul de l'écart salarial entre les emplois à prépondérance féminine classifiés au même niveau car cette approche permet l'utilisation des mêmes facteurs de comparaison masculins plutôt que le facteur de comparaison masculin particulier nommé dans chaque plainte.
74. C'est avec cette intention que le personnel de la Commission a communiqué avec tous les plaignants pour savoir s'ils désiraient déposer de nouvelles plaintes, qui utiliseraient la même formulation pour désigner les facteurs de comparaison masculins. La plupart des plaignants ont préféré conserver leurs plaintes originales, car ils craignaient que cela modifierait la période de rétroactivité de leurs majorations salariales.

[25] The report also dismisses in the following terms the argument raised by Bell to the effect that the unions cannot be complainants with respect to wages they had themselves negotiated (A.B., Vol. 2, at pages 207-208):

96. The respondent states that the complaints filed by the unions should not be accepted because:
- the unions are equally responsible for the actual wages, and therefore the unions cannot be considered as good faith complainants;
  - the unions did not provide proof of consent of victims;

[25] Le rapport rejette également ainsi l'argument soulevé par Bell selon lequel les syndicats ne peuvent se porter plaignants à l'égard des salaires qu'ils ont eux-mêmes négociés (D.A., vol. 2, aux pages 207 et 208):

[TRADUCTION]

96. La défenderesse affirme que les plaintes déposées par les syndicats ne devraient pas être acceptées parce que:
- les syndicats sont responsables à part égale pour les salaires, de sorte qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des plaignants de bonne foi;
  - les syndicats n'ont pas démontré le consentement des victimes;

- the unions negotiated the wages which they now claim to be discriminatory.

97. The unions have the right to represent their members by filing a complaint with the Commission. The Commission has accepted other complaints from unions such as the Public Service Alliance of Canada. It is clear that a bargaining agent has as much right to represent members in a complaint before the Commission as it does in collective bargaining.
98. Staff of the Commission would accept a complaint filed by a union and would not investigate the methods by which the union obtained approval from its membership unless there were reasons to believe that the membership was against filing the complaint.
99. In a decision rendered on February 24, 1984, a Human Rights Tribunal (Local 916, Energy and Chemical Workers v. Atomic Energy of Canada Limited) stated:

The respondent has requested that the union, because it has accepted the wage rates as set by the collective agreement and because it acts as bargaining agent for both groups whose wages are sought to be compared, should be added as a respondent or a co-respondent along with the company, rather than continue in its present status as complainant. They contend that a company which bargains collectively no longer has any right to set wage rates unilaterally, and that by agreeing to the wages set for both local 916 and 785 through the collective bargaining process, the union should not be permitted to now attack those very wage rates to which they have already agreed.

. . . While it is true that the company cannot set wage rates unilaterally, it does not necessarily follow that the parties are thereby equal. It is also true that the strike weapon is a strong one, and if the union had proceeded with the wage complaint through bargaining, it could have used this tool. However, we do not agree with the respondent that failure by the union to go this route has made them complicitous in setting discriminatory wage rates, . . .

[26] The report deals at length with other issues raised by Bell, such as the timeliness of the complaints, the alternate redress of collective bargaining, the market comparisons, the single establishment, the consolidation of the complaints, the validity of the joint study and its use as an investigation tool and the method of calculation of the wage gap.

- les syndicats ont négocié les salaires qu'ils prétendent maintenant être discriminatoires.

97. Les syndicats ont le droit de déposer une plainte au nom de leurs membres auprès de la Commission. Cette dernière a accepté le dépôt d'autres plaintes portées par des syndicats, comme l'Alliance de la fonction publique du Canada. Il est clair qu'un agent de négociation a autant le droit de représenter ses membres dans le cadre d'une plainte portée auprès de la Commission que dans le cadre d'une négociation collective.
98. Le personnel de la Commission est disposé à accepter une plainte déposée par un syndicat et à ne pas enquêter sur les méthodes utilisées par le syndicat pour obtenir le consentement de ses membres, à moins qu'il n'y ait des raisons de croire que ceux-ci étaient contre le dépôt de la plainte.
99. Dans sa décision rendue le 24 février 1994, le tribunal des droits de la personne (Le Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 916 c. Énergie atomique du Canada ltée) a dit:

Étant donné que le syndicat a accepté les taux salariaux fixés par la convention collective et qu'il est l'agent de négociation des deux groupes dont on cherche à comparer les salaires, la société demande qu'il soit considéré comme mis en cause au même titre qu'elle-même, plutôt que comme plaignant. Elle soutient qu'une entreprise assujettie au régime de la négociation collective n'a plus le droit de fixer unilatéralement les taux de rémunération, et que le syndicat, qui a accepté les taux fixés pour les sections locales 916 et 785 dans le cadre de la négociation collective, ne devrait pas maintenant être autorisé à les contester.

[. . .] S'il est vrai que l'entreprise ne peut fixer unilatéralement les taux de rémunération, il ne s'ensuit pas nécessairement que les parties sont pour autant sur un pied d'égalité. Il est également vrai que la grève est une arme puissante dont le syndicat aurait pu faire usage s'il avait tenté de régler la plainte au niveau de la négociation collective. Cependant, nous ne souscrivons pas au point de vue du mis en cause voulant que le refus de la part du syndicat d'emprunter cette voie l'ait rendu complice de la fixation de taux de rémunération discriminatoire, [. . .]

[26] Le rapport expose longuement les autres questions soulevées par Bell, comme le délai de dépôt des plaintes, le redressement possible via la négociation collective, les comparaisons avec le marché, l'établissement unique, la jonction des plaintes, la validité de l'étude mixte et son utilisation en tant qu'outil d'enquête, et la méthode de calcul de l'écart salarial.

[27] Bell sent its written submissions on December 21, 1995 (A.B., Vol. 2, at page 223). As they are essentially the same as those raised in Bell's application for judicial review and already found in paragraph 4 of these reasons, there is no point repeating them here.

[28] CTEA, CEP and some individual complainants also filed some written submissions. The Commission sent copies of all submissions to Bell and to the unions. Bell was asked to reply by January 18, 1996, which it did (A.B., Vol. 2, at page 276). On February 22, 1996, the Commission wrote to Bell again, giving other reasons why in its view its investigator had not exhibited any bias (A.B., Vol. 2, at page 279). Bell replied on March 25, 1996 (A.B., Vol. 2, at page 281).

[29] On May 15, 1996, the Commission informed Bell by telephone of its decision to refer the complaints to the President of the Human Rights Tribunal Panel, allegedly without mentioning which particular complaints were being so referred. The Commission issued a press release on May 22, 1996. It officially informed Bell by letter dated May 27, 1996 (A.B., Vol. 2, at page 297) of its decision to refer the seven complaints at issue and to request, pursuant to subsection 40(4) of the Act, that a single tribunal be appointed.<sup>1</sup>

[30] The Commission did not give formal reasons for its decision. The Act does not require the Commission to give reasons and in any event, as noted by Sopinka J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at page 903, the reasons for the Commission's decision may be found in the very extensive report of the investigator which the Commission adopted and which was in the hands of Bell. I shall therefore assume that the reasons of the Commission are those found in the Revised Investigation Report.

[27] Bell a remis ses observations écrites le 21 décembre 1995 (D.A., vol. 2, à la page 223). Comme il s'agit essentiellement des mêmes que celles qui ont été présentées dans la demande de contrôle judiciaire déposée par Bell, lesquelles sont déjà énumérées au paragraphe 4 des présents motifs, il est inutile de les répéter ici.

[28] L'ACET, le SCEP et certains plaignants individuels ont aussi déposé des observations écrites. La Commission a fait parvenir des copies de l'ensemble des observations à Bell et aux syndicats. Bell s'est vu accorder jusqu'au 18 janvier 1996 pour répondre, ce qu'elle a fait (D.A., vol. 2, à la page 276). Le 22 février 1996, la Commission a de nouveau écrit à Bell pour lui fournir des explications supplémentaires quant aux raisons pour lesquelles elle estimait que son enquêteur n'avait pas fait preuve de parti pris (D.A., vol. 2, à la page 279). Bell a répondu le 25 mars 1996 (D.A., vol. 2, à la page 281).

[29] Le 15 mai 1996, la Commission a téléphoné à Bell pour lui faire part de sa décision de déférer les plaintes au président du Comité du tribunal des droits de la personne et ce, d'après les prétentions de Bell, sans mentionner de quelles plaintes précises il s'agissait. La Commission a émis un communiqué de presse le 22 mai 1996. Elle a officiellement informé Bell, par lettre datée du 27 mai 1996 (D.A., vol. 2, à la page 297), de sa décision de déférer les sept plaintes en cause et de demander la formation d'un tribunal unique, conformément au paragraphe 40(4) de la Loi<sup>1</sup>.

[30] La Commission n'a fourni aucun motif officiel au soutien de sa décision. La Loi n'oblige pas la Commission à donner des motifs et, comme l'a d'ailleurs souligné le juge Sopinka dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la page 903, les motifs de la décision de la Commission peuvent se trouver dans le rapport exhaustif remis par l'enquêteur et entériné par la Commission, et que Bell avait en sa possession. Je dois donc présumer que les motifs de la Commission sont ceux exposés dans le rapport d'enquête révisé.

### The issues

[31] As noted earlier, the Motions Judge accepted eight of Bell's ten allegations. Only allegations No. 1 (that the decision was "wholly vitiated by the bias against . . . Bell . . . which pervaded the Commission's investigation") and No. 9 (that the alleged discrimination had not occurred in "the same establishment" within the meaning of section 11) did not find favour with him, although it appears from his reasons, at paragraph 36 [page 103], that he agreed with Bell's argument with respect to the "same establishment" issue.

[32] The appellants essentially submit that the Motions Judge erred in deciding the case as if the Commission had been adjudicating on the merits of the complaints, in ignoring the proper role of an investigator under the Act and in relying for his finding of procedural unfairness solely on the evidence submitted by Bell. These submissions are well taken.

[33] For sake of clarity, I have found it helpful to divide Bell's grounds of attack into four categories: the merits of the complaints; the exercise by the Commission of its discretionary powers; the fairness of the investigation and decision-making process; and the status of the unions to file complaints under section 11 of the Act.

[34] Before addressing each of these categories in turn, a few words are warranted on the degree of deference owed to the findings of fact made by the Motions Judge on the basis of only affidavit and other documentary evidence. While he did refer in his reasons to "the plethora of evidence tendered by the parties" (see paragraph 6, *supra*), he referred exclusively in his lengthy reasons to evidence filed by Bell, including parts of an affidavit that had been struck out by an earlier order of the Court, and nowhere does he explain what led him to quote exclusively from that evidence. Furthermore, since he applied a wrong principle of law in reaching his decision, as we shall see, he approached the evidence with an inappropriate frame of mind. In these circum-

### Les questions en litige

[31] Comme il a été mentionné précédemment, le juge des requêtes a accepté huit des dix arguments de Bell. Seuls les arguments n° 1 (que la décision était «entièrement viciée par la partialité dont la Commission a fait preuve contre Bell [. . .] tout au long de l'enquête») et n° 9 (que la discrimination alléguée ne s'était pas produite dans «le même établissement», au sens de l'article 11) n'ont pas convaincu le juge des requêtes, bien qu'il ressorte de ses motifs, au paragraphe 36 [à la page 103], qu'il était d'accord avec l'argument de Bell concernant la question du «même établissement».

[32] Les appelants prétendent essentiellement que le juge des requêtes a commis une erreur en décidant de l'affaire comme si la Commission s'était prononcée sur le bien-fondé des plaintes, en ne tenant pas compte du rôle bien défini conféré à un enquêteur par la Loi et en fondant sa conclusion relative à l'iniquité procédurale uniquement sur la preuve présentée par Bell. Ces arguments sont très valables.

[33] À des fins de clarté, j'ai jugé utile de diviser les moyens de Bell en quatre catégories: le bien-fondé des plaintes; l'exercice par la Commission de ses pouvoirs discrétionnaires; l'équité de l'enquête et du processus de prise de décision; le statut des syndicats quant au dépôt des plaintes en vertu de l'article 11 de la Loi.

[34] Avant d'examiner, à tour de rôle, chaque catégorie, il me faut aborder brièvement le degré de retenue judiciaire devant être accordé aux conclusions de fait tirées par le juge des requêtes uniquement à la lumière de la preuve établie par les affidavits et par les autres éléments de preuve documentaire. Bien que le juge ait mentionné «la panoplie de documents que les parties ont présentés» (voir paragraphe 6, précité), ses longs motifs ne font référence qu'à la preuve déposée par Bell, y compris les parties d'un affidavit dont la radiation avait été ordonnée antérieurement par la Cour, et il n'indique nulle part la raison pour laquelle il a choisi de ne se référer qu'à cette preuve. De plus, étant donné qu'il a appliqué un principe de droit erroné en rendant sa décision, comme nous le

stances his findings of fact have no binding effect on this Court.

### The merits of the complaints

[35] It is settled law that when deciding whether a complaint should be referred to a tribunal for inquiry under sections 44 and 49 of the *Canadian Human Rights Act*, the Commission acts “as an administrative and screening body” (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at page 893, La Forest J.) and does not decide a complaint on its merits (see *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada* (1997), 208 N.R. 385 (F.C.A.)). It is sufficient for the Commission to be “satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted” (subsections 44(3) and 49(1)). This is a low threshold and the circumstances of this case are such that the Commission could have validly formed an opinion, rightly or wrongly, that there was “a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage” (*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, *supra*, paragraph 30, at page 899, Sopinka J., approved by La Forest J. in *Cooper*, *supra*, at page 891).

[36] The conclusions of the Joint Study combined with the Commission’s own findings were sufficient to suggest the possibility that some discrimination contrary to section 11 had occurred. Nothing more is asked at this preliminary stage. The Commission was satisfied that the Joint Study had some merit. It was satisfied that despite an undertaking of confidentiality in the Terms of Reference the results of the Joint Study could be used in the Commission investigation of the complaints. These were matters of opinion. There is enough contradictory evidence in the various affidavits to satisfy the Court that the Commission did not act in a patently unreasonable way in seeing some merit in the conclusions of the Joint Study and in finding that the confidentiality agreement was not as extensive as was suggested by Bell. This Court need not agree with the Commission’s opinions. Nor should

verrons plus loin, il s’est trouvé à aborder la preuve sous un mauvais angle. Dans ces circonstances, ses conclusions de fait ne lient pas la Cour.

### Le bien-fondé des plaintes

[35] Il est établi en droit que, lorsqu’elle décide de déférer ou non une plainte à un tribunal à des fins d’enquête en vertu des articles 44 et 49 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission exerce des «fonctions d’administration et d’examen préalable» (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, à la page 893, le juge La Forest) et ne se prononce pas sur son bien-fondé (voir *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada* (1997), 208 N.R. 385 (C.A.F.)). Il suffit la Commission soit «convaincue [que] compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l’examen de celle-ci est justifié» (paragraphe 44(3) et 49(1)). Il s’agit d’un seuil peu élevé et les faits de l’espèce font en sorte que la Commission pouvait, à tort ou à raison, en venir à la conclusion qu’il y avait «une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante» (*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précité, paragraphe 30, à la page 899, juge Sopinka, approuvé par le juge La Forest dans *Cooper*, précité, à la page 891).

[36] Les conclusions de l’étude mixte, en plus des conclusions auxquelles en est arrivée la Commission elle-même, étaient suffisantes pour laisser voir la possibilité que de la discrimination contraire à l’article 11 avait eu lieu. Rien de plus n’est demandé à cette étape préliminaire. La Commission était convaincue que l’étude mixte avait un certain fondement. Elle estimait que, malgré l’engagement de confidentialité contenu dans le mandat, les résultats de l’étude mixte pouvaient être utilisés aux fins de son enquête sur les plaintes. Il s’agissait de questions d’opinion. Les différents affidavits contiennent suffisamment d’éléments de preuve contraires pour convaincre la Cour que la Commission n’a pas agi de façon manifestement déraisonnable en attribuant un certain fondement aux conclusions de l’étude mixte et en concluant que l’entente de confidentialité n’avait pas une portée aussi

it speculate as to the eventual fate of the Joint Study before the Tribunal.

[37] The Motions Judge erred in totally ignoring sections 43, 44 and 49 of the Act and in his premise that “[w]hat is principally at issue in this case is the correct interpretation of s. 11” (Paragraph 8 of his reasons [at page 85]) That was simply not the issue at this stage. The decision attacked is the decision to request the appointment of a Human Rights Tribunal. It will be the duty of the Tribunal to determine whether the complaints are well founded or not and the Tribunal will in no way be bound by the interpretation given to section 11 by the investigator and presumably adopted by the Commission. Those who expected this Court to resolve issues with respect to the interpretation and application of section 11 without the benefit of the decision of a tribunal on this issue in the instant case will be disappointed; whatever was said by the Motions Judge should be considered as *obiter* and I make no observations upon any of it.

#### Exercise of discretion

[38] The Act grants the Commission a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. Subsections 40(2) and 40(4) and sections 41 and 44 are replete with expressions such as “is satisfied”, “ought to”, “reasonably available”, “could more appropriately be dealt with”, “all the circumstances”, “considers appropriate in the circumstances” which leave no doubt as to the intent of Parliament. The grounds set out for referral to another authority (subsection 44(2)), for referral to the President of the Human Rights Tribunal Panel (paragraph 44(3)(a)) or for an outright dismissal (paragraph 44(3)(b)) involve in varying degrees questions of fact, law and opinion (see *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.), at page 698, Le Dain J.A.), but it may safely be said as a general rule that Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the decisions of the Commission.

grande que ce qu’a laissé entendre Bell. Il n’est pas nécessaire que la Cour soit d’accord avec les opinions de la Commission. La Cour ne doit pas non plus spéculer sur le sort qui sera réservé à l’étude mixte devant le tribunal.

[37] Le juge des requêtes a commis une erreur en omettant totalement de tenir compte des articles 43, 44 et 49 de la Loi et en partant de la prémisse que «la principale question en litige en l’espèce porte sur l’interprétation de l’article 11» (paragraphe 8 de ses motifs [à la page 85]). Il ne s’agissait pas du tout de la question à trancher à cette étape. La décision contestée est la demande de formation d’un tribunal des droits de la personne. Il incombera à ce tribunal d’examiner le bien-fondé des plaintes, et le tribunal ne sera lié d’aucune façon par l’interprétation que l’enquêteur a donnée à l’article 11 et que la Commission a vraisemblablement adoptée. Ceux qui s’attendaient à ce qu’en l’espèce, la Cour se prononce sur des questions relatives à l’interprétation et à l’application de l’article 11 sans avoir eu l’avantage de disposer de la décision d’un tribunal à cet égard seront déçus; tout ce que le juge des requêtes a dit doit être considéré comme des remarques incidentes, et je n’émetts aucun commentaire à leur sujet.

#### L’exercice du pouvoir discrétionnaire

[38] La Loi confère à la Commission un degré remarquable de latitude dans l’exécution de sa fonction d’examen préalable au moment de la réception d’un rapport d’enquête. Les paragraphes 40(2) et 40(4), et les articles 41 et 44 regorgent d’expressions comme «à son avis», «devrait», «normalement ouverts», «pourrait avantageusement être instruite», «des circonstances», «estime indiqué dans les circonstances», qui ne laissent aucun doute quant à l’intention du législateur. Les motifs de renvoi à une autre autorité (paragraphe 44(2)), de renvoi au président du Comité du tribunal des droits de la personne (alinéa 44(3)a) ou, carrément, de rejet (alinéa 44(3)b) comportent, à divers degrés, des questions de fait, de droit et d’opinion (voir *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 698, le juge Le Dain), mais on peut dire sans risque de se tromper qu’en règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours inter-

[39] In the case at bar, the Commission was satisfied that the complaints were of such a nature as to be consolidated pursuant to subsection 40(4) for the purposes of the inquiry. That finding was very much open to it in the circumstances.

[40] The Commission was also satisfied that the complaints were not out of time. This finding is also unassailable on the facts of the case. As noted by Hugessen J.A. in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.), at page 802, systemic discrimination, the one alleged in the instant case, by its very nature extends over time. I was concerned by the fact that the complaint by Femmes-Action (A.B., Vol. 2, at page 63) did not, contrary to the other complaints, mention a specific date for the beginning of the alleged discrimination. The words “*depuis de nombreuses années*” are clearly not adequate in a complaint filed under the Act. I am satisfied, however, looking at the whole of the complaint, that the starting date was, as in the case of the other complaints, the date of issuance of the Final Report of the Joint Study, i.e. November 23, 1992.

[41] The Commission was also satisfied that the complaints were specific enough. Bell had known for months that systemic complaints were in the making and the Revised Investigation Report contained enough information to enable Bell, at this stage, to be apprised in a general way of what it would be facing before the Tribunal. Whether or not further particulars should be ordered by the Tribunal in order to enable Bell to make a full answer to the complaints is an issue which is not before us in this appeal.

[42] Bell’s argument to the effect that the complaints were vexatious and had been made in bad faith is related to the fact that the unions had themselves negotiated the wages at issue in the complaints. I will

viennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape.

[39] En l’espèce, la Commission a conclu que la nature des plaintes nécessitait leur jonction en vertu du paragraphe 40(4) aux fins de l’enquête. Dans les circonstances, elle avait clairement le pouvoir de conclure ainsi.

[40] La Commission a également conclu que les plaintes n’avaient pas été déposées hors délai. Cette conclusion aussi est inattaquable à la lumière des faits de l’espèce. Comme l’a souligné le juge Hugessen, J.C.A., dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.), à la page 802, la discrimination systémique (soit celle qui est alléguée dans la présente affaire), de par sa nature, se poursuit dans le temps. J’étais préoccupé par le fait que la plainte déposée par Femmes-Action (D.A., vol. 2, à la page 63) ne mentionnait pas, contrairement aux autres plaintes, la date précise du début de la discrimination alléguée. Il est évident que l’expression «depuis de nombreuses années» n’est pas satisfaisante dans le cadre d’une plainte déposée en vertu de la Loi. La lecture de l’ensemble de la plainte me convainc toutefois que la date de départ était, comme dans le cas des autres plaintes, la date de production du rapport final de l’étude mixte, soit le 23 novembre 1992.

[41] La Commission a, de plus, conclu que les plaintes étaient assez précises. Bell savait depuis des mois que des plaintes systémiques allaient être portées, et le rapport d’enquête révisé contenait suffisamment de renseignements pour permettre à Bell, à cette étape, de savoir, de façon générale, ce contre quoi elle aurait à se défendre devant le tribunal. La question de savoir si le tribunal devrait ordonner que des précisions supplémentaires soient données pour permettre à Bell de présenter une défense pleine et entière à l’encontre des plaintes est une question dont nous ne sommes pas saisis dans le cadre du présent appel.

[42] L’argument de Bell selon lequel les plaintes étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi découle du fait que les syndicats avaient eux-mêmes négocié les salaires visés par les plaintes. Je me pencherai sur

deal with this argument when dealing with the issue of the status of the unions.

### Procedural fairness

[43] With respect to procedural fairness, the Commission did precisely what the jurisprudence of this Court, as recently as in *Slattery v. Canadian Human Rights Commission* (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.), has told it to do. The Commission gave Bell a copy of the Draft Investigation Report, of the Investigation Report and of the Revised Investigation Report. It gave Bell the full opportunity to respond to each of these reports and Bell seized the opportunity every time. Following the receipt of the submissions by the parties on the Investigation Report, the Commission circulated each party's submissions to the other parties. Following the release of the Revised Investigation Report, all parties were provided with an opportunity to comment on the submissions of the other parties to the Revised Report. The Revised Report examined each and every argument that had been raised by Bell in its written comments. The Commission considered the Revised Report, Bell's submissions on it and further submissions by Bell before finally reaching its decision. What more could it have done?

[44] Bell's allegations with respect to the role played by the investigator in suggesting amendments to some of the complaints (*supra*, paragraph 22) assume that the investigator in preparing her report is acting or should be acting independently of the Commission and is or should be neutral to both parties. This is not so. As Sopinka J. observed in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, *supra*, paragraph 30, at page 898:

The investigator, in conducting the investigation, does so as an extension of the Commission. I do not regard the investigator as someone independent of the Commission who will then present evidence as a witness before the Commission. Rather the investigator prepares a report for the Commission. This is merely an example of the principle that applies to administrative tribunals, that they do not have

cet argument lorsque j'aborderai la question du statut des syndicats.

### L'équité procédurale

[43] En ce qui concerne l'équité procédurale, la Commission a fait exactement ce que la jurisprudence de la Cour, aussi récemment que dans *Slattery c. Commission canadienne des droits de la personne* (1996), 205 N.R. 383 (C.A.F.), lui avait dit de faire. La Commission a remis à Bell une copie du rapport d'enquête préliminaire, du rapport d'enquête et du rapport d'enquête révisé. Elle a donné à Bell l'entière possibilité de répondre à tous ces rapports et Bell s'en est prévalu chaque fois. À la suite de la réception des observations de toutes les parties à l'égard du rapport d'enquête, chaque partie a reçu de la Commission les observations des autres. Subséquemment au dépôt du rapport d'enquête révisé, chaque partie s'est vu fournir l'occasion d'émettre des commentaires sur les observations faites par les autres à l'égard du rapport révisé. Le rapport révisé analysait un à un les arguments soulevés par Bell dans ses commentaires écrits. La Commission a examiné le rapport révisé, les observations de Bell sur ce dernier ainsi que d'autres observations présentées par Bell, avant de finalement rendre sa décision. Qu'est-ce qu'elle aurait pu faire de plus?

[44] Les arguments de Bell à l'égard du rôle joué par l'enquêteur lorsqu'elle a suggéré des modifications à certaines plaintes (précité, paragraphe 22) reposent sur le prérequis que l'enquêteur, lors de la préparation de son rapport, agit ou devrait agir de façon indépendante vis-à-vis la Commission et qu'elle est ou devrait être neutre envers les deux parties. Cela n'est pas le cas. Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précité, paragraphe 30, à la page 898:

L'enquêteur qui mène l'enquête le fait en tant que prolongement de la Commission. Pour ma part, je ne considère pas l'enquêteur comme une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle. Ce qui arrive plutôt, c'est que l'enquêteur établit un rapport à l'intention de la Commission. C'est là simplement une illustration du principe qui s'applique aux tribu-

to do all the work themselves but may delegate some of it to others.

[45] Where, therefore, an investigator in the course of investigating a complaint is provided with some evidence, not of her making, that there is a possible ground for discrimination which the complaint, as formulated, might not have encompassed, it becomes her duty to examine that evidence, to alert the parties as to the impact of that evidence on the investigation and even to suggest that the complaint be amended. To require the investigator in such a case to recommend the dismissal of the complaint for being flawed and to force the filing of a new complaint by the complainant or the initiating of a complaint by the Commission itself under subsection 40(3) of the Act, would serve no practical purpose. It would be tantamount to importing into human rights legislation the type of procedural barriers that the Supreme Court of Canada has urged not be imported. It is of interest to note that in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at pages 977-978, albeit in a different legislative context, no issue appears to have been raised with respect to the fact that the investigator had himself amended a complaint which he had found to be deficient, in order to include an additional section of the British Columbia *Human Rights Act* [S.B.C., 1984, c. 22].

[46] Bell relies heavily on the passage in *Cooper*, *supra*, paragraph 35 at page 891, where La Forest J. expresses the view that “[w]hen deciding whether a complaint should proceed to be inquired into by a tribunal, the Commission fulfills a screening analysis somewhat analogous to that of a judge at a preliminary inquiry”, to argue that an investigator can no more suggest to amend a complaint than a judge at a preliminary inquiry can. The analogy, which was in any event qualified by the word “somewhat”, was perhaps not the most felicitous in the circumstances as La Forest J. went on, at page 893, to describe the Commission “as an administrative and screening body, with no appreciable and adjudicative role”.

naux administratifs, savoir qu'ils ne sont pas tenus de s'acquitter eux-mêmes de la totalité de leurs tâches, mais peuvent en déléguer une partie à d'autres.

[45] Il s'ensuit donc que lorsqu'un enquêteur recueille, au cours de son enquête, une preuve qui ne provient pas de lui et selon laquelle il y aurait un motif de discrimination que la plainte, telle que rédigée, pourrait ne pas avoir englobé, il est de son devoir d'analyser cette preuve, de faire savoir aux parties quelles pourraient être ses conséquences sur l'enquête et, même, de suggérer la modification de la plainte. Il ne serait d'aucune utilité d'exiger que l'enquêteur, dans un tel cas, recommande le rejet de la plainte en raison de vices et exige le dépôt d'une nouvelle plainte de la part du plaignant ou de la part de la Commission elle-même en vertu du paragraphe 40(3) de la Loi. Cela reviendrait à ériger, dans la législation sur les droits de la personne, le genre de barrières procédurales contre lesquelles la Cour suprême du Canada s'est prononcée. Il est intéressant de noter que, dans *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, aux pages 977 et 978, bien qu'il se soit agi d'un contexte législatif différent, aucune question n'ait été apparemment soulevée relativement au fait que l'enquêteur avait lui-même modifié une plainte qu'il avait jugé déficiente afin d'y inclure un article supplémentaire de la *Human Rights Act* [S.B.C. 1984, ch. 22] de la Colombie-Britannique.

[46] Bell s'appuie fortement sur l'extrait de *Cooper*, précité, au paragraphe 35, à la page 891, où le juge La Forest exprime l'opinion que «[l]orsqu'elle détermine si une plainte devrait être déférée à un tribunal, la Commission procède à un examen préalable assez semblable à celui qu'un juge effectue à une enquête préliminaire», pour soutenir qu'un enquêteur, à l'instar d'un juge lors d'une enquête préliminaire, ne peut suggérer la modification d'une plainte. Cette analogie, qui était malgré tout tempérée par le mot «assez», n'était peut-être pas la plus heureuse dans les circonstances, compte tenu du fait que le juge La Forest a poursuivi, à la page 893, en décrivant la Commission comme n'ayant que des «fonctions d'administration et d'examen préalable [. . .] [sans] rôle important et décisionnel».

### Status of the unions

[47] Bell has challenged the status of the unions to bring a complaint based on two grounds. First, Bell claims that the unions, as a representative of complainants, must, pursuant to subsection 40(2) of the Act, obtain the consent of the complainants. Second, Bell argues that the unions' complaints are vexatious and were made in bad faith within the meaning of paragraph 41(d) of the Act since they are attacking the very wages they negotiated in their collective agreements with Bell. These two issues are addressed below. The accepted practice of granting unions status as a "group of individuals" in subsection 40(1) of the Act has not been questioned in this appeal.

[48] This specific challenge does not, of course, apply to the complaint filed by Femmes-Action, whose status as "a group of individuals" has never been questioned and which did not negotiate the collective agreements. Therefore, even if Bell were to succeed on this argument, the complaint by Femmes-Action would still have a life of its own.

[49] The simple answer to Bell's first ground is that subsection 40(2) permits the complaint to go forward even where consent is not obtained. In the case at bar, it is clear that the Commission considered the issue of consent and decided that it was not required in the circumstances. (*supra*, paragraph 25). It could therefore deal with the complaints. There is no suggestion that it was unreasonable for the Commission not to seek the consent of the alleged victims. The whole history of the case suggests that the alleged victims had endorsed the actions of their unions throughout.

[50] Bell's second ground has many facets. While based on paragraph 41(d) (vexatious and bad faith), it implicitly relates also to subsection 44(2), which in turn reproduces word for word the grounds found in paragraphs 41(a) (exhaustion of grievance procedures) and 41(b) (other more appropriate procedure).

### Le statut des syndicats

[47] Bell a contesté le statut des syndicats quant au dépôt d'une plainte, et ce, en s'appuyant sur deux motifs. En premier lieu, Bell affirme que les syndicats, en tant que représentants des plaignants, doivent obtenir le consentement de ces derniers, conformément au paragraphe 40(2) de la Loi. En deuxième lieu, Bell soutient que les plaintes déposées par les syndicats sont vexatoires et entachées de mauvaise foi au sens de l'alinéa 41d) de la Loi, étant donné que ces derniers contestent les salaires qu'ils ont eux-mêmes négociés dans le cadre des conventions collectives conclues avec Bell. Ces deux questions sont abordées plus loin. La pratique courante d'accorder aux syndicats le statut de «groupe d'individus», au sens du paragraphe 40(1) de la Loi, n'a pas été remise en question dans le cadre du présent appel.

[48] Cette contestation particulière ne s'applique naturellement pas à la plainte déposée par Femmes-Action, dont le statut de «groupe d'individus» n'a jamais été remis en question et qui n'a pas négocié les conventions collectives. Il s'ensuit donc que, même si cet argument de Bell devait l'emporter, la plainte déposée par Femmes-Action demeurerait valide.

[49] Le premier moyen de Bell est réglé rapidement par le paragraphe 40(2), qui permet la poursuite de la plainte même en l'absence de consentement. En l'espèce, il ressort clairement que la Commission a examiné la question du consentement et décidé que celui-ci n'était pas requis dans les circonstances (précité, paragraphe 25). Elle pouvait donc étudier les plaintes. Rien n'indique qu'il était déraisonnable de la part de la Commission de ne pas tenter d'obtenir le consentement des victimes alléguées. L'ensemble des faits de l'espèce indiquent que les victimes alléguées avaient approuvé les actes accomplis par leurs syndicats tout au long du processus.

[50] Le second moyen de Bell comporte plusieurs aspects. Bien que fondé sur l'alinéa 41d) (vexatoire et entachée de mauvaise foi), il fait implicitement référence au paragraphe 44(2), qui, pour sa part, reproduit mot à mot les moyens prévus par les alinéas 41a) (épuisement des procédures de règlement des griefs) et 41b) (autre procédure plus appropriée).

[51] With respect to paragraph 41(a), the unions quite rightly point out that the Act should not force them to carry the issue of equal wages for equal value to an impasse in the collective bargaining process before they can represent the complaints of some of their members. The Commission has a wide discretion under that paragraph and I see no reason to interfere.

[52] With respect to paragraph 41(b), an alternative procedure provided for under another Act of Parliament could be section 182 of the *Canada Labour Code*. (*supra*, paragraph 7). That ground had not been advanced by Bell. It was raised by the Court at the hearing as it appeared to be inextricably connected in the circumstances to the argument with respect to paragraph 41(a). Clearly, in my view, section 182 of the *Canada Labour Code* does not mandate that any complaint by an employee for discriminatory practice under section 11 of the *Canadian Human Rights Act* be filed through the inspector. That procedure is at best an alternative means of filing a complaint with the Commission. The inspector, in any event, is not a person who can “deal with” a complaint within the meaning of paragraph 44(2)(b) nor can it be an “appropriate authority” to whom a complaint could be referred for possible determination.

[53] Bell’s last ground is that the complaints were vexatious and made in bad faith within the meaning of paragraph 41(d), because unions should be estopped from attacking the wages they themselves have negotiated.

[54] The estoppel argument appears to be a novel proposition in the context of section 11 complaints. It seems to have been raised, and accepted, in a case dealing with sections 16 [as am. by S.S. 1989-90, c. 23, s. 12; 1993, c. 61, s. 11] and 18 [as am. by S.S. 1989-90, c. 23, s. 14; 1993, c. 61, s. 13] of the *The Saskatchewan Human Rights Code* [S.S. 1979, c. S-24.1], the counterparts (in a different form) of section 10 of the federal Act. The Saskatchewan Court of Appeal, in a majority decision, found that a union was an unsuitable representative to file a class complaint

[51] Relativement à l’alinéa 41a), les syndicats avancent à juste titre que la Loi ne devrait pas les obliger à faire valoir le principe du salaire égal pour un travail de même valeur jusqu’au point de l’impasse dans le processus de négociation collective, avant de pouvoir présenter les plaintes de certains membres. La Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire en vertu de cet alinéa, et je ne vois aucun motif pour intervenir.

[52] Relativement à l’alinéa 41b), cette procédure prévue par une autre loi fédérale pourrait être l’article 182 du *Code canadien du travail* (précité, paragraphe 7). Ce moyen n’a pas été soulevé par Bell. Il l’a été par la Cour lors de l’audition car il paraissait être inextricablement lié, dans les circonstances, à l’argument relatif à l’alinéa 41a). À mon avis, il est clair que l’article 182 du *Code canadien du travail* n’exige pas que la plainte d’un employé pour acte discriminatoire prévu à l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit déposée par l’intermédiaire de l’inspecteur. Au mieux, cette procédure constitue une autre façon possible de déposer une plainte auprès de la Commission. De toute manière, l’inspecteur n’est pas une personne qui peut «instruire» une plainte au sens de l’alinéa 44(2)b), et il ne peut être une «autorité compétente» à qui une plainte pourrait être renvoyée pour examen.

[53] Le dernier moyen de Bell est que les plaintes étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi au sens de l’alinéa 41d) car les syndicats étaient irrecevables à contester les salaires qu’ils ont eux-mêmes négociés.

[54] L’argument fondé sur l’irrecevabilité paraît être une proposition nouvelle dans le cadre des plaintes portées en vertu de l’article 11. Il semble avoir été soulevé et accepté dans une affaire faisant intervenir les articles 16 [mod. par S.S. 1989-90, ch. 23, art. 12; 1993, ch. 61, art. 11] et 18 [mod. par S.S. 1989-90, ch. 23, art. 14; 1993, ch. 61, art. 13] de *The Saskatchewan Human Rights Code* [S.S. 1979, ch. S-24.1], qui sont l’équivalent (sous une forme différente) de l’article 10 de la loi fédérale. La Cour d’appel de la Saskatchewan a conclu, dans un arrêt

against an employer under section 16 of the Code because section 18 imposed a similar legal duty on the union as well; the union could not pretend to represent fairly the full interests of the class because these very interests would require it to also file a complaint under section 18, i.e. a complaint against itself (*Canada Safeway Ltd. v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1997), 150 D.L.R. (4th) 207 (Sask. C.A.)).

[55] In reaching its decision, the Saskatchewan Court of Appeal relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *Renaud*, *supra*, paragraph 45, for the proposition that a union and an employer may be jointly and equally liable for discrimination. In *Renaud*, both the employer and the union had been named as defendants in complaints made under sections 8 and 9 of the British Columbia *Human Rights Act*, the counterparts (but with possibly important distinctions) of sections 7 and 9 of the federal Act.

[56] I do not find these decisions helpful where, as here, a complaint is filed with respect to a form of discrimination—different wages for work of equal value—which legally attracts the liability of the employer only. The provisions at issue in *Canada Safeway Ltd.*, *supra*, paragraph 54 (sections 16 and 18 of *The Saskatchewan Human Rights Code*) imposed a similar legal duty on the employer and on the trade union and the Code itself did not contain an express provision like section 11 which prohibits equal wage discrimination. For reasons of its own Parliament has chosen, in section 11, to make the employer alone liable for differences in wages with respect to work of equal value. It would fly in the face of the clear wording of the Act and the obvious intent of Parliament to find the unions equally liable either implicitly under section 11 or indirectly through sections such as section 10 for having participated in the establishment of different wages with respect to work of equal value. It may at first blush appear to be self-serving and unethical for a union to use the mechanism of a complaint under section 11 to force for all practical

rendu à la majorité, qu'un syndicat n'était pas un représentant approprié quant au dépôt d'une plainte collective contre un employeur en vertu de l'article 16 du Code, car l'article 18 lui imposait une obligation similaire; le syndicat ne pouvait prétendre représenter équitablement l'ensemble des intérêts du groupe car ces mêmes intérêts l'obligeraient à déposer également une plainte en vertu de l'article 18, c.-à-d. une plainte contre lui-même (*Canada Safeway Ltd. v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (1997), 150 D.L.R. (4th) 207 (C.A. Sask.)).

[55] En rendant sa décision, la Cour d'appel de la Saskatchewan s'est fondée sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Renaud*, précité au paragraphe 45, pour dire qu'un syndicat et un employeur peuvent être tenus responsables, solidairement et à part égale, de discrimination. Dans *Renaud*, tant l'employeur que le syndicat avaient été désignés comme défendeurs dans les plaintes portées en vertu des articles 8 et 9 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, soit l'équivalent (mais avec des distinctions potentiellement importantes) des articles 7 et 9 de la loi fédérale.

[56] Je n'estime pas ces décisions utiles dans les cas où, comme en l'espèce, une plainte est déposée à l'égard d'une forme de discrimination—des salaires différents pour un travail de valeur égale—qui n'entraîne légalement que la responsabilité de l'employeur. Les dispositions visées dans *Canada Safeway Ltd.*, précité au paragraphe 54, (les articles 16 et 18 de *The Saskatchewan Human Rights Code*) imposaient une obligation similaire à l'employeur et au syndicat, et le Code lui-même ne contenait aucune disposition qui, comme l'article 11, prohibait expressément la disparité salariale discriminatoire. Pour des motifs qui lui sont propres, le législateur a choisi, à l'article 11, de tenir uniquement l'employeur responsable des disparités salariales relativement au travail de valeur égale. Conclure à la responsabilité à part égale des syndicats, soit implicitement en vertu de l'article 11, soit indirectement au moyen de dispositions comme l'article 10, pour avoir participé à la fixation de salaires différents relativement à un travail de valeur égale irait carrément à l'encontre du texte clair de la Loi et de l'intention évidente du législateur. À première vue, un

purposes the revision of a collective agreement it has freshly negotiated, but absent bad faith—the Motions Judge did not make a specific finding of bad faith in the instant case<sup>2</sup>—it is not legally wrong. The Court applies the Act as it is, not as it might have been.

### Disposition

[57] For the above reasons, I have reached the conclusion that the appeal should be allowed, that the decision of the Motions Judge should be set aside, that Bell Canada's application for judicial review should be dismissed and that the decision of the Canadian Human Rights Commission dated May 27, 1996 to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a single Human Rights Tribunal to inquire into the seven complaints filed by Femmes-Action, by the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada and by the Canadian Telephone Employees Association should be restored.

[58] The Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada and the Canadian Telephone Employees Association should be granted their costs in the appeal. There should be no costs for or against the interveners.

ISAAC C.J.: I agree

SEXTON J.A.: I agree

<sup>1</sup> With respect to complaints X00344 and X00372, the Commission omitted the words "as amended" in its decision, leaving the impression that only the original complaints had been referred by the Commission to the President of the Human Rights Tribunal Panel. Counsel for Bell acknowledged before the Motions Judge that he had thought right from the start that this was a "mistake" and he did not in his factum raise any issue as to the impact of such a mistake either on the validity of the two complaints or on the validity of the decision of the Commission as a whole. The

syndicat peut paraître servir ses propres intérêts et agir contrairement à l'éthique lorsqu'il utilise le mécanisme de plainte prévu par l'article 11 pour forcer, à toutes fins utiles, la révision de la convention collective qu'il a tout juste négociée, mais, en l'absence de mauvaise foi—le juge des requêtes n'a pas tiré une conclusion particulière de mauvaise foi en l'espèce<sup>2</sup>—la loi ne l'interdit pas. La Cour applique la Loi telle qu'elle est, et non telle qu'elle aurait pu être.

### Dispositif

[57] Pour les motifs susmentionnés, j'en suis venu à la conclusion que le présent appel doit être accueilli, que la décision du juge des requêtes doit être infirmée, que la demande de contrôle judiciaire présentée par Bell Canada doit être rejetée et que la décision rendue le 27 mai 1996 par la Commission canadienne des droits de la personne, en vertu de laquelle elle demandait au président du Comité du tribunal des droits de la personne de charger un unique tribunal des droits de la personne d'enquêter sur les sept plaintes déposées par Femmes-Action, le Syndicat des communications, de l'énergie et du papier du Canada et l'Association canadienne des employés de téléphone, doit être rétablie.

[58] Je suis d'avis d'accorder les dépens du présent appel au Syndicat des communications, de l'énergie et du papier du Canada et à l'Association canadienne des employés de téléphone. Je n'accorderai pas de dépens en faveur ou à l'encontre de l'intervenante.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux présents motifs.

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

<sup>1</sup> Pour les plaintes X00344 et X00372, la Commission a omis les termes «sous leur forme modifiée» dans sa décision, donnant l'impression que seules les plaintes originales avaient été déferées par la Commission au président du Comité du tribunal des droits de la personne. L'avocat de Bell a reconnu devant le juge des requêtes qu'il avait pensé dès le départ qu'il s'agissait d'une «erreur», et, dans son mémoire, il n'a pas soulevé la question des conséquences d'une telle erreur sur la validité des deux plaintes ou sur celle de la décision de la Commission, prise dans son

Court was satisfied at the hearing that the mistake had not caused any prejudice to Bell which knew all along that the seven systemic complaints were at issue. The mistake, surely, can be easily corrected before the Tribunal. The Commission was obviously nonchalant in its endorsement of the investigation report and sterile debates would have been avoided had the Commission taken greater care when formalizing its decision. Administrative sloppiness, however, is not in and of itself cause for judicial intervention.

<sup>2</sup> There is, indeed, evidence that the unions made a continuous attempt to close the wage gap in collective bargaining and that Bell was unwilling to make anything more than a token gesture to close the wage gap. Even in the 1995 negotiations, when the results of the Joint Study revealed a significant problem, Bell was only willing to establish a reserve fund of approximately 1% of its payroll. Under its plan, it would take at least fifteen years to close the gap. On the other hand, the unions made a continuous effort to press Bell into accepting the results of the Joint Study and into adopting the view that the gap should be closed in four or five years. However, Bell was unwavering in its position. (See Wu affidavit, A.B., Vol. 16, tab 2; Bercier affidavit, A.B., Vol. 12, tab 1; cross-examination of Bercier, A.B., Vol. 12, tab 5, at pp. 53, 70; see also A.B., Vol. 14, tab 45; and A.B., Vol. 15, tab 34.)

ensemble. À l'audition, la Cour a estimé que l'erreur n'avait causé aucun préjudice à Bell, qui savait depuis le début que les sept plaintes systémiques étaient en cause. Il ne fait aucun doute que l'erreur peut facilement être corrigée devant le tribunal. Il est évident que la Commission a fait preuve de nonchalance lorsqu'elle a entériné le rapport d'enquête, et des débats inutiles auraient été évités si la Commission avait fait plus attention lorsqu'elle a officialisé sa décision. Cependant, le cafouillage administratif ne constitue pas en soi une cause d'intervention judiciaire.

<sup>2</sup> La preuve indique en effet que les syndicats ont tenté sans relâche d'éliminer l'écart salarial au moyen de la négociation collective et que Bell n'avait pas l'intention de faire plus qu'un geste symbolique pour éliminer l'écart salarial. Même lors des négociations de 1995, lorsque les résultats de l'étude mixte ont révélé l'existence d'un problème de taille, Bell n'était disposée qu'à établir un fonds de réserve équivalant à environ 1 % de sa masse salariale. En vertu de ce régime, il faudrait au moins quinze ans pour éliminer l'écart. Pour leur part, les syndicats ont tenté sans relâche de convaincre Bell d'accepter les résultats de l'étude mixte et d'éliminer l'écart en quatre ou cinq ans. Malgré tout, Bell a maintenu sa position (voir l'affidavit de Wu, D.A., vol. 16, onglet 2; l'affidavit de Bercier, D.A., vol. 12, onglet 1; contre-interrogatoire de Bercier, D.A., vol. 12, onglet 5, aux p. 53 et 70; voir aussi D.A., vol. 14, onglet 45 et D.A., vol. 15, onglet 34).

T-1604-95

T-1604-95

**Illva Saronno S.p.A. (Plaintiff)****Illva Saronno S.p.A. (demanderesse)**

v.

c.

**Privilegiata Fabbrica Maraschino "Excelsior",  
Girolamo Luxardo S.p.A., Girolamo Luxardo  
Maraschino Canada Ltd., Saverio Schiralli  
Agencies Limited and Vanrick Corporation Limited  
(Defendants)**

**Privilegiata Fabbrica Maraschino «Excelsior»,  
Girolamo Luxardo S.p.A., Girolamo Luxardo  
Maraschino Canada Ltd., Saverio Schiralli Agen-  
cies Limited et Vanrick Corporation Limited  
(défenderesses)**

**INDEXED AS: ILLVA SARONNO S.P.A. v. PRIVILEGIATA  
FABBRICA MARASCHINO "EXCELSIOR" (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: ILLVA SARONNO S.P.A. c. PRIVILEGIATA  
FABBRICA MARASCHINO «EXCELSIOR» (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Evans J.—Toronto, October 5; Ottawa,  
October 19, 1998.

Section de première instance, juge Evans—Toronto,  
5 octobre; Ottawa, 19 octobre 1998.

*Practice — References — Appeal from dismissal of motion to have issues of damages, profits determined by reference — A.S.P. holding defendants not providing any evidence bifurcating issues of liability, remedy resulting in inevitable saving of time, expense — Appeal dismissed — R. 107 permitting Court at any time to order issues in proceeding be determined separately — Exercise of r. 107 discretion subject to principles applicable under former R. 480, subject to two changes made by 1998 Rules: (1) Court having more flexibility as may now order severance of issues, even though severed issues not suitable for determination on reference because raising issues of both fact, law; (2) r. 107 must be applied so as to secure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding on merits as required by r. 3 — On r. 107 motion, Court may order postponement of discovery, determination of remedial issues until after discovery, trial of liability issues, if satisfied on balance of probabilities that, in view of evidence and all circumstances of case (including nature of claim, conduct of litigation, issues, remedies sought), severance more likely than not to result in just, expeditious, least expensive determination of proceeding on merits — Defendants not meeting burden — Court particularly influenced by paucity of information in defendants' affidavit; that discovery underway; existence of profits questionable; delays in final disposition of case likely to be prejudicial to plaintiff; difficulty of totally disentangling questions of law going to liability from those going to remedy.*

*Pratique — Renvois — Appel du rejet d'une requête visant à faire trancher les questions de dommages-intérêts et de profits par renvoi — Le protonotaire adjoint a statué que les défenderesses n'avaient pas présenté d'éléments de preuve tendant à montrer que la disjonction des questions de responsabilité et de redressement entraînerait inévitablement une économie de temps et d'argent — Appel rejeté — La règle 107 permet à la Cour, à tout moment, d'ordonner que les questions en litige dans une instance soient jugées séparément — L'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 107 est assujéti aux principes s'appliquant en vertu de la Règle 480 des anciennes Règles, compte tenu de deux modifications apportées par les Règles de 1998: 1) la Cour a plus de latitude étant donné qu'elle peut maintenant ordonner la disjonction des questions même si l'il ne s'agit pas de questions qu'il convient de régler par renvoi parce qu'elles soulèvent à la fois des questions de fait et des questions de droit; 2) la règle 107 doit être appliqué compte tenu de l'art. 3, de façon à apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Dans le cadre d'une requête présentée en vertu de la règle 107 des Règles, la Cour peut ordonner l'ajournement des interrogatoires préalables et de la détermination des questions de redressement tant que les interrogatoires préalables et l'instruction concernant la question de la responsabilité n'auront pas eu lieu, si elle est convaincue selon la prépondérance des probabilités que, compte tenu de la preuve et de toutes les circonstances de l'affaire (y compris la nature de la demande, le déroulement de l'instance, les questions en litige et les redressements demandés), la disjonction permettra fort probablement d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Les défenderesses ne se sont pas acquittées de cette obligation — La Cour s'est arrêtée en particulier à la faible quantité de renseignements figurant dans l'affidavit des défenderesses; au fait que les interrogatoires préalables étaient en cours; au fait qu'il était contestable que des profits aient été réalisés; au fait*

This was an appeal from the Associate Senior Prothonotary's order dismissing the defendants' motion to have the issues of damages and profits determined by a reference.

The statement of claim alleged trade mark infringement. In the case of one defendant liability was alleged to have extended over a period of nearly 30 years, while the infringements allegedly committed by the other defendants commenced only in the late 1980s. The Associate Senior Prothonotary dismissed the motion on the ground that the defendants had failed to provide any evidence that there would be an inevitable saving of time and expense if discovery and trial of the remedial issue were deferred until after discovery and trial of the liability issue. He relied on *VISX Inc. v. Nidek Co.* in which Hugessen J. held that the principles governing the separation of issues under former Rule 480 were applicable to current rule 107. Giles A.S.P. inferred therefrom that the case law establishing those principles continued to be binding. He summarized the test as requiring litigants seeking a separate determination of issues to show that there will necessarily be some saving of expense and time if discovery and trial of damages or profits is postponed until the matter of liability is settled. Rule 107 permits the Court at any time to order that issues in a proceeding be determined separately. Former Rule 480 enabled a party who wished to proceed to trial without adducing evidence of any issue of fact, including questions as to the damages caused by or profits arising from the infringement of a right, to seek a determination by a reference of such issues after trial.

The issues were: (1) whether rule 107 must be applied by reference to the principles and case law governing the exercise of discretion under former Rule 480; and (2) whether the test formulated for determining when discretion should be exercised under rule 107 to postpone remedial questions was too stringent.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*que si l'on tardait à régler l'affaire d'une façon définitive, la demanderesse subirait probablement un préjudice et au fait qu'il était difficile de démêler complètement les questions de droit se rapportant à la responsabilité et celles se rapportant au redressement.*

Il s'agissait d'un appel interjeté contre l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint avait rejeté une requête que les défenderesses avaient présentée en vue de faire trancher la question du montant des dommages-intérêts et des profits dans le cadre d'un renvoi.

Dans la déclaration, la violation d'une marque de commerce était alléguée. Dans le cas d'une défenderesse, il était allégué que la violation avait été commise sur une période de près de 30 ans, alors que les violations qui auraient censément été commises par les autres défenderesses n'avaient commencé qu'à la fin des années 1980. Le protonotaire adjoint Giles a rejeté la requête pour le motif que les défenderesses n'avaient pas présenté d'éléments de preuve tendant à montrer qu'il y aurait inévitablement économie de temps et d'argent si les interrogatoires préalables et l'instruction, en ce qui concerne la question du redressement, avaient lieu après les interrogatoires préalables et l'instruction se rapportant à la question de la responsabilité. Il s'est fondé sur la décision *VISX Inc. c. Nidek Co.*, dans laquelle le juge Hugessen avait statué que les principes régissant la disjonction des questions en vertu de la Règle 480 des anciennes Règles s'appliquaient à la règle 107 des Règles actuelles. Le protonotaire adjoint a inféré des motifs du juge Hugessen que la jurisprudence établit que ces principes continuent à s'appliquer obligatoirement. Il a résumé le critère comme exigeant que les parties qui cherchent à faire juger des questions séparément montrent que si les interrogatoires préalables et l'instruction de la question des dommages-intérêts ou des profits sont ajournés tant que la question de la responsabilité n'aura pas été réglée, il en résultera nécessairement une économie de temps et d'argent. La règle 107 permet à la Cour, à tout moment, d'ordonner que les questions en litige dans une instance soient jugées séparément. L'ancienne Règle 480 permettait à une partie qui désirait procéder à l'instruction sans présenter de preuve sur une question de fait, notamment sur un point relatif aux dommages découlant d'une atteinte à un droit ou aux profits tirés d'une atteinte à un droit, de demander une décision portant que cette question fera, après l'instruction, l'objet d'un renvoi.

Il s'agissait de savoir: 1) si la règle 107 s'applique par rapport aux principes et à la jurisprudence régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'ancienne Règle 480; et 2) si le critère formulé, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelles circonstances le pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'instruction des questions de redressement doit être exercé en vertu de la règle 107, est trop rigoureux.

*Jugement*: l'appel doit être rejeté.

(1) The exercise of the Court's discretion under rule 107 to order a separate trial or a reference of remedial issues is subject to the principles applicable under former Rule 480. However, those principles, and the case law establishing them, must be read subject to two changes made by the 1998 Rules. First, rule 107 gives the Court more flexibility in the sense that, unlike the former Rule 480, the Court may now order a severance of issues even though the severed issues may not be suitable for determination on a reference because they raise issues of both fact and law. Second, like all provisions of the new Rules, rule 107 must be read subject to rule 3, and accordingly "applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits". However, since the saving of time and expense was also understood to be the rationale of the former Rule 480, not too much should be made of this point in this context.

(2) The test formulated by Giles A.S.P. for determining when discretion should be exercised under rule 107 to postpone remedial questions was too stringent. On the basis of previous authority, and in light of the changes introduced by the 1988 Rules, on a motion under rule 107, the Court may order the postponement of discovery and the determination of remedial issues until after discovery and trial of the question of liability, if the Court is satisfied on the balance of probabilities that in view of the evidence and all the circumstances of the case (including the nature of the claim, the conduct of the litigation, the issues and the remedies sought), severance is more likely than not to result in the just, expeditious and least expensive determination of the proceeding on its merits.

In order to exercise *de novo* the discretion conferred by rule 107, the Court started with the premise that it will normally be more efficient to require that all the issues in a proceeding be determined together rather than separately, bearing in mind that a moving party has the burden of proof and persuasion that a departure from the general rule is justified. The defendants had not discharged that burden. In so concluding, the Court was particularly influenced by the paucity of information in the defendants' affidavit; the fact that discovery was already underway; the existence of profits was questionable; delays in the final disposition of the case were likely to be prejudicial to the plaintiff; and the difficulty of totally disentangling questions of law that go to liability from those pertaining to the remedy to be granted, if any.

1) L'exercice par la Cour du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la règle 107, à savoir ordonner une instruction distincte ou le renvoi des questions de redressement, est assujéti aux principes qui s'appliquent en vertu de l'ancienne Règle 480. Toutefois, ces principes, et la jurisprudence qui les a établis, doivent être interprétés compte tenu de deux modifications apportées par les Règles de 1998. En premier lieu, en vertu de la règle 107, la Cour a plus de latitude en ce sens que, contrairement à l'ancienne Règle 480, elle peut maintenant ordonner la disjonction des questions même s'il ne s'agit peut-être pas de questions qu'il convient de régler au moyen d'un renvoi parce qu'elles soulèvent à la fois des questions de fait et des questions de droit. En second lieu, comme toutes les dispositions des nouvelles Règles, la règle 107 doit être interprété compte tenu de la règle 3 et il doit donc être «appliqué de façon à apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible». Toutefois, étant donné qu'il était également entendu que l'économie de temps et d'argent constituait le fondement de l'ancienne Règle 480, il ne faudrait pas accorder trop d'importance à ce point dans le présent contexte.

2) Le critère formulé par le protonotaire adjoint Giles, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelles circonstances le pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'instruction des questions de redressement doit être exercé en vertu de la règle 107, est trop rigoureux. Compte tenu des décisions qui ont été rendues et des modifications qui ont été apportées par les Règles de 1998, dans le cadre d'une requête présentée en vertu de la règle 107, la Cour peut ordonner l'ajournement des interrogatoires préalables et de la détermination des questions de redressement tant que les interrogatoires préalables et l'instruction concernant la question de la responsabilité n'auront pas eu lieu, si elle est convaincue selon la prépondérance des probabilités que, compte tenu de la preuve et de toutes les circonstances de l'affaire (y compris la nature de la demande, le déroulement de l'instance, les questions en litige et les redressements demandés), la disjonction permettra fort probablement d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

Afin d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 107 en reprenant l'affaire depuis le début, la Cour a commencé par la prémisse selon laquelle il sera normalement plus efficace d'exiger que toutes les questions en litige dans une instance soient réglées ensemble plutôt que séparément, compte tenu du fait que la partie qui présente la requête a la charge de la preuve et doit convaincre la Cour qu'une dérogation à la règle générale est justifiée. Les défenderesses ne s'étaient pas acquittées de cette obligation. En arrivant à cette conclusion, la Cour s'est arrêtée en particulier à la faible quantité de renseignements figurant dans l'affidavit des défenderesses; au fait que les interrogatoires préalables étaient déjà en cours; au fait qu'il était contestable que des profits aient été réalisés; au fait que si l'on tardait à régler l'affaire d'une façon définitive, la

demanderesse subirait probablement un préjudice et au fait qu'il était difficile de démêler complètement les questions de droit qui se rapportent à la responsabilité et celles qui se rapportent au redressement à accorder le cas échéant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 476, 480, 500.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, RR. 3, 51, 107, 153.  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*VISX, Inc. v. Nidek Co.*, [1998] F.C.J. No. 811 (T.D.) (QL); *Depuy (Canada) Ltd. v. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (F.C.A.); *Brouwer Turf Equipment Ltd. v. A and M Sod Supply Ltd.*, [1977] 1 F.C. 51; (1976), 13 N.R. 83 (C.A.); *Canamerican Auto Lease & Rental Limited v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 638 (T.D.).

APPEAL from the dismissal of the defendants' motion to have the issues of damages and profits determined by a reference (*Illva Saronno S.p.A. v. Privilegiata Fabbrica Maraschino "Excelsior"*, [1998] F.C.J. No. 1282 (T.D.) (QL)). Appeal dismissed.

##### APPEARANCES:

*B. D. Edmonds* for plaintiff.  
*Newton Wong* for defendants.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for plaintiff.  
*Newton Wong & Associates*, Toronto, for defendants.

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

[1] EVANS J.: This is an appeal under *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], rule 51 against an order of

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 476, 480, 500.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, Règles 3, 51, 107, 153.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; (1993), 93 DTC 5080 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*VISX, Inc. c. Nidek Co.*, [1998] F.C.J. n° 811 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Depuy (Canada) Ltd. c. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (C.A.F.); *Brouwer Turf Equipment Ltd. c. A and M Sod Supply Ltd.*, [1977] 1 C.F. 51; (1976), 13 N.R. 83 (C.A.); *Canamerican Auto Lease & Rental Limited c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 638 (1<sup>re</sup> inst.).

APPEL du rejet de la requête des défenderesses visant à faire trancher les questions de dommages-intérêts et de profits par renvoi (*Illva Saronno S.p.A. c. Privilegiata Fabbrica Maraschino «Excelsior»*, [1998] F.C.J. n° 1282 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)). Appel rejeté.

##### ONT COMPARU:

*B. D. Edmonds* pour la demanderesse.  
*Newton Wong* pour les défenderesses.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Newton Wong & Associates*, Toronto, pour les défenderesses.

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

[1] LE JUGE EVANS: Il s'agit d'un appel interjeté en vertu de la règle 51 des *Règles de la Cour fédérale*

Giles, A.S.P., dated September 8, 1998 [[1998 F.C.J. No. 1282 (T.D.) (QL)], dismissing a motion brought under rule 107 by the defendants in the action to order the postponement of the discovery and trial of the issue of the quantum of damages or profits payable to the plaintiff until the liability of the defendants to the plaintiff has been determined at trial.

[2] The plaintiff's statement of claim alleges that the defendants have infringed its rights under the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] through the manufacture, importation, marketing and distribution in Canada of a liqueur with a name and get-up confusingly similar to that of a product of the plaintiff. In the case of the defendant, Saverio Schiralli Agencies Limited, liability is alleged to extend over a period of nearly 30 years, while the infringements allegedly committed by the other defendants commenced only in the late 1980s.

[3] The plaintiff is an Italian corporation, as is the defendant Luxardo, the manufacturer of the liqueur. The plaintiff has not yet elected whether to claim damages for loss suffered, or to seek an accounting of profits made by the defendants as a result of their alleged infringement of the plaintiff's rights under the *Trade-marks Act*.

[4] There have been six days of discovery of the defendant Saverio Schiralli to date, including one day devoted to the remedial issue; counsel anticipate that another three days will be required on this issue. The discovery of the two other defendants has not yet commenced, although it may not require as much time as that spent on Saverio Schiralli since the alleged infringements only go back for approximately 10 years. The fact that the defendants are said to have a number of product lines is a complicating factor in the discovery directed at determining the amount of any unlawfully made profits that they may be required to

(1998) [DORS/98-106], contre l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint Giles a rejeté, le 8 septembre 1998 [[1998] F.C.J. n° 1282 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)], une requête que les défenderesses avaient présentée dans l'instance en vertu de la règle 107 en vue de faire ajourner les interrogatoires préalables et l'instruction de la question du montant des dommages-intérêts ou des profits qui devraient être payés à la demanderesse tant que leur responsabilité envers cette dernière n'aurait pas été déterminée à l'instruction.

[2] Dans sa déclaration, la demanderesse allègue que les défenderesses ont violé les droits qu'elle possède en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] en fabricant, important, commercialisant et distribuant au Canada une liqueur dont le nom et la présentation sont semblables à ceux d'un de ses produits au point de créer de la confusion. Dans le cas de la défenderesse Saverio Schiralli Agencies Limited, il est allégué que la violation a été commise sur une période de près de 30 ans, alors que les violations qui auraient censément été commises par les autres défenderesses n'ont commencé qu'à la fin des années 1980.

[3] La demanderesse est une société italienne, comme l'est également la défenderesse Luxardo qui fabrique la liqueur. La demanderesse n'a pas encore décidé si elle allait demander des dommages-intérêts pour la perte subie, ou une reddition de comptes de la part des défenderesses, par suite de la violation alléguée des droits qu'elle possède en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*.

[4] Jusqu'à maintenant, l'interrogatoire préalable du défendeur Saverio Schiralli a duré six jours, et une journée a été consacrée à la question du redressement; l'avocat prévoit qu'il faudra consacrer encore trois jours à cette question. Les interrogatoires préalables des deux autres défenderesses ne sont pas encore commencés, mais il se peut qu'ils ne prennent pas autant de temps que celui de Saverio Schiralli étant donné que les violations alléguées ne remontent qu'à une dizaine d'années. Le fait que les défenderesses auraient un certain nombre de lignes de produits vient compliquer les choses en ce qui concerne les interro-

disgorge to the plaintiff. Counsel for the defendants, the moving party in this motion, estimated that five days of the trial were likely to be required on the remedial issue.

[5] Giles A.S.P. dismissed the motion on the ground that the defendants had failed to provide any evidence that bifurcating the issues of liability and remedy would result in an inevitable saving of time and expense if discovery and trial of the remedial issue were deferred until after discovery and trial of the issue of liability.

[6] He relied on *VISX Inc. v. Nidek Co.*, [1998] F.C.J. No. 811 (T.D.) (QL), in which Hugessen J. held that the principles governing the separation of issues under former Rule 480 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] were applicable to the current rule 107. Giles A.S.P. inferred from Hugessen J.'s reasons that the case law establishing those principles continued to be binding. The relevant test he summarized as follows [at paragraph 2]:

That in my view makes it necessary for litigants seeking separate determination of issues to show there will necessar-ily be some saving of expense and time if discovery and trial of damages or profits is postponed until the matter of liability is settled. The fact that discovery and trial time would be reduced if the defendant were successful at trial, is not sufficient . . . [Emphasis in original.]

[7] It was common ground between the parties that on an appeal under rule 51 the Court could only interfere with a prothonotary's disposition of a motion if the prothonotary had misapprehended the facts or proceeded on some wrong principle, or the order raises a question vital to the final issue of the case; however, if such an error were identified, then the

gatoires préalables visant à permettre de déterminer le montant des profits illégaux qu'elles peuvent être tenues de remettre à la demanderesse. L'avocat des défenderesses, qui a présenté la requête dont je suis ici saisi, estimait qu'à l'instruction, il faudrait probablement consacrer cinq jours à la question du redressement.

[5] Le protonotaire adjoint Giles a rejeté la requête pour le motif que les défenderesses n'avaient pas présenté d'éléments de preuve tendant à montrer que la disjonction des questions de responsabilité et de redressement entraînerait inévitablement une économie de temps et d'argent si les interrogatoires préalables et l'instruction, en ce qui concerne la question du redressement, avaient lieu après les interrogatoires préalables et l'instruction se rapportant à la question de la responsabilité.

[6] M. Giles s'est fondé sur la décision *VISX Inc. c. Nidek Co.*, [1998] F.C.J. n° 811 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), dans laquelle le juge Hugessen a statué que les principes régissant la disjonction des questions en vertu de la Règle 480 des anciennes Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] s'appliquaient à la règle 107 actuelle. Le protonotaire adjoint a inféré des motifs énoncés par le juge Hugessen que la jurisprudence établit que ces principes continuent à s'appliquer obligatoirement. M. Giles a résumé le critère pertinent comme suit [au paragraphe 2]:

[TRADUCTION] À mon avis, cela montre qu'il faut que les parties qui cherchent à faire juger des questions séparément montrent que si les interrogatoires préalables et l'instruction de la question des dommages-intérêts ou des profits sont ajournés tant que la question de la responsabilité n'aura pas été réglée, il en résultera nécessairement une économie de temps et d'argent. Le fait que moins de temps serait consacré aux interrogatoires préalables et à l'instruction, si le défendeur avait gain de cause à l'instruction, n'est pas suffisant [. . .] [Souligné dans l'original.]

[7] Les parties reconnaissent que dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de la règle 51, la Cour ne peut intervenir que si, dans la décision rendue à l'égard de la requête, le protonotaire a mal apprécié les faits ou s'il s'est fondé sur un mauvais principe, ou encore si l'ordonnance porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause; toutefois,

Court could exercise its own discretion *de novo*, and dispose of the motion on the merits: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.). The first issue, therefore, is whether Giles A.S.P. was correct in his conclusion that rule 107 must be applied by reference to the principles and case law governing the exercise of discretion under former Rule 480.

[8] With an economy and simplicity that characterize the 1998 Rules, rule 107 provides:

107. (1) The court may, at any time, order the trial of the issue or that issues in proceeding be determined separately.

As Hugessen J. pointed out in *VISX*, an order under rule 107 does not preclude a further order, if appropriate, that the quantum of damages or profits be determined by a reference under rule 153 to the extent that they raise questions of fact alone.

[9] Former Rule 480 enabled a party who wished to proceed to trial without adducing evidence of any issue of fact including, *inter alia*, questions as to the damages caused by or profits arising from the infringement of a right, to seek a determination by a reference of such issues after trial under Rule 500, *et seq.* Rule 476 also authorized the Court to order that a question be decided at trial before discovery on some issue that depended on the determination of that question.

[10] Giles A.S.P. was certainly correct to hold that in the *VISX* case, which raised issues very similar to those in the case at bar, Hugessen J. stated that the principles previously applicable to motions to postpone discoveries and trial of the remedial issue until after the trial on liability [at paragraph 3] "appear to me to be applicable in this case."

si l'existence de pareille erreur est constatée, la Cour peut exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début, et elle peut statuer sur la requête au fond: *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.). Il s'agit donc avant tout de savoir si le protonotaire adjoint Giles a eu raison de conclure que la règle 107 s'applique par rapport aux principes et à la jurisprudence régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'ancienne Règle 480.

[8] Avec une économie de mots et une simplicité caractéristiques des Règles de 1998, la règle 107 est ainsi libellé:

107. (1) La Cour peut, à tout moment, ordonner l'instruction d'une question soulevée ou ordonner que les questions en litige dans une instance soient jugées séparément.

Comme le juge Hugessen l'a souligné dans la décision *VISX*, le prononcé d'une ordonnance fondée sur la règle 107 n'exclut pas la possibilité de prononcer, en temps utile, une autre ordonnance en vertu de la règle 153 afin de trancher la question des dommages-intérêts ou des profits dans le cadre d'un renvoi, dans la mesure où seules des questions de fait sont soulevées.

[9] L'ancienne Règle 480 permettait à une partie qui désirait procéder à l'instruction sans présenter de preuve sur une question de fait, notamment sur un point relatif aux dommages découlant d'une atteinte à un droit ou aux profits tirés d'une atteinte à un droit, de demander une décision portant que cette question fera, après l'instruction, l'objet d'un renvoi en vertu de la Règle 500 et suivantes. La Règle 476 des anciennes autorisait également la Cour à ordonner qu'une question soit réglée à l'instruction avant la tenue d'un interrogatoire préalable se rapportant à une question qui dépendait de la détermination de cette question.

[10] Le protonotaire adjoint Giles a certainement eu raison de statuer que dans la décision *VISX*, où des questions fort semblables à celles qui se posent en l'espèce étaient soulevées, le juge Hugessen avait dit [au paragraphe 3] qu'il lui semblait que les principes qui s'appliquaient auparavant aux requêtes visant à faire ajourner l'interrogatoire préalable et l'instruction

[11] Hugessen J. cited *Depuy (Canada) Ltd. v. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (F.C.A.), as illustrative of those principles. In that case, Hugessen J.A., as he then was, delivering the judgment of the Court, held [at page 146] that the motions judge had erred in law when he required the applicants to show “exceptional circumstances and extraordinarily complex issues” before ordering a severance of the issues of liability and remedy. “That”, said Hugessen J.A. (at page 146), “set the threshold far too high”. However, he also cited with approval the statement by Jackett C.J. in *Brouwer Turf Equipment Ltd. v. A and M Sod Supply Ltd.*, [1977] 1 F.C. 51 (C.A.), at page 54 to the effect that:

. . . the general principle is that the plaintiff must make out the whole of his case in the first instance; and, in the absence of consent or of “reasons bearing on the conduct of the action as a whole”, Rule 480 should not be invoked to set that principle aside.

[12] My conclusion is that Giles A.S.P. was broadly correct to state that the exercise of the Court’s discretion under rule 107 to order a separate trial or a reference of remedial issues is subject to the principles applicable under former Rule 480. However, those principles, and the jurisprudence establishing them, must be read subject to two changes made by the 1998 Rules. First, rule 107 gives the Court more flexibility in the sense that, unlike the former Rule 480, the Court may now order a severance of issues even though the severed issues may not be suitable for determination on a reference because, for example, they raise issues of both fact and law. Second, like all provision of the new Rules, rule 107 must be read subject to rule 3, and accordingly “applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits”. However, since the saving of time and expense was also understood to be the rationale of the former Rule

se rapportant à la question du redressement tant que la question de la responsabilité n’aurait pas été instruite s’appliquaient en l’espèce.

[11] Le juge Hugessen a cité l’arrêt *Depuy (Canada) Ltd. c. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (C.A.F.), pour illustrer ces principes. Dans cette affaire-là, le juge Hugessen (alors juge de la Cour d’appel), qui rendait jugement au nom de la Cour, a statué [à la page 146] que le juge des requêtes avait commis une erreur de droit lorsqu’il avait exigé que la demanderesse démontre l’existence «de circonstances vraiment exceptionnelles et de points extraordinairement complexes» avant d’ordonner la disjonction des questions de responsabilité et de redressement. Comme il l’a dit (à la page 146): «Ce critère fixe un seuil beaucoup trop élevé.» Toutefois, le juge Hugessen a également cité en l’approuvant la remarque que le juge en chef Jackett avait faite dans la décision *Brouwer Turf Equipment Ltd. c. A and M Sod Supply Ltd.*, [1977] 1 C.F. 51 (C.A.), à la page 54:

[. . .] le principe général veut que le demandeur prouve l’ensemble de sa cause en première instance; et, en l’absence de consentement ou de «raisons influant sur la conduite de l’action dans son ensemble», la Règle 480 ne peut servir à mettre en échec ce principe.

[12] Je conclus que le protonotaire adjoint Giles avait tout à fait raison de dire que l’exercice par la Cour du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la règle 107, à savoir ordonner une instruction distincte ou le renvoi des questions de redressement, est assujetti aux principes qui s’appliquent en vertu de l’ancienne Règle 480. Toutefois, ces principes, et la jurisprudence qui les a établis, doivent être interprétés compte tenu de deux modifications apportées par les Règles de 1998. En premier lieu, en vertu de la règle 107 des nouvelles Règles, la Cour a plus de latitude en ce sens que, contrairement à l’ancienne Règle 480, elle peut maintenant ordonner la disjonction des questions même s’il ne s’agit peut-être pas de questions qu’il convient de régler au moyen d’un renvoi parce que, par exemple, elles soulèvent à la fois des questions de fait et des questions de droit. En second lieu, comme toutes les dispositions des nouvelles Règles, la règle 107 doit être interprétée compte

480 (see *Brouwer Turf, loc. cit.*), not too much should be made of this point in this context.

[13] This leads me to the further conclusion that the test formulated by Giles A.S.P. for determining when discretion should be exercised under rule 107 to postpone remedial questions was too stringent. I do not see in *Depuy*, or the cases therein cited, a requirement that the production of proof that such an order will necessarily result in a saving of time and expense, although in *Canamerican Auto Lease & Rental Limited v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 638 (T.D.), Dubé J. approached this standard when he stated that a reference was appropriate if "it appears reasonably certain" that severance would result in a saving of time and expense. However, in my opinion, Giles A.S.P.'s test is closer to that disapproved in the more recent case of *Depuy*, and is even more restrictive than that formulated in *Canamerican*.

[14] Accordingly, on the basis of previous authority and in light of the changes introduced by the 1998 Rules, I would formulate the test to be applied under rule 107 as follows. On a motion under rule 107, the Court may order the postponement of discovery and the determination of remedial issues until after discovery and trial of the question of liability, if the Court is satisfied on the balance of probabilities that in the light of the evidence and all the circumstances of the case (including the nature of the claim, the conduct of the litigation, the issues and the remedies sought), severance is more likely than not to result in the just, expeditious and least expensive determination of the proceeding on its merits.

tenu de la règle 3, et, elle doit donc être «appliquée de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible». Toutefois, étant donné qu'il était également entendu que l'économie de temps et d'argent constituait le fondement de l'ancienne Règle 480 (voir *Brouwer Turf, loc. cit.*), il ne faudrait pas accorder trop d'importance à ce point dans le présent contexte.

[13] Cela m'amène à conclure en outre que le critère formulé par le protonotaire adjoint Giles, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelles circonstances le pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'instruction des questions de redressement doit être exercé en vertu de la règle 107, est trop rigoureux. Je ne puis constater dans l'arrêt *Depuy*, ou dans les autres décisions qui y sont citées, l'existence d'une exigence voulant qu'on présente une preuve tendant à montrer que pareille ordonnance entraînera nécessairement une économie de temps et d'argent, même si dans la décision *Canamerican Auto Lease & Rental Limited c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 638 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Dubé a presque appliqué cette norme lorsqu'il a dit qu'il convient de procéder par renvoi s'il paraît raisonnablement certain que la disjonction permettrait d'épargner du temps et de l'argent. Toutefois, à mon avis, le critère énoncé par le protonotaire adjoint Giles est trop semblable à celui qui a été rejeté dans la décision *Depuy* qui a récemment été rendue et est encore plus restrictif que celui qui a été formulé dans la décision *Canamerican*.

[14] Par conséquent, compte tenu des décisions qui ont été rendues et des modifications qui ont été apportées par les Règles de 1998, je formulerais le critère à appliquer en vertu de la règle 107 comme suit: dans le cadre d'une requête présentée en vertu de la règle 107, la Cour peut ordonner l'ajournement des interrogatoires préalables et de la détermination des questions de redressement tant que les interrogatoires préalables et l'instruction concernant la question de la responsabilité n'auront pas eu lieu, si elle est convaincue selon la prépondérance des probabilités que, compte tenu de la preuve et de toutes les circonstances de l'affaire (y compris la nature de la demande, le déroulement de l'instance, les questions en litige et les redressements demandés), la disjonction permettra fort probablement d'apporter au litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[15] Having found that Giles A.S.P. erred in his formulation of the relevant test, I must now exercise *de novo* the discretion conferred by rule 107. This is no easy task. However, I start with the premise on which Jackett C.J.'s statement on *Brouwer Turf* is based, namely, that it will normally be more efficient to require all the issues in a proceeding be determined together rather than separately. In addition, I am mindful of the fact that the moving party has the burden of proof and persuasion that a departure from the general rule is justified.

[16] Turning to the facts of the present case, I note that, while there has been one day of discovery of one defendant on the remedial question, there are estimated to be three more to go, and discovery of the other parties has not yet started. The discovery required for the remedy of the disgorgement of profits is apt to be particularly time-consuming and expensive for defendants where, as here, they have a number of product lines. The fact that two of the parties are Italian corporations may also involve extra time and expense, in the translation of documents and the attendance of witnesses, for example. The length of time over which the infringements allegedly occurred (nearly 30 years in the case of one defendant, and 10 years in the case of another) also favours bifurcation.

[17] On the other hand, as Mr. Edmonds, counsel for the plaintiff, pointed out when responding to this motion, postponing discovery and trial of the remedial issues until after trial of the question of liability may itself occasion additional and unnecessary expense and delay. Thus, if the defendants are held liable, bifurcation may duplicate discovery, trials and possible appeals. Moreover, he submitted, when the parties are in possession of all the relevant information after a complete discovery on all the issues, it may be easier for them to reach a settlement of the proceeding, or to consider at that stage the desirability of separating the

[15] Puisque j'ai conclu que le protonotaire adjoint Giles a commis une erreur en formulant le critère pertinent, je dois maintenant exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 107 en reprenant l'affaire depuis le début. La tâche n'est pas facile. Toutefois, je commence par la prémisse sur laquelle la remarque que le juge en chef Jackett a faite dans la décision *Brouwer Turf* est fondée, à savoir qu'il sera normalement plus efficace d'exiger que toutes les questions en litige dans une instance soient réglées ensemble plutôt que séparément. De plus, je tiens compte du fait que la partie qui présente la requête a la charge de la preuve et doit convaincre la Cour qu'une dérogation à la règle générale est justifiée.

[16] Quant aux faits de la présente espèce, je remarque que, même si l'on a déjà consacré une journée à l'interrogatoire préalable d'un défendeur en ce qui concerne la question du redressement, on estime qu'il faudra encore trois jours pour achever l'interrogatoire et que l'interrogatoire préalable des autres parties n'est pas encore commencé. Les interrogatoires préalables nécessaires en ce qui concerne la question de la remise des profits prendront probablement beaucoup plus de temps et seront beaucoup plus coûteux pour les défenderesses qui ont un certain nombre de lignes de produits, comme c'est ici le cas. Étant donné que deux parties sont des sociétés italiennes, il faudra peut-être également encore plus de temps et d'argent, par exemple lorsqu'il s'agira de traduire des documents et de faire comparaître les témoins. La durée des violations alléguées (près de 30 ans dans le cas d'une défenderesse, et 10 ans dans le cas des autres) milite également en faveur de la disjonction.

[17] D'autre part, comme l'avocat de la demanderesse, M<sup>e</sup> Edmonds, l'a souligné en répondant à cette requête, si les interrogatoires préalables et l'instruction des questions de redressement sont ajournés jusqu'après l'instruction de la question de la responsabilité, cela occasionnera peut-être des frais et un retard additionnels inutiles. Ainsi, si les défenderesses étaient tenues responsables, les interrogatoires préalables, les instructions et les appels possibles auront peut-être lieu à deux reprises. En outre, l'avocat a soutenu que lorsque les parties seront en possession de tous les renseignements pertinents après que des interrogatoires

issues.

[18] Mr. Edmonds also relied on the facts that, the bulk of the discovery was finished; the defendants had not raised the possibility of severance until the fourth day of discovery; there had been little need for translation of documents; and it was not yet clear whether the defendants had made any profits at all that they could be required to disgorge. He was also concerned about the advanced ages of those in possession of financial information pertaining to the business of one of the defendants, and the possibility that, if final judgment were delayed, the judgment debt might be incapable of collection.

[19] Mr. Edmonds also emphasized a point made by Giles A.S.P. in the reasons for his order, namely that bifurcation would only shorten the trial time if the defendants won on the issue of liability, something that the defendants had not addressed by showing that the plaintiff's claim was weak. On the other hand, it could also be said with some plausibility that, if the plaintiff were successful at trial, the defendants might be more willing to agree an amount to be paid in settlement of their liability.

[20] On balance, I have decided that the defendants have not discharged the burden of establishing on the balance of probabilities that savings of expense and time are sufficiently likely, nor the interest of a just disposition of the proceeding on its merits liability to be advanced, as to justify departing from the general principle that all issues in a proceeding should be dealt with together. In reaching this conclusion, I have been particularly influenced by the following considerations: the paucity of information in the defendants' affidavit; discovery is already under way; the existence of profits is questionable; delays in the final disposition of the case are likely to be prejudicial to the plaintiff;

préalables complets auront été tenus sur toutes les questions en litige, il sera peut-être plus facile d'en arriver à un règlement de l'instance, ou d'envisager à ce stade l'opportunité de séparer les questions en litige.

[18] M<sup>e</sup> Edmonds s'est également fondé sur le fait que dans l'ensemble les interrogatoires préalables sont terminés; que les défenderesses avaient soulevé la possibilité de séparer les questions le quatrième jour seulement; qu'il n'a pas été vraiment nécessaire de traduire des documents; et qu'on ne savait pas encore si les défenderesses avaient réalisé des profits qu'elles pourraient être tenues de remettre. L'avocat se préoccupait également de l'âge avancé des personnes qui étaient en possession de l'information financière relative à l'entreprise d'une des défenderesses, et du fait que, si le jugement final était retardé, la somme accordée ne puisse pas être recouvrée.

[19] M<sup>e</sup> Edmonds a également mis l'accent sur un point que le protonotaire adjoint Giles avait soulevé dans les motifs de son ordonnance, à savoir que la disjonction des questions n'aurait pour effet d'abrèger la durée de l'instruction que si les défenderesses avaient gain de cause à l'égard de la question de la responsabilité, soit une chose dont les défenderesses n'avaient pas traité en montrant que la demande n'était pas bien fondée. D'autre part, il serait également à bon droit possible de dire que si la demanderesse avait gain de cause à l'instruction, les défenderesses seraient peut-être davantage prêtes à convenir d'un montant à payer en vue de régler la question de la responsabilité.

[20] Somme toute, j'ai décidé que les défenderesses ne se sont pas acquittées de l'obligation qui leur incombait d'établir selon la prépondérance des probabilités que la possibilité d'effectuer des économies de temps et d'argent et d'apporter une solution juste au litige est telle qu'est justifiée une dérogation au principe général voulant que toutes les questions qui se posent dans une instance soient examinées ensemble. En arrivant à cette conclusion, je me suis arrêté en particulier aux considérations suivantes: la faible quantité de renseignements figurant dans l'affidavit des défenderesses; le fait que les interrogatoires préalables sont déjà en cours; le fait qu'il est contesta-

and the difficulty of totally disentangling questions of law that go to liability from those pertaining to the remedy to be granted, if any.

[21] For these reasons I would dismiss the appeal from Giles A.S.P., but because I have found that he applied the wrong test to the exercise of discretion under rule 107, I make no award of costs.

#### ORDER

The motion to set aside the order of the Associate Senior Prothonotary dated September 8, 1998 dismissing the defendants' motion to have the issues of damages and profits determined by a reference is hereby dismissed. No award as to costs.

ble que des profits aient été réalisés; le fait que si l'on tarde à régler l'affaire d'une façon définitive, la demanderesse subira probablement un préjudice et le fait qu'il est difficile de démêler complètement les questions de droit qui se rapportent à la responsabilité et celles qui se rapportent au redressement à accorder le cas échéant.

[21] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté contre l'ordonnance du protonotaire adjoint Giles, mais puisque j'ai conclu que le protonotaire adjoint a appliqué le mauvais critère en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 107, je n'adjudge pas de dépens.

#### ORDONNANCE

La requête visant à faire annuler l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint a rejeté, le 8 septembre 1998, la requête des défenderesses visant à faire juger par renvoi les questions de dommages-intérêts et de profits est par les présentes rejetée. Aucuns dépens ne sont pas adjugés.

T-1407-96

**Harbans Singh Pawar, for Himself and as Representative of All Those Also Improperly Denied Benefits (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

*INDEXED AS: PAWAR v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 11; Ottawa, October 9, 1998.

*Practice — Judgments and orders — Summary judgment — Application for dismissal of claim on ground no genuine issue for trial — Federal Court Rules, r. 216 permitting Court to grant summary judgment if able on whole of evidence to find facts necessary to decide questions of fact, law — Although could not conclude no genuine issue for trial, actions should not be deferred for trial on mere suggestion further evidence may be made available, or law in state of confusion — Responding party having positive responsibility to go beyond mere supposition; Court having duty to take hard look at merits of action at preliminary stage — Evidence establishing essential facts relevant to plaintiff's claim before Court — Proceeding to trial would add detail, but not significant additional evidence — Given costs involved, trial neither necessary nor justified.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Under Old Age Security Act entitlement to full monthly pension at age 65 requiring 10 years of residence in Canada immediately preceding day on which person's application approved, or 40 years of residence in Canada since age 18 — Plaintiff coming from India in 1987 when 58 — At age 65 denied old age security pension benefits because not meeting requirement of being resident in Canada for 10 years — Legislation drawing distinction leading to denial of equal benefit of law — Distinction based on residence in Canada not based on characteristic enumerated in Charter, s. 15 — Nor does expansion of group entitled to benefits by reference to entitlement under pension plans of countries with which Canada having reciprocal agreements convert distinction to one based on national origin — Expansion not based on citizenship, national origin, but on entitlement under plans in other countries — Group of individuals not entitled to benefits not comprising category analogous to those listed in s. 15 —*

T-1407-96

**Harbans Singh Pawar, en son nom personnel et en tant que représentant de tous ceux qui ont aussi été irrégulièrement exclus de la pension (demandeur)**

c.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

*RÉPERTORIÉ: PAWAR c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 11 septembre; Ottawa, 9 octobre 1998.

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Demande de rejet de la déclaration au motif qu'il n'y a pas de véritable question litigieuse à trancher — La r. 216 des Règles de la Cour fédérale autorise la Cour à rendre un jugement sommaire si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit — Bien que l'on ne puisse conclure que la présente affaire ne soulève aucune véritable question litigieuse, les actions ne devraient pas être instruites dès qu'on laisse entendre que d'autres éléments de preuve pourront être présentés ou que le droit est incertain — L'intimé a l'obligation d'aller au-delà des hypothèses; le tribunal est tenu d'examiner attentivement le bien-fondé de l'action dès cette étape préliminaire — La Cour dispose d'éléments de preuve établissant les faits essentiels pertinents en ce qui concerne la déclaration du demandeur — L'instruction de la cause permettrait d'ajouter des détails, mais pas nécessairement de nouveaux éléments de preuve importants — L'instruction de la cause n'est ni nécessaire, ni justifiée, compte tenu des coûts qu'elle entraînerait.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — En vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse, une personne peut bénéficier de la pleine pension à l'âge de 65 ans si elle a résidé au Canada pendant les dix années précédant la date d'agrément de sa demande, ou encore elle doit avoir résidé au Canada pendant 40 ans après avoir eu 18 ans — Le demandeur a quitté l'Inde pour le Canada en 1987, alors qu'il avait 58 ans — Après avoir atteint l'âge de 65 ans, le demandeur s'est vu refuser le droit à une pension de la sécurité de la vieillesse au motif qu'il ne satisfaisait pas à l'exigence selon laquelle il devait avoir résidé au Canada pendant au moins dix ans — La loi établit une distinction qui engendre une négation du droit au même bénéfice de la loi — La distinction est fondée sur le fait de résider au Canada et non sur un motif énuméré à l'art. 15 de la Charte — Par ailleurs, l'élargissement du groupe des personnes admissibles à toucher une pension, par l'ajout de personnes qui ont droit à une pension en vertu du régime de l'un des pays avec lequel le Canada a conclu des accords*

*Category of persons not qualifying for benefits not suffering historical disadvantage — Pension entitlement based on residency not reinforcing societal stereotypes as no stereotypes particular, unique to this group — Persons over 65 who have not lived in Canada for 10 years not discrete, insular minority, but diffuse, disparate group — Members of group not facing discrimination because not residing in Canada for 10 years — Applying for social assistance not denial of essential human dignity — Distinction not offending Charter, s. 15.*

*Health and Welfare — Old Age Security Act — Argument residency requirement discriminatory, contrary to Charter equality provision — Came from India at 58 — Denied benefits at 65 as not resident 10 years — Canada not having reciprocal agreement with India as its hybrid form of provident fund does not coordinate with Canadian legislation — Argued that reliance on provincial social assistance carries stigma — Plaintiff not member of group suffering from stereotyping, social prejudice — Action dismissed upon application for summary judgment, there being no Charter violation.*

This was an application for summary judgment dismissing the plaintiff's claim either on the ground that there was no genuine issue for trial or, because the facts necessary to decide the claim were before the Court and they disclosed that the plaintiff's claim could not succeed. The plaintiff argued that the residency requirement of the *Old Age Security Act* was discriminatory and therefore contrary to Charter, section 15. Entitlement to a full monthly pension at age 65 requires 10 years of residence in Canada immediately preceding the day on which the person's application is approved, or 40 years of residence in Canada since the age of 18. An individual who does not meet the residency requirement may become entitled under the Act to a partial pension based on the total number of years of residency, once resident in Canada for 10 years. Also, Canada has entered into reciprocal agreements with 34 countries that have a public pension system that can be coordinated with

*de réciprocité, n'a pas pour effet de transformer la distinction en une distinction fondée sur l'origine nationale — L'élargissement n'est fondé ni sur la citoyenneté, ni sur l'origine nationale, mais sur le droit à une pension en vertu de régimes établis dans d'autres pays — Le groupe des personnes qui n'ont pas droit de recevoir des prestations ne comprend pas de catégorie analogue aux catégories énumérées à l'art. 15 — Les personnes qui ne sont pas admissibles à recevoir des prestations ne subissent pas un désavantage historique — Le droit à une pension fondé sur le lieu de résidence ne renforce aucunement des stéréotypes sociétaux, car il n'existe pas de stéréotypes particuliers et uniques à propos du groupe visé — Les personnes âgées de plus de 65 ans qui n'ont pas résidé au Canada pendant dix ans ne constituent pas une minorité discrète et isolée; elles forment plutôt un groupe diffus et disparate — Les personnes appartenant à ce groupe ne subiront pas de discrimination pour le motif qu'elles n'ont pas résidé au Canada pendant dix ans — Le fait de demander des prestations d'aide sociale ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des personnes âgées — La distinction ne contrevient pas à l'art. 15 de la Charte.*

*Santé et bien-être social — Loi sur la sécurité de la vieillesse — On soutient que l'exigence en matière de résidence est discriminatoire et qu'elle contrevient à la disposition de la Charte relative au droit à l'égalité — Le demandeur a quitté l'Inde pour le Canada alors qu'il avait 58 ans — Après avoir atteint l'âge de 65 ans, il s'est vu refuser le droit à une pension de sécurité de la vieillesse au motif qu'il n'avait pas résidé au Canada pendant dix ans — Le Canada n'a pas conclu d'accord de réciprocité avec l'Inde, étant donné que la forme hybride de caisse de prévoyance existant dans ce pays n'est pas compatible avec la loi canadienne — On a prétendu que la dépendance de l'aide sociale provinciale stigmatisait les personnes âgées — Le demandeur ne fait pas partie d'un groupe de personnes victimes de stéréotypes ou de préjugés sociaux — À la suite d'une demande sollicitant un jugement sommaire, l'action a été rejetée parce que la Charte n'avait pas été violée.*

Il s'agit d'une demande sollicitant un jugement sommaire rejetant la déclaration du demandeur au motif que l'affaire ne soulève pas de véritable question litigieuse à trancher ou que la Cour dispose des faits dont elle a besoin pour statuer sur la déclaration et qu'il ressort de ces faits que le demandeur ne saurait avoir gain de cause. Le demandeur soutient que l'exigence en matière de résidence de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est discriminatoire et qu'elle contrevient donc à l'article 15 de la Charte. Une personne peut toucher une pleine pension après avoir atteint l'âge de 65 ans si elle a résidé au Canada pendant les dix années précédant la date d'agrément de sa demande ou si elle a résidé au Canada pendant 40 ans après avoir eu 18 ans. La personne qui ne satisfait pas à l'exigence en matière de résidence peut, en vertu de la Loi, avoir droit à une pension partielle établie en fonction du nombre total d'années pendant lesquelles elle a résidé au Canada, si elle y réside

Canada's Old Age Security program and that are prepared to grant reciprocity to persons who reside in those countries, but have previously lived in Canada. Individuals who have resided in or contributed to the social security scheme of any of those signatory countries may add periods of residence in those countries to their period of Canadian residence to become eligible for full benefits in Canada. The plaintiff came from India in 1987 when he was 58. At age 65 he was denied old age security pension benefits because he did not meet the requirement of being resident in Canada for 10 years. Nor did he qualify for the pension through a reciprocal agreement. India's hybrid form of provident fund does not coordinate with Canada's Old Age Security program. After having been in Canada for almost 10 years, he again applied and was granted a partial pension when he fulfilled the residency requirement. The applicant asserted that it was essential to a senior citizen's dignity to have the security and autonomy that comes with a source of income. He organized an association of seniors, most of whom rely on social assistance which they feel carries a stigma. *Federal Court Rules, 1998*, rule 216 permits the Court to grant summary judgment if it is able, on the whole of the evidence, to find the facts necessary to decide the questions of fact and law.

*Held*, the application for summary judgment should be allowed; the action should be dismissed.

It could not be concluded that no genuine issue for trial existed. Many motions and hearings have taken place that required some consideration of the merits of the claim, and the claim was not identified as one lacking a genuine issue for trial. But actions should not be deferred for trial at the mere suggestion that further evidence may be made available or that the law is in a state of confusion. The responding party has a positive responsibility to go beyond mere supposition and the court has a duty to take a hard look at the merits of an action at this preliminary stage. Evidence establishing the essential facts relevant to the plaintiff's claim were before the Court. Proceeding to trial would add detail, but not significant additional evidence. Proceeding to trial, given the costs involved, was neither necessary nor justified.

The first step in assessing whether there has been a violation of Charter, section 15 is to determine whether

depuis au moins dix ans. En outre, le Canada a conclu des accords de réciprocité avec trente-quatre pays dotés d'un système de pension de l'État compatible avec le programme canadien de sécurité de la vieillesse et disposés à accorder la réciprocité aux personnes qui y résident actuellement mais qui ont déjà vécu au Canada. Les personnes qui ont résidé dans l'un ou l'autre des pays signataires, ou qui ont contribué au régime de sécurité sociale de l'un ou l'autre de ces pays, peuvent ajouter à leur période de résidence au Canada les périodes pendant lesquelles elles ont résidé dans ces pays, afin de devenir admissibles à toucher une pleine pension au Canada. Le demandeur a quitté l'Inde pour le Canada en 1987, alors qu'il avait 58 ans. Après avoir atteint l'âge de 65 ans, il s'est vu refuser le droit à une pension de sécurité de la vieillesse au motif qu'il ne satisfaisait pas à l'exigence selon laquelle il devait avoir résidé au Canada pendant au moins dix ans. Par ailleurs, il n'était pas admissible à toucher une pension en vertu d'un accord de réciprocité. La forme hybride de caisse de prévoyance qui existe en Inde n'est pas compatible avec le programme canadien de sécurité de la vieillesse. Après avoir vécu au Canada pendant presque dix ans, il a présenté une nouvelle demande et obtenu qu'une pension partielle lui soit versée à partir du moment auquel il satisferait à l'exigence en matière de résidence. Le demandeur soutient qu'il est essentiel pour la dignité des personnes âgées que ces dernières jouissent de la sécurité et de l'autonomie que procure une source de revenu. Il a participé à la formation d'une association de personnes âgées. La plupart des membres de cette association dépendent de l'aide sociale, ce qui, considèrent-ils, les stigmatise. Suivant la règle 216 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, la Cour peut rendre un jugement sommaire si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit.

*Jugement*: la demande de jugement sommaire doit être accueillie; l'action doit être rejetée.

On n'a pas pu conclure que la présente affaire ne soulève aucune véritable question litigieuse. Il y a eu plusieurs requêtes et auditions nécessitant un certain examen du bien-fondé de la déclaration qui n'a pas permis de conclure que la déclaration ne soulevait pas de véritable question litigieuse à trancher. Mais les actions ne devraient pas être instruites dès qu'on laisse entendre que d'autres éléments de preuve pourront être présentés ou que le droit est incertain. L'intimé a l'obligation d'aller au-delà des hypothèses et le tribunal est tenu d'examiner attentivement le bien-fondé de l'action dès cette étape préliminaire. La Cour dispose d'éléments de preuve établissant les faits essentiels pertinents en ce qui concerne la déclaration du demandeur. L'instruction de la cause permettrait d'ajouter des détails, mais pas de nouveaux éléments de preuve importants. L'instruction de la cause n'est ni nécessaire, ni justifiée, compte tenu des coûts qu'elle entraînerait.

Pour savoir si l'article 15 de la Charte a été violé, il faut d'abord déterminer s'il y a une distinction entraînant la

there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law. The second is to determine whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground. The nature of the distinction, including whether it involves a personal characteristic, is a matter to be considered at the second stage.

The legislation draws a distinction that leads to a denial of an equal benefit of the law. But a distinction based primarily on the length and timing of an individual's residence in Canada, is not based on an enumerated ground. Nor does the expansion of the group who are entitled to benefits by reference to entitlement under the pension plans of countries with which Canada has reciprocal agreements convert the distinction to one based on national origin. In the first place, the primary feature of the class is related to residence in Canada; the expansion by reference to entitlement under various plans of other countries is peripheral. More importantly that expansion is not based on citizenship or national origin—it is based on entitlement under the plans that exist in those other countries, which may or may not be based on residence. Reference to particular countries is not to identify the national origin of the individual concerned.

The group of individuals who are not entitled to benefits simply do not comprise a category analogous to those described in Charter, section 15. Indicators of an analogous ground include whether the targeted group has suffered historical disadvantage, whether it is a discrete and insular minority, or whether the distinction in question was made on the basis of presumed group or personal characteristics. The category of persons that do not qualify for benefits are not persons who can be said to have suffered historical disadvantage. Nor is the group one that has suffered from stereotyping and social prejudice. Not granting an old age pension until someone has lived in Canada for 10 years immediately preceding the application for benefits or in accordance with the other residency requirements of the legislation does not send a message that reinforces societal stereotypes. It is not akin to denying spousal benefits to gay and lesbian couples. The distinction does not reinforce societal stereotypes, as there are no stereotypes particular and unique to this group. Nor does it send any particular message other than that the residency requirement applicable to all applicants has not been met. Persons over age 65 who have not lived in Canada for 10 years or fulfilled the other alternate requirements of the legislation are not a discrete and insular minority, but are a diffuse and disparate group. Individual members of the group may face discrimination in other circumstances based on their age or based on a

négation du droit à l'égalité devant ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi, et ensuite examiner si cette négation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou sur un motif analogue à ceux-ci. La nature de la distinction, dont la question de savoir si elle est fondée sur une caractéristique personnelle, doit être examinée à la deuxième étape.

La Loi établit une distinction qui engendre une négation du droit au même bénéfice de la loi. Mais une distinction fondée principalement sur la durée de la période de résidence de la personne au Canada et sur l'époque pendant laquelle celle-ci a résidé au pays ne constitue pas une distinction fondée sur un motif énuméré. Par ailleurs, l'élargissement du groupe des personnes admissibles à toucher une pension, par l'ajout de personnes qui ont droit à une pension en vertu du régime de l'un des pays avec lequel le Canada a conclu des accords de réciprocité, n'a pas pour effet de transformer la distinction en une distinction fondée sur l'origine nationale. D'abord, la caractéristique principale de la catégorie est liée au fait de résider au Canada; l'élargissement du groupe visé par l'ajout de personnes qui ont droit à une pension en vertu du régime d'un autre pays est secondaire. Chose plus importante, cet élargissement n'est fondé ni sur la citoyenneté, ni sur l'origine nationale—it est fondé sur le droit à une pension en vertu de régimes établis dans ces autres pays, régimes qui peuvent ou non être fondés sur le lieu de résidence. Le renvoi à des pays en particulier ne vise pas à identifier l'origine nationale de la personne en cause.

Le groupe des personnes qui n'ont pas droit à recevoir des prestations ne comprend tout simplement pas de catégorie analogue aux catégories énumérées à l'article 15 de la Charte. Les indices permettant de conclure à l'existence d'un motif analogue comprennent la question de savoir si le groupe touché a subi un désavantage historique, celle de savoir s'il forme une minorité discrète et isolée, et la question de savoir si la distinction en cause a été établie sur le fondement de présumées caractéristiques de groupe ou de caractéristiques personnelles. Les personnes qui ne sont pas admissibles à recevoir des prestations ne peuvent être considérées comme ayant subi un désavantage historique. Il ne s'agit pas non plus d'un groupe de personnes victimes de stéréotypes ou de préjugés sociaux. Le refus d'accorder une pension de vieillesse à la personne à moins qu'elle n'ait résidé au Canada pendant les dix années précédant la date d'agrément de sa demande ou conformément aux autres exigences de la loi en matière de résidence ne renforce aucunement des stéréotypes sociétaux. Cela ne s'apparente pas à un refus d'accorder des prestations de conjoint aux personnes dont le conjoint est de même sexe. La distinction ne renforce pas des stéréotypes sociétaux, car il n'existe pas de stéréotypes particuliers et uniques à propos du groupe visé. En outre, cette distinction ne donne à entendre rien d'autre qu'il n'a pas été satisfait à l'exigence en matière de résidence applicable à tous les demandeurs. Les personnes

particular national origin, but they do not face it for the specific reason that they have not lived in Canada for 10 years. Nor is it clear that length of residence in Canada is a personal characteristic, at least not herein.

While the plaintiff asserts that applying for provincial social assistance affronts the dignity of those seniors who find it necessary to do so, the Court was not persuaded that it was the kind of denial of essential human dignity referred to by Cory J. in *Egan*. The 10-year residency requirement together with the other requirements that define the class of persons that are denied benefits may be an arbitrary distinction, but it does not define a class that warrants constitutional protection.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1976-77, c. 9.  
*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, 15.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, RR. 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.  
*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 3.  
*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, R. 20.  
*Western Grain Stabilization Act*, S.C. 1974-75-76, c. 87.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Vaughan v. Warner Communications, Inc. et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; 10 C.P.C. (2d) 205; 20 C.P.R. (3d) 492 (H.C.); *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 156 D.L.R. (4th) 385; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

##### DISTINGUISHED:

*Pearkes v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (F.C.T.D.); *Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623; (1995), 125

âgées de plus de 65 ans qui n'ont pas résidé au Canada pendant dix ans ou qui n'ont pas satisfait aux autres exigences subsidiaires de la Loi ne constituent pas une minorité discrète et isolée, mais elle forment un groupe diffus et disparate. Il se peut que des personnes appartenant à ce groupe subissent, dans d'autres circonstances, de la discrimination fondée sur l'âge ou l'origine nationale, mais aucune de ces personnes ne subira de discrimination pour le motif particulier qu'elle n'a pas résidé au Canada pendant dix ans. Par ailleurs, il n'est pas clair que la durée de résidence au Canada constitue une caractéristique personnelle, du moins pas dans les circonstances de la présente affaire.

Bien que le demandeur soutienne que le fait de demander des prestations d'aide sociale provinciale porte atteinte à la dignité des personnes âgées qui n'ont d'autre choix, la Cour n'est pas convaincue qu'il s'agit du type d'atteinte à la dignité humaine essentielle auquel le juge Cory renvoyait dans l'arrêt *Egan*. Il se peut que l'exigence selon laquelle la personne doit avoir résidé au Canada pendant dix ans de même que les autres exigences qui définissent la catégorie des personnes exclues de la pension constituent une distinction de nature arbitraire, mais elles ne définissent pas une catégorie qui mérite la protection de la Constitution.

#### 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, 15.  
*Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest*, S.C. 1974-75-76, ch. 87.  
*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1976-77, ch. 9.  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 3.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, Règles 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.  
*Règles de Procédure Civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, Règle 20.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Vaughan v. Warner Communications, Inc. et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; 10 C.P.C. (2d) 205; 20 C.P.R. (3d) 492 (H.C.); *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 156 D.L.R. (4th) 385; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Pearkes c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623; (1995), 125

D.L.R. (4th) 80; 31 C.R.R. (2d) 109; 95 CLLC 210-023 (T.D.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

## CONSIDERED:

*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Haig v. Canada*; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 16 C.R.R. (2d) 193; 156 N.R. 81; *Peterson v. Canada (Minister of State, Grains and Oilseeds)* (1995), 124 D.L.R. (4th) 96; 30 C.R.R. (2d) 349; 108 N.R. 338 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Pattinson* (1990), 123 N.R. 156 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Collie Woolen Mills Ltd. v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 152; (1996), 96 DTC 6146; 107 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Wong v. Canada*, [1997] 1 F.C. 193; (1996), 119 F.T.R. 306 (T.D.); affd [1997] F.C.J. No. 1797 (C.A.) (QL); leave to appeal to S.C.C. refused [1998] 1 S.C.R. xvi; *Clarcken et al. v. Ontario Health Insurance Plan* (1998), 109 O.A.C. 363 (Ont. Div. Ct.); *McCarten et al. v. Prince Edward Island* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 1; 112 D.L.R. (4th) 711; 365 A.P.R. 1 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1994] 2 S.C.R. viii.

## AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. III, 2nd Sess., 30th Parl., 1977, at pp. 2834-2836.

## APPEARANCES:

*Lewis Spencer* for plaintiff.  
*Edward R. Sojonky* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Lewis Spencer*, Vancouver, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

[1] REED J.: This is an application by the defendant for summary judgment dismissing the plaintiff's claim.

D.L.R. (4th) 80; 31 C.R.R. (2d) 109; 95 CLLC 210-023 (1<sup>re</sup> inst.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Haig c. Canada*; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 16 C.R.R. (2d) 193; 156 N.R. 81; *Peterson c. Canada (Ministre d'État, Céréales et Oléagineux)* (1995), 124 D.L.R. (4th) 96; 30 C.R.R. (2d) 349; 108 N.R. 338 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Pattinson* (1990), 123 N.R. 156 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Collie Woolen Mills Ltd. c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 152; (1996), 96 DTC 6146; 107 F.T.R. 93 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Wong c. Canada*, [1997] 1 C.F. 193; (1996), 119 F.T.R. 306 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1997] A.C.F. n° 1797 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1998] 1 R.C.S. xvi; *Clarcken et al. v. Ontario Health Insurance Plan* (1998), 109 O.A.C. 363 (C. div. Ont.); *McCarten et al. v. Prince Edward Island* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 1; 112 D.L.R. (4th) 711; 365 A.P.R. 1 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1994] 2 R.C.S. viii.

## DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 2<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 1977, aux p. 2834 à 2836.

## ONT COMPARU:

*Lewis Spencer* pour le demandeur.  
*Edward R. Sojonky* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Lewis Spencer*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE REED: Il s'agit d'une demande déposée par la défenderesse en vue d'obtenir un jugement

The argument proceeds on two bases: there is no genuine issue for trial or, alternatively, the facts necessary to decide the claim are before the Court and they disclose that the plaintiff's claim cannot succeed.

[2] The plaintiff's claim is based on section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). He claims on his own behalf, and as representative for others who have also been denied old age security benefits under section 3 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 because they could not fulfil the residency requirements thereof. The plaintiff argues that the residency requirement is discriminatory and therefore unconstitutional. Subsection 15(1) of the Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[3] The relevant provisions of the *Old Age Security Act* regarding entitlement to a full monthly pension at age 65 can be summarized as requiring 10 years of residence in Canada immediately preceding the day on which the person's application is approved or 40 years of residence in Canada since the age of 18. If the applicant does not have 10 years of residence in Canada immediately preceding the application for benefits or if there was any period of absence from Canada during those 10 years, the individual must demonstrate a residence in Canada after the age of 18 that totals three times the aggregate of all periods of absence within the 10 years, and that the individual resided in Canada for a year immediately prior to the approval of the application for a pension. An individ-

sommaire rejetant la déclaration du demandeur. L'argumentation de la défenderesse a deux fondements: dans un premier temps, elle affirme que la présente affaire ne soulève pas de véritable question litigieuse à trancher et, dans un deuxième temps, elle affirme de façon subsidiaire que la Cour dispose des faits dont elle a besoin pour statuer sur la déclaration et qu'il ressort de ces faits que le demandeur ne saurait avoir gain de cause.

[2] La déclaration du demandeur est fondée sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). Il a présenté sa déclaration en son nom personnel et en tant que représentant d'autres personnes à qui des prestations de la sécurité de la vieillesse ont été refusées en vertu de l'article 3 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, au motif qu'elles ne satisfont pas à l'exigence en matière de résidence qui y est prévue. Le demandeur soutient que l'exigence est discriminatoire et qu'elle est donc inconstitutionnelle. Le paragraphe 15(1) de la Charte prévoit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[3] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* en ce qui concerne le droit d'une personne de toucher une pleine pension après avoir atteint l'âge de 65 ans peuvent être résumées de la façon suivante: la personne visée doit avoir résidé au Canada pendant les 10 années précédant la date d'agrément de sa demande, ou encore elle doit avoir résidé au Canada pendant 40 ans après avoir eu 18 ans. Si le demandeur n'a pas résidé au Canada pendant les 10 années précédant sa demande de pension, ou s'il a eu des périodes d'absence du Canada au cours de ces 10 années, il doit établir qu'après avoir atteint l'âge de 18 ans, il a résidé au Canada pendant une période équivalant au triple du total de ses périodes d'absence du pays au cours de ces 10 années, et

ual who has not been resident in Canada in accordance with these provisions may become entitled under the Act to a partial pension based on the total number of years of their residency, once they have been resident in Canada for 10 years.

[4] Also, Canada has entered into reciprocal agreements with 34 countries under which individuals who have resided in or contributed to the social security scheme of any of those signatory countries may add periods of residence in those countries to their period of Canadian residence to become eligible for full benefits in Canada. These agreements are signed with countries that have a public pension system that can be coordinated with Canada's old age security program and that are prepared to grant reciprocity to persons who reside in those countries but have previously lived in Canada.

[5] The possibility of partial pensions and reciprocal agreements with other countries was introduced into the Act by amendment in 1977 [*An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1976-77, c. 9]. Mr. Lalonde, Minister of National Health and Welfare, introduced the amendments at second reading, explaining their purpose in the following terms (*House of Commons Debates*, Vol. III, 2nd Sess., 30th Parl., at pages 2834-2836):

The amendments contained in the bill mean that over half a million residents of Canada may eventually gain access to the social security credits they have acquired overseas. They will also ensure greater equity of treatment among old age security pensioners by relating the basic old age security pension more directly to actual participation in Canadian society, and will bring greater consistency between this program and the other components of the Canadian retirement income system which are directly related to it.

...

The amendments would authorize inclusion of the old age security program in international agreements which would make benefits portable to and from countries with which

qu'il a résidé au pays pendant l'année qui a précédé l'agrément de sa demande de pension. La personne qui n'a pas résidé au Canada pendant l'une ou l'autre des périodes prévues par ces dispositions peut, en vertu de la Loi, avoir droit à une pension partielle établie en fonction du nombre total d'années pendant lesquelles elle a résidé au Canada, si elle y réside depuis au moins 10 ans.

[4] En outre, le Canada a conclu avec 34 pays des accords de réciprocité qui permettent aux personnes qui ont résidé dans l'un ou l'autre des pays signataires, ou qui ont contribué au régime de sécurité sociale de l'un ou l'autre de ces pays, d'ajouter à leur période de résidence au Canada les périodes pendant lesquelles elles ont résidé dans ces pays, afin de devenir admissibles à toucher une pleine pension au Canada. Le Canada a conclu de tels accords avec des pays dotés d'un système de pensions de l'État compatible avec le programme canadien de sécurité de la vieillesse et disposés à accorder la réciprocité aux personnes qui y résident présentement mais qui ont déjà vécu au Canada.

[5] La possibilité de toucher une pension partielle et la conclusion d'accords de réciprocité avec d'autres pays sont le fruit de modifications apportées à la Loi en 1977 [*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1976-77, ch. 9]. Monsieur Lalonde, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, a proposé ces modifications en deuxième lecture, en expliquant l'objet de la façon suivante [*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 2<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> Lég., aux pages 2834 à 2836]:

À cause de ces amendements, plus d'un demi-million de personnes résidant au Canada pourront éventuellement récupérer les crédits de sécurité sociale qu'elles ont acquis à l'étranger. Ces amendements apporteront plus d'équité dans le traitement des prestataires en pondérant le montant de la pension de vieillesse plus directement aux années de participation à la vie canadienne et plus de cohésion au système canadien de prestations de retraite en modifiant certaines caractéristiques du Régime de sécurité-vieillesse, donnant ainsi plus d'unité à l'ensemble du système.

[. . .]

Ces modifications autoriseraient l'inclusion du programme de sécurité-vieillesse dans des accords internationaux permettant le transfert des prestations de sécurité sociale

Canada may negotiate agreements. Such agreements would directly benefit a large number of immigrants to this country, especially those who have chosen to retire in Canada to be near their children and grandchildren, many of whom find their foreign pensions frozen at the level at which they were on the day they left their country of origin, and eroded by inflation and devaluation. The central purpose of reciprocal international agreements is to protect migrants who spend portions of their working lives in more than one country. Such people cannot always meet the minimum eligibility requirements of the mandatory social security programs to which they have contributed.

...

Secondly, I would like to say a few words about the single eligibility requirement which is found in the proposed bill. Forty years hence, the same, single eligibility requirement will apply to every resident of Canada: The OAS pension will be acquired a year at a time, through residence in Canada after age 18, over a maximum 40-year period. Partial pensions will be available for those with less than 40 years' residence based on one-fortieth of a full pension for each year of residence in Canada. A minimum of ten years of residence will be required for any pension to be payable in Canada.

...

People who have never resided in Canada and who do not hold an immigrant visa will henceforth be governed by the new rules and earn their pension a year at a time, as will every other legal resident of Canada.

[6] The plaintiff came from India to Canada on May 14, 1987, when he was 58 years old. He came as a sponsored immigrant. His son sponsored him for landing, agreeing to provide or assist in providing adequate lodging, care and maintenance for his father for 10 years. This is a standard commitment required from individuals who sponsor dependent relatives for landing. On February 27, 1995, after the plaintiff became 65, he applied for an old age security pension. He was denied benefits because he did not meet the requirement of being resident in Canada for 10 years. Nor did he qualify for the pension through a reciprocal agreement. India is not a country with whom an agreement exists because India does not have a public pension system. It has what is described as a hybrid form of provident fund that does not coordinate with Canada's *Old Age Security Act*. On May 5, 1997, after he had been in Canada almost 10 years, he again applied and was granted a partial pension when he

entre le Canada et les pays avec lesquels le gouvernement canadien pourrait négocier des ententes. Des accords de cette nature profiteraient directement à bon nombre d'immigrants, particulièrement à ceux qui ont choisi de s'établir au Canada pour être auprès de leurs enfants et petits-enfants. Souvent, leur pension n'a pas augmenté depuis le moment où ils ont quitté leurs pays d'origine et se trouve rognée par l'inflation et la dévaluation. Le but des accords internationaux de réciprocité est de protéger les personnes qui séjournent dans plus d'un pays au cours de leur vie active et, de ce fait, ne satisfont pas toujours aux conditions minimales d'admissibilité des programmes obligatoires de sécurité sociale auxquels ils ont cotisé.

[. . .]

Je voudrais traiter, en deuxième lieu, du critère unique d'admissibilité que prévoit le bill. Après la période de transition de 40 ans, un seul et même critère régira l'admissibilité au RSV: chaque résident du Canada devra acquérir sa pension de vieillesse une année à la fois en vivant au Canada après l'âge de 18 ans. La pleine pension s'établira sur 40 années complètes de résidence au Canada. Quiconque aura vécu ici pendant moins de 40 ans pourra se prévaloir d'une pension partielle: chaque année de résidence au Canada vaudra 1/40<sup>ième</sup> d'une pleine pension. Au moins dix années de résidence seront requises pour recevoir une pension au Canada.

[. . .]

Toute personne qui n'a jamais vécu au Canada et qui n'a pas en main un visa d'immigrant, devra dorénavant acquérir sa pension une année à la fois, comme tous les autres résidents du Canada.

[6] Le demandeur a quitté l'Inde pour le Canada le 14 mai 1987, alors qu'il avait 58 ans. Il est entré au pays en tant qu'immigrant parrainé. Son fils a parrainé sa demande de droit d'établissement en s'engageant à lui fournir ou à l'aider à obtenir un logement, des soins, et un soutien adéquats, pendant 10 ans. Il s'agit de l'engagement type auquel doivent souscrire les personnes qui parrainent la demande de droit d'établissement de parents à charge. Le 27 février 1995, après qu'il a eu 65 ans, le demandeur a déposé une demande visant à obtenir une pension de sécurité de la vieillesse. Sa demande a été rejetée au motif qu'il ne satisfaisait pas à l'exigence selon laquelle il devait avoir résidé au Canada pendant au moins 10 ans. Par ailleurs, il n'était pas admissible à toucher une pension en vertu d'un accord de réciprocité. En effet, aucun accord n'a été conclu avec l'Inde, étant donné que ce pays n'est pas doté d'un régime de pension de l'État. Il existe en Inde ce qui a été décrit comme une forme

fulfilled the residency requirement. At the same time, he applied for a guaranteed income supplement, which is provided to seniors with insufficient income. (He presently receives a total of \$858.01 per month, \$101.79 as old age security pension and \$756.22 as the guaranteed income supplement.)

### Suitability for Summary Judgment Decision?

[7] Rules 213-219 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, deal with summary judgment applications. Rule 216, upon which the defendant relies is reproduced below:

**216.** (1) Where on a motion for summary judgment the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the Court shall grant summary judgment accordingly.

(2) Where on a motion for summary judgment the Court is satisfied that the only genuine issue is

...

(b) a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly.

(3) Where on a motion for summary judgment the Court decides that there is a genuine issue with respect to a claim or defence, the Court may nevertheless grant summary judgment in favour of any party, either on an issue or generally, if the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law. [Underlining added.]

[8] I am not persuaded that one can conclude that no genuine issue for trial exists. On its face, the claim cannot be said to fall into that category. In addition, there is merit to counsel for the plaintiff's argument that many motions and hearings have taken place that required some consideration of the merits of the claim, and the claim was not identified as one lacking a genuine issue for trial. I do not agree, however, that it

hybride de caisse de prévoyance qui n'est pas compatible avec la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* du Canada. Le 5 mai 1997, après avoir vécu au Canada pendant presque 10 ans, il a présenté une nouvelle demande et obtenu qu'une pension partielle lui soit versée à partir du moment auquel il satisferait à l'exigence en matière de résidence. À la même occasion, il a demandé des prestations en vertu du Programme du supplément de revenu garanti, qui s'adresse aux personnes âgées dont le revenu est insuffisant (il reçoit actuellement 858,01 \$ par mois, soit 101,79 \$ à titre de pension de la sécurité de la vieillesse et 756,22 \$ à titre de paiement de supplément de revenu garanti).

### Le caractère approprié d'un jugement sommaire

[7] Les règles 213 à 219 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, traitent des demandes visant à obtenir des jugements sommaires. La règle 216, sur laquelle se fonde la défenderesse, prévoit:

**216.** (1) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense, elle rend un jugement sommaire en conséquence.

(2) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est:

[. . .]

b) un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence.

(3) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour conclut qu'il existe une véritable question litigieuse à l'égard d'une déclaration ou d'une défense, elle peut néanmoins rendre un jugement sommaire en faveur d'une partie, soit sur une question particulière, soit de façon générale, si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit. [Non souligné dans l'original.]

[8] Je ne suis pas convaincue que l'on puisse conclure que la présente affaire ne soulève aucune véritable question litigieuse. À première vue, on ne peut pas dire que la déclaration relève de cette catégorie. En outre, l'argument de l'avocat du demandeur, selon lequel la présente affaire a donné lieu à plusieurs requêtes et auditions nécessitant un certain examen du bien-fondé de la déclaration qui n'a pas permis de

is too late to bring a motion for summary judgment.

[9] The question is whether, pursuant to subsection 216(3) of the Rules, “the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law” that are in dispute. The evidence before the Court consists of an agreed Statement of facts, an affidavit by Mr. Pawar, an affidavit by a Mr. de March, Director, Legislation Development Division, Programs Directorate, Income Security Programs Branch of the Department of Human Resources Development, and part of the cross-examination of Mr. de March on his affidavit.

[10] Mr. Pawar’s affidavit asserts that it is essential to a senior citizens’ dignity that they have the security and autonomy that comes with a source of income. He helped organize an association of seniors that have been denied an old age security pension that comprised 1 148 members on August 13, 1997, called the Old Age Security Benefits Forum. He estimates that 75% of the seniors that he represents rely on British Columbia Social Assistance in place of the old age security pension, and that they feel that relying on social assistance carries a stigma. The plaintiff asserts that he was forced to rely on social assistance from December 1995, when he was first denied an old age security pension, until June 1997 when he met the 10-year residency requirement and became entitled to the partial old age security pension as well as the guaranteed income supplement. I assume his son was unable to honour the commitment he had made to provide financial support for his father for 10 years. The plaintiff asserts that he believes the reason for imposing the 10-year residency requirement is purely financial and that it is not appropriate to proceed by way of summary judgment at this late stage of the proceedings. Mr. Pawar was not cross-examined on his affidavit.

conclure que la déclaration ne soulevait pas de véritable question litigieuse à trancher, a du mérite. Je ne suis pas d’accord, cependant, qu’il est trop tard pour déposer une requête en jugement sommaire.

[9] La question litigieuse est de savoir, conformément au paragraphe 216(3) des Règles, si la Cour «parvient à partir de l’ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit» en litige. Les éléments de preuve dont dispose la Cour consistent en un exposé conjoint des faits, un affidavit de M. Pawar, un affidavit de M. de March, directeur de l’élaboration de la législation, direction des programmes, direction générale des Programmes de la sécurité du revenu du ministère du Développement des ressources humaines, et une partie du contre-interrogatoire de M. de March au sujet de son affidavit.

[10] Dans son affidavit, M. Pawar soutient qu’il est essentiel pour la dignité des personnes âgées que ces dernières jouissent de la sécurité et de l’autonomie que procure une source de revenu. Il a participé à la formation d’une association de personnes âgées à qui la pension de la sécurité de la vieillesse a été refusée. L’association, qui comprenait 1 148 membres le 13 août 1997, s’appelle Old Age Security Benefits Forum. Le demandeur estime que 75 % des personnes âgées qu’il représente dépendent de l’aide sociale de la Colombie-Britannique au lieu de la sécurité de la vieillesse, et que ces personnes considèrent qu’une telle dépendance de l’aide sociale les stigmatise. Il prétend qu’il a dû recourir à l’aide sociale de décembre 1995, alors que la pension de la sécurité de la vieillesse lui était refusée pour la première fois, à juin 1997, moment auquel il a enfin satisfait à l’exigence selon laquelle il devait avoir résidé au Canada pendant au moins 10 ans, devenant ainsi admissible à toucher une pension partielle de la sécurité de la vieillesse et à recevoir un paiement de supplément de revenu garanti. Je présume que son fils a été incapable de remplir l’engagement qu’il avait pris de fournir un soutien financier à son père pendant 10 ans. Le demandeur fait valoir que l’exigence de résidence pendant au moins 10 ans est imposée pour un motif de nature strictement financière, et qu’il ne convient pas de rendre un jugement déclaratoire à un stade aussi

[11] Mr. de March's affidavit sets out some of the history of the *Old Age Security Act*, makes comments on what Mr. de March considers to be its purpose and the purpose of the residency requirements. He provides a list of the countries with whom Canada has a reciprocal agreement and a copy of one of the agreements, that is the Agreement with New Zealand. He was cross-examined on this affidavit and parts of that cross-examination were placed before the Court by counsel for the plaintiff.

[12] Counsel for the plaintiff stated that if this case were to go to trial, the Court could see and hear Mr. de March. In counsel's view Mr. de March was not able to give a credible explanation of the purpose of the residency requirements in the legislation. In addition to the evidence already before the Court, counsel for the plaintiff stated that he plans to call a gerontology expert to give evidence concerning the affront to dignity that seniors experience when they do not have adequate economic resources.

[13] With respect to the desire to cross-examine Mr. de March before the Court, it must be noted that Mr. de March's explanation of the purpose of the *Old Age Security Act* and of the residency requirements would not, in any event, carry much weight. Legislative provisions are interpreted by reference to the text of the legislation and other related statutes, as well as the usual sources relied upon for that purpose. These may include the debates in Parliament, the proceedings of parliamentary committees, and reports leading to the enactment of the legislation, but one civil servant's after-the-fact opinion does not carry a great deal of weight. With respect to the desire to call a gerontology expert to give evidence of the affront to dignity that seniors experience, this has been set out in Mr. Pawar's affidavit and he has not been cross-examined on that affidavit. Thus such evidence, albeit not from an expert, is already before the Court.

avancé de l'instance. Monsieur Pawar n'a pas été contre-interrogé au sujet de son affidavit.

[11] Dans son affidavit, M. de March fait en partie l'historique de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, et il fait des remarques sur ce qu'il considère comme l'objet de la Loi et l'objet des exigences en matière de résidence. Il fournit une liste des pays avec lesquels le Canada a conclu un accord de réciprocité, de même qu'une copie de l'accord conclu avec la Nouvelle-Zélande. Il a subi un contre-interrogatoire au sujet de cet affidavit, et des parties de ce contre-interrogatoire ont été produites devant la Cour par l'avocat du demandeur.

[12] L'avocat du demandeur a dit que si la présente affaire devait être instruite, la Cour pourrait voir et entendre M. de March. À son avis, M. de March était incapable de fournir une explication crédible concernant l'objet des exigences de la loi en matière de résidence. Outre la preuve dont disposait déjà la Cour, l'avocat du demandeur a dit qu'il avait l'intention de demander à un expert en gérontologie de témoigner au sujet de l'atteinte à la dignité des personnes âgées qui n'ont pas de ressources économiques suffisantes.

[13] En ce qui concerne la volonté de contre-interroger M. de March devant la Cour, il convient de souligner que l'explication de ce dernier concernant l'objet de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et celui des exigences en matière de résidence qui y sont prévues n'aurait pas beaucoup de poids de toute façon. Les dispositions d'une loi doivent être interprétées en fonction du libellé de celle-ci et d'autres lois connexes, ainsi qu'en fonction des sources dont on se sert habituellement à cette fin, dont les débats du Parlement, les travaux des comités parlementaires, et les rapports qui ont donné lieu à l'adoption de la loi, mais, l'opinion après coup d'un seul fonctionnaire n'a pas beaucoup de poids. En ce qui concerne la volonté de demander à un expert en gérontologie de témoigner sur l'atteinte à la dignité des personnes âgées, M. Pawar a déjà fait état de cette question dans son affidavit, au sujet duquel il n'a pas été contre-interrogé. En conséquence, une telle preuve, bien qu'elle ne provienne pas d'un expert, a déjà été produite devant la Cour.

[14] Counsel for the defendant, who prefers to see a decision made on the basis of the evidence as it now exists, indicated that if the case went to trial he would likely call four witnesses. These would probably include Mr. de March and an expert to give evidence respecting the international agreements.

[15] Some of the principles applicable when deciding whether to proceed by way of summary judgment were discussed in *Collie Woolen Mills Ltd. v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 152 (F.C.T.D.). In that case Mr. Justice Richard made reference to decisions relating to Rule 20 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* [O. Reg. 560/84]. A particularly pertinent explanation is found in *Vaughan v. Warner Communications, Inc. et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.), at page 247:

The specific changes to the summary judgment rule and the spirit in which other rules are changed indicates in my respectful view that Rule 20 should not be eviscerated by the practice of deferring actions for trial at the mere suggestion that further evidence may be made available or that the law is in a state of confusion. The responding party has a positive responsibility to go beyond mere supposition and the court now has the duty to take a hard look at the merits of an action at this preliminary stage. [Underlining added.]

[16] I am convinced that in the present case evidence establishing the essential facts relevant to the plaintiff's claim are before the Court. Proceeding to trial would add detail but not significant additional evidence. Proceeding to trial, given the costs involved, is neither necessary nor justified.

#### Charter Issue—Analysis

[17] The first step in assessing whether there has been a violation of section 15 of the Charter is to determine whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law. The second is to determine whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground.

[14] L'avocat de la défenderesse, qui préfère que la Cour rende une décision sur le fondement de la preuve dont elle dispose actuellement, a dit que si la cause était instruite, il appellerait probablement quatre témoins. Ceux-ci comprendraient vraisemblablement M. de March et un expert qui témoignerait au sujet des accords internationaux.

[15] Certains des principes applicables pour déterminer si l'affaire doit être tranchée au moyen d'un jugement sommaire ont été analysés dans *Collie Woolen Mills Ltd. c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 152 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette décision, M. le juge Richard a renvoyé à des décisions portant sur la Règle 20 des *Règles de Procédures Civile* [Règl. de l'Ont. 560/84]. Une explication particulièrement pertinente se trouve dans *Vaughan v. Warner Communications, Inc. et al.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.), à la page 247:

[TRADUCTION] À mon avis, il ressort des modifications apportées à la règle relative aux jugements sommaires et de l'esprit dans lequel d'autres règles sont modifiées que la règle 20 ne devrait pas être vidée de sa substance par l'usage consistant à permettre que des actions soient instruites dès qu'on laisse entendre que d'autres éléments de preuve pourront être présentés ou que le droit est incertain. L'intimé a l'obligation d'aller au-delà des hypothèses et le tribunal est maintenant tenu d'examiner attentivement le bien-fondé de l'action dès cette étape préliminaire. [Non souligné dans l'original.]

[16] Je suis convaincue qu'en l'espèce, la Cour dispose d'éléments de preuve établissant les faits essentiels pertinents en ce qui concerne la déclaration du demandeur. L'instruction de la cause permettrait d'ajouter des détails, mais pas nécessairement de nouveaux éléments de preuve importants. L'instruction de la cause n'est ni nécessaire, ni justifiée, compte tenu des coûts qu'elle entraînerait.

#### L'analyse de la question fondée sur la Charte

[17] Pour déterminer si l'article 15 de la Charte a été violé, il faut d'abord déterminer s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi, et ensuite examiner si cette négation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou sur un motif analogue à ceux-ci.

[18] In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the most recent Supreme Court of Canada decision to interpret and apply section 15 of the Charter, Mr. Justice Cory who wrote for the majority of the Court reviewed some of the recent and sometimes divergent Supreme Court of Canada jurisprudence on section 15, and summarized the appropriate interpretation as follows (at page 539):

The essential requirements of all these cases will be satisfied by enquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground.

[19] The plaintiff argues that the 10-year residency requirement for eligibility for an old age security pension produces a distinction between two groups of seniors, those who are eligible for the pension and those who are not. He further argues that this distinction results in the denial of an equal benefit of the law and of equality before the law.

[20] There appears to be some uncertainty in the jurisprudence as to whether the first step of a section 15 analysis requires an assessment as to whether the distinction drawn by the legislation is based on a personal characteristic or whether it is part of the second step of a section 15 analysis. In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 the Court placed a focus on personal characteristics in its description of the first step of the analysis. Mr. Justice Cory, speaking for himself and Justices Iacobucci and McLachlin stated, at page 584:

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During the first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics. [Underlining added.]

[18] Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, l'arrêt le plus récent dans lequel la Cour suprême du Canada a interprété et appliqué l'article 15 de la Charte, M. le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a examiné certains des arrêts récents et parfois divergents de la Cour suprême du Canada qui portent sur l'article 15 et résumé de la façon suivante l'interprétation qu'il convenait de donner à cet article (à la page 539):

Les exigences essentielles établies dans ces affaires sont respectées si l'on se demande premièrement s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

[19] Le demandeur soutient que l'exigence selon laquelle la personne doit avoir résidé au Canada pendant au moins dix ans pour être admissible à toucher une pension de la sécurité de la vieillesse établit une distinction entre deux groupes de personnes âgées, soit celles qui sont admissibles à toucher la pension et celles qui ne le sont pas. Il prétend également que cette distinction entraîne la négation du droit au même bénéfice de la loi et du droit à l'égalité devant la loi.

[20] La jurisprudence semble incertaine sur la question de savoir si la première étape de l'analyse fondée sur l'article 15 exige une appréciation de la question de savoir si la distinction établie par la loi est fondée sur une caractéristique personnelle, ou si une telle appréciation fait partie de la deuxième étape de cette analyse. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, la Cour suprême a mis l'accent sur les caractéristiques personnelles en décrivant la première étape de cette analyse. M. le juge Cory, s'exprimant en son propre nom et au nom des juges Iacobucci et McLachlin, a dit, à la page 584:

La première [étape] consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. [Non souligné dans l'original.]

[21] However, in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at page 485 (released concurrently with *Egan*), Madam Justice McLachlin speaking for four judges, suggested that the claimant must only show a distinction as compared to some other person and she left the analysis of whether personal characteristics were involved to the second stage of the analysis:

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. [Underlining added.]

[22] I am persuaded that the nature of the distinction, including whether it involves a personal characteristic, is a matter to be considered at the second stage. I accept that the legislation draws a distinction that leads to a denial of an equal benefit of the law. I understood counsel for the defendant to accept this conclusion as well. I will consider first, then, whether the distinction created by the law is one based on an enumerated characteristic and second whether it is based on an analogous ground.

[23] First it is necessary to recall that the enumerated grounds set out in section 15 are “race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”. The distinction in issue in this case is based primarily on the length and timing of an individual’s residence in Canada. Distinctions are not made between those who are Canadian citizens and those who are not. Distinctions are not made between natural born and naturalized citizens. Distinctions are not made between individuals based on their immigration status. The distinction in so far as it is based on residence within Canada cannot be classified as being based on an enumerated ground.

[21] Cependant, dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la page 485 (rendu en même temps que l’arrêt *Egan*), M<sup>me</sup> le juge McLachlin, s’exprimant au nom de quatre juges, laisse entendre que le plaignant doit seulement démontrer qu’il fait l’objet d’une distinction comparativement à une autre personne, et elle estime que la question de savoir si la distinction est fondée sur des caractéristiques personnelles doit être appréciée à la deuxième étape de l’analyse:

L’analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu’il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu’une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu’il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l’un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. [Non souligné dans l’original.]

[22] Je suis convaincue que la nature de la distinction, dont la question de savoir si elle est fondée sur une caractéristique personnelle, doit être examinée à la deuxième étape. Je conviens que la loi établit une distinction qui engendre une négation du droit au même bénéfice de la loi. J’ai cru comprendre que l’avocat de la défenderesse acceptait cette conclusion lui aussi. J’examinerai donc d’abord si la distinction créée par la loi est fondée sur l’un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) et, ensuite, si elle est fondée sur un motif analogue à ceux-ci.

[23] Tout d’abord, il convient de rappeler quels sont les motifs énumérés à l’article 15, soit «la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques». La distinction en cause dans la présente affaire est fondée principalement sur la durée de la période de résidence de la personne au Canada et sur l’époque pendant laquelle celle-ci a résidé au pays. Aucune distinction n’est établie entre les personnes qui ont la citoyenneté canadienne et celles qui ne l’ont pas. Aucune distinction n’est établie entre les citoyens de naissance et les citoyens naturalisés. Aucune distinction n’est établie entre les personnes qui ont le statut d’immigrant et celles qui ont un autre statut. La distinction, dans la mesure où elle est fondée sur le

[24] Nor does the expansion of the group who are entitled to benefits by reference to entitlement under the pension plans of countries with whom Canada has reciprocal agreements convert the distinction to one based on national origin. In the first place, the primary feature of the class is related to residence in Canada; the expansion by reference to entitlement under various plans of other countries is peripheral. More importantly, however, that expansion is not based on citizenship or national origin—it is based on entitlement under the plans that exist in those other countries, which may or may not be based on residence. Some countries, for example, New Zealand, Australia, Switzerland and the Netherlands do have pension schemes that like Canada's are based on age and residence. The reference to particular countries is for the purpose of identifying those countries that have been willing to sign a reciprocal agreement with Canada, not to identify the national origin of the individual concerned. The expanded category (via international agreements) enables those who have qualified under Canada's plan to move to those other countries without loss of benefits, and it allows individuals who come to Canada having contributed to the plans of those countries to retain benefits.

[25] I turn then to whether the groups of persons who are not entitled to benefits can be said to be analogous to one or more of the groups specifically enumerated in subsection 15(1). There is considerable jurisprudence, that at least in so far as residence within a province is concerned, a class defined by residence outside the province is not an analogous ground to those enumerated in section 15. For example in *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, it was held that individuals who moved from Ontario to Quebec and therefore found themselves unable to vote in the

fait de résider au Canada, ne peut être qualifiée de distinction fondée sur un motif énuméré au paragraphe 15(1).

[24] Par ailleurs, l'élargissement du groupe des personnes admissibles à toucher une pension, par l'ajout de personnes qui ont droit à une pension en vertu du régime de l'un des pays avec lesquels le Canada a conclu des accords réciproques, n'a pas pour effet de transformer la distinction en une distinction fondée sur l'origine nationale. D'abord, la caractéristique principale de la catégorie est liée au fait de résider au Canada; l'élargissement du groupe visé par l'ajout de personnes qui ont droit à une pension en vertu du régime d'un autre pays est secondaire. Chose plus importante, cependant, cet élargissement n'est fondé ni sur la citoyenneté, ni sur l'origine nationale—it est fondé sur le droit à une pension en vertu de régimes établis dans ces autres pays, régimes qui peuvent ou non être fondés sur le lieu de résidence. Certains pays, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, la Suisse et les Pays-Bas, par exemple, ont des régimes de pensions qui, comme celui du Canada, sont fondés sur l'âge et le lieu de résidence. Le renvoi à des pays en particulier vise à identifier les pays qui ont accepté de conclure un accord réciproque avec le Canada et non l'origine nationale de la personne en cause. La catégorie élargie (par la conclusion d'accords internationaux) permet aux personnes qui sont admissibles en vertu du régime canadien de déménager dans l'un ou l'autre de ces pays sans perdre de prestations, et elle permet aux personnes qui viennent s'installer au Canada et qui ont contribué au régime de l'un ou l'autre de ces pays de continuer de recevoir des prestations.

[25] J'aborde maintenant la question de savoir si les groupes de personnes qui n'ont pas droit à des prestations peuvent être considérées comme analogues à un ou plusieurs des groupes expressément énumérés au paragraphe 15(1). Il existe une jurisprudence abondante selon laquelle, du moins en ce qui concerne la résidence dans une province, une catégorie définie en fonction du fait de résider à l'extérieur de la province n'est pas un motif analogue aux motifs énumérés à l'article 15. Par exemple, dans l'arrêt *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, la Cour suprême du Canada a

1992 referendum because the residency requirements for voting in Quebec were more stringent than those in the other provinces did not suffer discrimination contrary to section 15. The Quebec legislation required six months, residency in the province before a person was qualified to vote. I quote from the headnote, at page 999:

The new residents of a province do not constitute a disadvantaged group within the contemplation of s. 15(1). People moving to Quebec less than six months before a referendum date do not suffer from stereotyping, or social prejudice. Though its members were unable to vote in the Quebec referendum, the group is not one which has suffered historical disadvantage, or political prejudice. Nor does the group appear to be "discrete and insular".

[26] Distinctions on the basis of residence or presence within a province have also been held not to infringe section 15 in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Wong v. Canada*, [1997] 1 F.C. 193 (T.D.), at page 197; affirmed [1997] F.C.J. No. 1797 (C.A.) (QL); leave to appeal denied [1998] 1 S.C.R. xvi; *Clarken et al. v. Ontario Health Insurance Plan*, (1998), 109 O.A.C. 363 (Ont. Div. Ct.), at page 373; *McCarten et al. v. Prince Edward Island* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.A.), per Mitchell J.A., at pages 4-5; leave to appeal refused [1994] 2 S.C.R. viii (25 August 1994).

[27] The decisions cited above relate to distinctions on the basis of province of residence. I recognize that they are not particularly persuasive given that there is more similarity between country of residence and nationality than between province of residence and nationality. One can freely change one's province of residence. Changing one's country of residence is not as easy since, in general, under international and domestic law, it is only the country of nationality that is required to accept a person as a resident. Changing country of residence, at least if the residence is to be long term, requires the consent of the receiving

statué que des personnes qui ont déménagé de l'Ontario au Québec et qui, en conséquence, n'ont pu voter lors du référendum de 1992 parce que les exigences québécoises en matière de résidence auxquelles il doit être satisfait afin de pouvoir voter étaient plus sévères que celles qui étaient en vigueur dans les autres provinces, n'ont pas subi de discrimination au sens de l'article 15. La loi québécoise exigeait que la personne ait résidé dans la province pendant six mois avant d'être admissible à voter. Voici une partie du sommaire, qui se trouve à la page 999:

Les nouveaux résidents d'une province ne forment pas un groupe désavantagé visé au par. 15(1). Les personnes qui s'installent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum ne souffrent ni de stéréotypage ni de préjudices sociaux. Quoique ses membres n'aient pu voter au référendum québécois, le groupe en question n'est pas de ceux qui ont subi des désavantages historiques ou des préjugés politiques. Il ne semble pas s'agir non plus d'un groupe «distinct et séparé».

[26] Il a déjà été statué que les distinctions fondées sur le fait de résider ou de se trouver dans une province ne violaient pas non plus l'article 15; voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Wong c. Canada*, [1997] 1 C.F. 193 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 197; décision confirmée, [1997] A.C.F. n° 1797 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi refusée [1998] 1 R.C.S. xvi; *Clarken et al. v. Ontario Health Insurance Plan*, (1998), 109 O.A.C. 363 (Cour div. de l'Ont.), à la page 373; *McCarten et al. v. Prince Edward Island* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.A.), opinion du juge Mitchell de la Cour d'appel, aux pages 4 et 5; autorisation de pourvoi refusée, [1994] 2 R.C.S. viii (25 août 1994).

[27] Les décisions citées plus haut portent sur des distinctions fondées sur la province de résidence. Je conviens qu'elles ne sont pas particulièrement convaincantes, étant donné qu'il existe davantage de similitude entre le pays de résidence et la nationalité qu'entre celle-ci et la province de résidence. On peut librement changer de province de résidence, mais il n'est pas aussi facile de changer de pays de résidence vu qu'en général, en vertu du droit international et du droit interne, seul le pays de nationalité est appelé à accepter une personne en tant que résidente. Pour changer de pays de résidence, du moins s'il s'agit

country. Thus, there is a closer connection between country of residence and country of national origin than is the case with province of residence. Several Federal Court cases have dealt with constitutional challenges on the basis of country of residence.

[28] The decision in *Peterson v. Canada (Minister of State, Grains and Oilseeds)* (1995), 124 D.L.R. (4th) 96 (F.C.A.), dealt with an allegation that section 15 was infringed as a result of residency requirements. In that case provisions of the *Western Grain Stabilization Act*, S.C. 1974-75-76, c. 87, that established a subsidy program for western grain farmers but restricted eligibility to Canadian citizens and landed immigrants was in issue. Individuals who were resident in the United States but who farmed land in Saskatchewan challenged the constitutionality of the program. The Court held, quoting from the head note, that [at page 97]:

... s. 7(1) of the Act did not constitute discrimination against the appellants because the group to which they belong, that of temporary visitors who enter Canada from time to time to sell grain, was not a discrete and insular minority which had suffered from stereotyping and otherwise in Canadian society, and because residency was not an irrelevant personal characteristic when viewed in light of the purpose of the legislation.

...

The differential treatment accorded to the appellants by s. 7(1) of the Act does not amount to discrimination. The non-resident characteristic of the appellants' group is not analogous to the prohibitive criteria found in s. 15(1). Residency is not an immutable characteristic and is within the control of the individual.

[29] Of more significance is the decision in *Canada (Attorney General) v. Pattinson* (1990), 123 N.R. 156 (F.C.A.). The issue was whether the respondent, Pattinson, should receive 22/40 or 27/40 of the full monthly pension to which those who meet the residency requirements under the *Old Age Security Act* are entitled. Ms. Pattinson had been absent from

d'un changement à long terme, il faut obtenir le consentement du pays d'accueil. En conséquence, il existe un lien plus étroit entre le pays de résidence et le pays d'origine nationale qu'entre celui-ci et la province de résidence. Plusieurs arrêts de la Cour d'appel fédérale traitent de contestations constitutionnelles fondées sur le pays de résidence.

[28] L'affaire *Peterson c. Canada (Ministre d'État, Céréales et Oléagineux)* (1995), 124 D.L.R. (4th) 96 (C.A.F.), portait sur une allégation selon laquelle des exigences en matière de résidence portaient atteinte à l'article 15. Dans cette affaire, des dispositions de la *Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest*, S.C. 1974-75-76, ch. 87, qui établissaient un programme de subventions à l'intention des producteurs de céréales de l'Ouest mais en limitaient l'admissibilité aux seuls citoyens canadiens et immigrants ayant obtenu le droit d'établissement, étaient en cause. Des personnes qui résidaient aux États-Unis mais cultivaient des terres en Saskatchewan ont contesté la constitutionnalité du programme. Voici ce que la Cour a conclu, d'après le résumé de l'arrêt [à la page 97]:

[TRADUCTION] [...] l'art. 7(1) de la Loi ne constitue pas de la discrimination à l'égard des appelants, étant donné que le groupe auquel ils appartiennent, soit les visiteurs temporaires qui entrent au Canada de temps à autre pour y vendre des céréales, ne constituait pas un groupe minoritaire distinct et séparé ayant souffert de stéréotypage ou d'autres formes de préjudices sociaux au sein de la société canadienne, et que le lieu de résidence n'était pas une caractéristique personnelle non pertinente, compte tenu de l'objet de la loi.

[. . .]

Le traitement différent que prétendent subir les appelants en vertu de l'art. 7(1) de la Loi ne constitue pas de la discrimination. La caractéristique de non-résidence du groupe des appelants n'est pas analogue aux motifs illicites énumérés à l'art. 15(1). Le lieu de résidence n'est pas une caractéristique immuable et la personne exerce un contrôle sur elle.

[29] L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Pattinson* (1990), 123 N.R. 156 (C.A.F.) est plus important. La question en litige était de savoir si l'intimée, M<sup>me</sup> Pattinson, devait toucher les 22/40<sup>èmes</sup> ou les 27/40<sup>èmes</sup> de la pleine pension mensuelle à laquelle les personnes qui satisfaisaient aux exigences en matière de résidence prévues par la *Loi sur la sécurité de la vieil-*

Canada for certain periods, on holidays in Europe, and working in Washington, D.C. While the main issue was what regulations applied, those in existence at an earlier period of time or those more recently promulgated, the respondent also argued that the residency requirements contravened section 15 of the Charter. The Federal Court of Appeal gave that argument very short shrift. I quote the relevant portion of the decision, at page 160:

. . . it was argued that the regulations contravened s. 15 of the **Canadian Charter of Rights and Freedoms** by discriminating against the respondent. Such a contention is, however, not available to the respondent since the decision of Supreme Court of Canada in **Andrews v. Law Society of British Columbia**, [1989] 1 S.C.R. 143; 91 N.R. 255, at p. 180, per McIntyre, J. The distinctions made among the various applicants for pensions here are not based on grounds that are enumerated in s. 15 nor on grounds analogous thereto.

[30] The plaintiff relies on *Pearkes v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (F.C.T.D.) and *Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.) as authority for the proposition that it offends section 15 to distinguish amongst seniors who are legally resident in Canada based on whether or not they have been present in Canada for 10 years. In *Pearkes* the plaintiff challenged the Social Sciences and Humanities Research Council's policy of refusing funding to permanent residents who wished to use the funding to study at institutions outside of Canada. Canadian citizens were permitted to so use the grant funds, but permanent residents were restricted in such use.<sup>1</sup> Mr. Justice Pinard found that the distinction between permanent residents and Canadian citizens was based exclusively on citizenship status, and that it discriminated against permanent residents who were otherwise meritorious candidates for a grant. He held that the policy was not justifiable under section 1.

*lesse* avaient droit. M<sup>ms</sup> Pattinson s'étaient absentée du Canada pendant un certain temps pour prendre des vacances en Europe et travailler à Washington, D.C. Bien que la question principale fût de savoir quels règlements il convenait d'appliquer (des règlements qui avaient été en vigueur à une certaine époque antérieure ou encore des règlements pris plus récemment), l'intimée a également soutenu que les exigences en matière de résidence portaient atteinte à l'article 15 de la Charte. La Cour d'appel fédérale a écarté cet argument sans ménagement. Voici le passage pertinent de l'arrêt, qui se trouve à la page 160:

[. . .] elle a prétendu que le règlement violait l'art. 15 de la **Charte canadienne des droits et libertés** en ce qu'il constituait une discrimination à son égard. Cependant, l'intimée ne peut se prévaloir de cette prétention depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans **Andrews c. Law Society of British Columbia**, [1989] 1 R.C.S. 143; 91 N.R. 255, à la p. 180, par le juge McIntyre. Les distinctions faites entre les différents requérants en matière de pension ne sont pas fondées sur des motifs énumérés à l'art. 15 ni sur des motifs analogues.

[30] Le demandeur se fonde sur *Pearkes c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), pour étayer sa proposition selon laquelle l'établissement d'une distinction entre, d'une part, les personnes âgées qui sont légalement des résidents canadiens et qui ont été présentes au Canada pendant 10 ans et, d'autre part, de telles personnes qui ne l'ont pas été, viole l'article 15. Dans *Pearkes*, la demanderesse a contesté la politique du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada qui consistait à refuser d'accorder des bourses aux résidents permanents qui en faisaient la demande en vue de fréquenter des institutions à l'étranger. Il était permis aux citoyens canadiens d'utiliser les bourses à cette fin, mais cela était interdit aux résidents permanents<sup>1</sup>. M. le juge Pinard a conclu que la distinction établie entre les résidents permanents et les citoyens canadiens était fondée exclusivement sur le fait d'avoir obtenu ou non la citoyenneté canadienne et qu'elle était discriminatoire à l'égard des résidents permanents qui, n'eût été cette exigence, auraient été des candidats méritants en vue de l'obtention d'une bourse. Il a statué que la politique ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier.

[31] In *Lavoie* the preferential practice of hiring Canadian citizens into the Public Service was challenged by several permanent residents. Mr. Justice Wetston held that the policy violated section 15, since it burdened or disadvantaged the plaintiffs on the basis of citizenship, a personal characteristic. He found, however, that the preferential hiring practice was justified under section 1. In both cases, the judges relied on the finding in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 that citizenship was an analogous ground to those enumerated in section 15.

[32] Neither of these cases is particularly relevant to the plaintiff's appeal. In each case, and in *Andrews*, the distinction under consideration was one between Canadian citizens and permanent residents. Citizenship was found to be a personal characteristic that is at the core of an individual's identity. Many permanent residents of Canada, such as some of those in the previously mentioned cases, cannot acquire Canadian citizenship without renouncing the citizenship of their home country, and choose to remain permanent residents for this reason. In both cases mentioned above, the benefits sought had clear eligibility qualifications and criteria, that the plaintiffs met. They were denied the benefits on the basis of their citizenship status alone. In the case at bar, as noted, the legislation does not distinguish between citizens and permanent residents.

[33] Madam Justice McLachlin in *Miron, supra*, at page 486 explained the function of the enumerated grounds listed in section 15. They "serve as a filter to separate trivial inequities from those worthy of constitutional protection". In order to justify constitutional protection, claimants must show that the unequal treatment to which they have been subjected is based on one of the grounds expressly mentioned in subsec-

[31] Dans *Lavoie*, la pratique préférentielle qui consistait à embaucher des citoyens canadiens dans la fonction publique a été contestée par plusieurs résidents permanents. M. le juge Wetston a conclu que la politique portait atteinte à l'article 15, vu qu'elle faisait subir un fardeau ou un désavantage aux demanderessees en fonction de leur citoyenneté, une caractéristique personnelle. Il a conclu, cependant, que cette pratique préférentielle en matière d'embauche était justifiée en vertu de l'article premier. Dans les deux cas, les juges se sont fondés sur la conclusion tirée dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, selon laquelle la citoyenneté était un motif analogue aux motifs énumérés à l'article 15.

[32] Ni l'une ni l'autre de ces décisions n'est particulièrement pertinente en ce qui concerne l'appel interjeté par le demandeur. En effet, dans chacune de ces affaires, comme c'était le cas dans l'affaire *Andrews*, la distinction en cause était établie entre les citoyens canadiens et les résidents permanents. Il a été conclu que la citoyenneté était une caractéristique personnelle au cœur de l'identité de l'individu. Plusieurs résidents permanents du Canada, tels certains de ceux dont il était question dans les affaires susmentionnées, ne peuvent obtenir la citoyenneté canadienne sans renoncer à la citoyenneté de leur pays d'origine et, pour cette raison, choisissent de demeurer des résidents permanents. Dans les deux affaires susmentionnées, les avantages que les demanderessees cherchaient à obtenir étaient assortis de critères d'admissibilité et de compétences requises, conditions auxquelles les demanderessees satisfaisaient. Les avantages leur ont été refusés sur le seul fondement de la citoyenneté. En l'espèce, comme il a déjà été souligné, la loi n'établit pas de distinction entre les citoyens et les résidents permanents.

[33] Dans l'arrêt *Miron, supra*, à la page 486, M<sup>me</sup> le juge McLachlin a expliqué à quoi servaient les motifs énumérés à l'article 15. Ils «permettent de procéder à une sorte de tri qui sert à distinguer les inégalités banales de celles qui méritent la protection de la Constitution». Pour justifier qu'ils méritent la protection de la Constitution, les plaignants doivent établir que le traitement inégal qu'ils ont subi était

tion 15(1) or on some other analogous ground. She held that the grounds reflect the purpose of the equality guarantee (at pages 486-487):

. . . to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance.

[34] In *Miron* Madam Justice McLachlin held that indicators of an analogous ground include whether the targeted group has suffered historical disadvantage, whether it is a discrete and insular minority, or whether the distinction in question was made on the basis of presumed group or personal characteristics. In *Egan*, *supra*, Mr. Justice Cory held that one of the prime characteristics of discrimination is that it involves a distinction based on personal characteristics of the individual or group. He later went on to articulate a broader basis for establishing whether a ground is analogous to those enumerated in section 15 (at pages 599-600):

The fundamental consideration underlying the analogous grounds analysis is whether the basis of distinction may serve to deny the essential human dignity of the Charter claimant. Since one of the aims of s. 15(1) is to prevent discrimination against groups which suffer from a social or political disadvantage it follows that it may be helpful to see if there is any indication that the group in question has suffered discrimination arising from stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice. [Underlining added.]

[35] In *Vriend*, *supra*, the Court did not complete a detailed analogous grounds analysis. Instead it relied on the finding in *Egan* that sexual orientation was an analogous ground on the basis that it is a “deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs” and on the basis of the “historical social, political and economic disadvantage suffered by homosexuals”

fondé sur l’un des motifs expressément énumérés au paragraphe 15(1) ou sur un autre motif analogue à ceux-ci. Elle a conclu que les motifs traduisaient l’objectif général de la garantie d’égalité (à la page 487):

[. . .] empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l’imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d’une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres.

[34] Dans l’arrêt *Miron*, M<sup>me</sup> le juge McLachlin a conclu que les indices permettant de conclure à l’existence d’un motif analogue comprenaient la question de savoir si le groupe touché avait subi un désavantage historique, celle de savoir s’il forme une minorité discrète et isolée, et la question de savoir si la distinction en cause a été établie sur le fondement de présumées caractéristiques de groupe ou de caractéristiques personnelles. Dans l’arrêt *Egan*, M. le juge Cory a conclu que l’une des principales caractéristiques de la discrimination est qu’elle implique une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus. Il a poursuivi plus loin en définissant un fondement plus large permettant d’établir si un motif donné est analogue aux motifs énumérés à l’article 15 (aux pages 599 et 600):

La considération fondamentale qui sous-tend l’analyse relative aux motifs analogues est celle de savoir si le fondement de la distinction peut servir à priver le requérant de sa dignité humaine essentielle. Puisque l’un des objectifs du par. 15(1) est de mettre un frein à la discrimination contre les groupes qui souffrent d’un désavantage social ou politique, il peut être bon de chercher toute indication que le groupe en question a été victime de discrimination découlant de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux. [Non souligné dans l’original.]

[35] Dans l’arrêt *Vriend*, *supra*, la Cour n’a pas fait d’analyse détaillée relativement aux motifs analogues. Elle s’est plutôt fondée sur la conclusion tirée dans l’arrêt *Egan*, selon laquelle l’orientation sexuelle est un motif analogue, compte tenu du fait qu’il s’agit d’une «caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n’être modifiée qu’à un prix personnel inacceptable» et en raison des

(*Vriend*, at page 546).

[36] In the present case, the category of persons that do not qualify for benefits are not persons who can be said to have suffered historical disadvantage. Nor is the group one that has suffered from stereotyping and social prejudice. Not granting an old age pension until someone has lived in Canada for 10 years immediately preceding the application for benefits or in accordance with the other residency requirements of the legislation does not send a message that reinforces societal stereotypes. It is not akin to denying spousal benefits to gay and lesbian couples. In the latter case the refusal sends a message that gay and lesbian relationships are not legitimate and reinforces societal stereotypes about gay and lesbian people. The former distinction cannot be said to reinforce societal stereotypes, as there are no stereotypes particular and unique to this group. Nor does it send any particular negative message other than that the residency requirement applicable to all applicants has not been met. Persons over the age of 65 who have not lived in Canada for ten years or fulfilled the other alternate requirements of the legislation are not a discrete and insular minority, indeed they are a diffuse and disparate group. Individual members of the group may face discrimination in other circumstances based on their age or based on a particular national origin, but they do not face it for the specific reason that they have not lived in Canada for 10 years. Nor is it clear that length of residence in Canada is a personal characteristic, at least not in the circumstances that pertain in this case.

[37] While the plaintiff asserts that applying for provincial social assistance affronts the dignity of those seniors who find it necessary to do so, I am not persuaded that this is the kind of denial of essential

«désavantages sociaux, politiques et économiques» dont souffrent les homosexuels» (*Vriend*, à la page 546).

[36] En l'espèce, les personnes qui ne sont pas admissibles à recevoir des prestations ne peuvent être considérées comme ayant subi un désavantage historique. Il ne s'agit pas non plus d'un groupe de personnes victimes de stéréotypes ou de préjugés sociaux. Le refus d'accorder une pension de vieillesse à la personne à moins qu'elle n'ait résidé au Canada pendant les 10 années précédant la date d'agrément de sa demande ou conformément aux autres exigences de la loi en matière de résidence ne renforce aucunement des stéréotypes sociétaux. Cela ne s'apparente pas à un refus d'accorder des prestations de conjoint aux personnes dont le conjoint est de même sexe. En effet, un tel refus donnerait à entendre que les unions de personnes de même sexe ne sont pas légitimes et renforcerait des stéréotypes sociétaux concernant les homosexuels et les lesbiennes. Or, la distinction en cause dans la présente affaire ne peut être considérée comme renforçant des stéréotypes sociétaux, car il n'existe pas de stéréotypes particuliers et uniques à propos du groupe visé. En outre, cette distinction ne donne à entendre rien de négatif, sinon qu'il n'a pas été satisfait à l'exigence en matière de résidence applicable à tous les demandeurs. Les personnes âgées de plus de 65 ans qui n'ont pas résidé au Canada pendant 10 ans ou qui n'ont pas satisfait aux autres exigences subsidiaires de la loi ne constituent pas un groupe minoritaire distinct et séparé; en fait, elles forment un groupe diffus et disparate. Il se peut que des personnes appartenant à ce groupe subissent, dans d'autres circonstances, de la discrimination fondée sur l'âge ou l'origine nationale, mais aucune de ces personnes ne subira de discrimination pour le motif particulier qu'elle n'a pas résidé au Canada pendant 10 ans. Par ailleurs, il n'est pas clair que la durée de résidence au Canada constitue une caractéristique personnelle, du moins pas dans les circonstances de la présente affaire.

[37] Bien que le demandeur soutienne que le fait de demander des prestations d'aide sociale provinciale porte atteinte à la dignité des personnes âgées qui n'ont d'autre choix, je ne suis pas convaincue qu'il

human dignity to which Mr. Justice Cory referred in *Egan*. The 10-year residency requirement together with the other requirements that define the class of persons that are denied benefits may be an arbitrary distinction, but it does not define a class that warrants constitutional protection. The distinction is not based on an enumerated or analogous ground and therefore does not offend section 15.

[38] The group of individuals who are not entitled to benefits simply do not comprise a category analogous to those listed in section 15.

---

<sup>1</sup> Permanent residents could use the funding abroad but only if they had held at the time of application, a full-time faculty appointment for at least two years, and could produce evidence that they would be returning to a Canadian academic appointment at the end of the fellowship period.

s'agit du type d'atteinte à la dignité humaine essentielle auquel le juge Cory renvoyait dans l'arrêt *Egan*. Il se peut que l'exigence selon laquelle la personne doit avoir résidé au Canada pendant 10 ans, de même que les autres exigences qui définissent la catégorie des personnes exclues de la pension, constituent une distinction de nature arbitraire, mais elles ne définissent pas une catégorie qui mérite la protection de la Constitution. La distinction n'étant fondée ni sur l'un des motifs énumérés à l'article 15, ni sur un motif analogue à ceux-ci, elle ne porte donc pas atteinte à cet article.

[38] Le groupe des personnes qui n'ont pas droit à recevoir des prestations ne comprend tout simplement pas de catégorie analogue aux catégories énumérées à l'article 15.

---

<sup>1</sup> Les résidents permanents pouvaient également utiliser la bourse à l'étranger, mais seulement si, au moment de la demande, ils avaient été professeurs pendant au moins deux ans à temps complet et s'ils pouvaient attester qu'un emploi de professeur leur était réservé dans une université canadienne à la fin de la période de validité de la bourse.

IMM-3105-97

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

v.

**Gholam Hassan Hajjalikhani** (Respondent)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HAJIALIKHANI (T.D.)**

Trial Division, Reed J.—Toronto, August 6;  
Vancouver, September 11, 1998.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of IRB decision claimant Convention refugee, not excluded from protection because of membership in Mujahideen — Immigration Act, s. 2(1) definition of “Convention refugee” excluding any person to whom Convention not applying pursuant to Art. 1E, F — Art. 1F(a) excluding from definition persons with respect to whom serious reasons for considering committed crime against peace, war crime or crime against humanity — Signed document stating claimant member of Mujahideen from 1979 to 1985, but claimant asserting notation “member” not in his handwriting — Board focusing on claimant’s lack of personal involvement in specific acts, referring to organization as terrorist organization — Reference to international instruments for definitions of war crimes, crimes against humanity — F.C.A. cases dealing with Art. 1F(a) reviewed — Analysis in Art. 1F(a) case where membership in organization alleged to constitute presumption of complicity in crimes against humanity requiring: (a) assessment of nature of organization, i.e. whether directed to limited brutal purpose; (b) assessment of individual’s involvement with organization, i.e. whether member thereof, or involvement such that inference sharing group’s common purpose — (a) Board not analyzing evidence respecting nature of Mujahideen — Although not immediately obvious evidence supporting conclusion organization directed to limited brutal purpose, Board should have made clear finding on issue — (b) Board making no decision with respect to claimant’s involvement in Mujahideen — In absence of some reason to believe form altered after signed, reasonable to assume alteration made at claimant’s direction or with acquiescence — Board not analyzing evidence adduced to support inference of involvement — Applied incorrect test by asking whether claimant personally involved in crimes alleged, in sense of physically present, rather than whether involvement such as to encourage, enable commission of alleged crimes by others — Characteristics transforming common crime into crime against humanity not well articulated — Material on record not immediately supporting finding organization’s activities*

IMM-3105-97

**Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration**  
(demandeur)

c.

**Gholam Hassan Hajjalikhani** (défendeur)

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) c. HAJIALIKHANI (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Reed—Toronto,  
6 août; Vancouver, 11 septembre 1998.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d’une décision de la CISR posant que le demandeur de statut était un réfugié au sens de la Convention et que son appartenance aux Moudjahidines ne permettait pas de lui refuser le bénéfice de la protection normalement accordée aux réfugiés — La manière dont «réfugié au sens de la Convention» est défini à l’art. 2(1) de la Loi sur l’immigration exclut toute personne à qui la Convention ne s’applique pas en raison de l’art. 1E et F — L’art. 1Fa) exclut de la définition les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité — Selon un document revêtu de sa signature, le demandeur a fait partie des Moudjahidines de 1979 à 1985, mais il a affirmé que la mention «membre» n’était pas de sa main — La Commission a insisté particulièrement sur le fait que le demandeur de statut n’avait pas personnellement pris part à des actes pouvant être identifiés de manière précise, évoquant ensuite l’organisation en question considérée comme organisation terroriste — Extraits d’instruments internationaux définissant les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité — Examen d’arrêts de la C.A.F. relatifs à l’art. 1Fa) — Analyse, dans le contexte de l’art. 1Fa), des cas où l’appartenance à une organisation est donnée comme entraînant une présomption de complicité de crimes contre l’humanité, cela exigeant: a) que l’on évalue la nature de l’organisation et que l’on détermine si l’on peut affirmer qu’elle vise des fins limitées et brutales; b) que l’on évalue la participation de l’individu en question à l’organisation et que l’on cherche à savoir s’il en était membre ou si sa participation permet de conclure qu’il partageait les objectifs du groupe — a) La Commission n’a pas analysé les éléments de preuve concernant la nature même des Moudjahidines — S’il n’est pas immédiatement évident que la preuve permettait de conclure qu’il s’agissait effectivement d’une organisation visant principalement des fins limitées et brutales, la question aurait dû faire, de la part de la Commission, l’objet d’une conclusion explicite — b) La Commission ne s’est pas prononcée quant à la participation du demandeur de statut*

*crimes against humanity — Matter referred back to differently constituted Board.*

This was an application to have a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) set aside. The Board found the respondent (the claimant) to be a Convention refugee, and did not find that he was excluded from protection because of his involvement with the Mujahideen. The Minister had argued before the Board that the claimant, as a result of his involvement with that organization, should be excluded from protection pursuant to Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*.

The *Immigration Act*, subsection 2(1) definition of “Convention refugee” excludes any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof. Convention, Article 1F(a) excludes from the definition any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity. The Board held that the fact situation did not fall within the definition of a “crime against peace”. The Board focused on a lack of personal involvement by the respondent in specific acts, followed by a reference to the organization as a terrorist organization. The Minister argued that this should have led the Board to the conclusion that the organization was “directed to a limited brutal purpose” and that collecting funds for that organization was a sufficient connection to establish complicity in the acts in which the organization engaged. The *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals in the European Axis* (the London Agreement), an international instrument relating to Article 1 F(a), defines “war crimes” as “violations of the laws or customs of war”, followed by a list of specific examples. The definition of “crimes against humanity” includes acts committed against any civilian population,

— *Faute de raisons permettant de penser que le formulaire a pu être modifié après sa signature, on peut raisonnablement supposer que la modification a été apportée soit à la demande du demandeur de statut, soit, à tout le moins, avec son consentement — La Commission n’a pas cherché à analyser les éléments de preuve qui auraient permis de conclure à la participation du demandeur — Elle n’a pas appliqué le bon critère lorsqu’elle l’a interrogé pour savoir s’il avait personnellement pris part aux crimes dont il est fait état, c’est-à-dire s’il avait été présent, physiquement, sur les lieux, au lieu de lui demander si sa participation n’avait pas consisté à encourager et à faciliter la commission des crimes présumés par d’autres personnes — Les traits caractéristiques qui font d’un crime de droit commun un crime contre l’humanité n’ont pas été nettement articulés — Il n’est pas immédiatement évident que la documentation versée au dossier permettait de conclure que les activités de l’organisation constituaient effectivement des crimes contre l’humanité — L’affaire est renvoyée devant une autre formation de la Commission.*

Il s’agissait d’une demande visant l’annulation d’une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission). La Commission avait décidé que le défendeur (demandeur de statut) était un réfugié au sens de la Convention, estimant en outre que l’action qu’il avait menée au sein des Moudjahidines ne permettait pas de lui refuser la protection normalement accordée aux réfugiés. Devant la Commission, le ministre avait soutenu qu’en raison de son action au sein de l’organisation en question, le demandeur de statut devait se voir refuser le bénéfice de la protection prévue en vertu de la section Fa) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration* exclut de la définition de «réfugié au sens de la Convention» toute personne soustraite à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier. La section Fa) de l’article premier exclut de la définition les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité. La Commission a estimé qu’en l’espèce les faits ne relevaient pas de la définition de «crime contre la paix». La Commission a insisté particulièrement sur le fait que le demandeur de statut n’a pas personnellement pris part à des actes pouvant être identifiés de manière précise, évoquant ensuite l’organisation en question considérée comme organisation terroriste. Le ministre soutient que cela aurait dû porter la Commission à conclure que l’organisation appartenait à la catégorie d’organisations «visant principalement des fins limitées et brutales» et que la participation à des campagnes de financement de cette organisation permettait effectivement de conclure à la complicité des actes auxquels se livrait l’organisation en question. L’*Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe* (l’Accord de Londres), instrument international en rapport avec la section

before or during the war; or persecutions in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal. "Leaders, organizers, instigators and accomplices" are as responsible for the crimes as the individuals who actually do the acts.

*Held*, the application should be allowed.

The phrase "serious reasons for considering" has been interpreted as describing the burden of proof to be applied to a determination of whether the individual has committed or been complicit" in one or more of the crimes. That burden of proof is lower than that required by a finding on the balance of probabilities. In order to constitute complicity in an Article 1F(a) crime there has to be a finding that there has been a personal and knowing participation by the applicant, a shared common purpose with those who actually commit the acts. Canada's *Criminal Code* cannot be the sole source of guidance for determining whether such existed. Mere membership in an organization that from time to time commits crimes against humanity is not sufficient to justify exclusion under Article 1F(a), except when the organization is "principally directed to a limited, brutal purpose such as a secret police activity", or when the organization is one "whose very existence is premised on achieving political and social ends by any means deemed necessary". Thus membership in a secret police force would be sufficient to constitute complicity in the acts committed by that force, but membership in a state military force involved in armed conflict against guerrillas would not constitute complicity in the acts perpetrated by members of that force. Knowingly contributing to condemned activities in any way, or making them possible, is sufficient to constitute complicity.

War crimes under the Convention exist in the context of a war between states. Crimes against humanity, on the other hand, can exist either inside or outside the context of armed conflict between states. Also, they can encompass a situation in which a state's own nationals are the victims. In general, both types of crime, at least initially, required either state commission or state condonation. The extent to which an organization can be in a position to commit crimes of the type that fall within the description "crimes against humanity" without the state or a state-like apparatus implicitly adopting those acts, for example, by turning a blind eye when private individuals are the perpetrators, is not clear. In any event, in order for crimes against humanity to exist they "must generally be committed in a wide-spread, systematic fashion".

Fa) de l'article premier, définit «crimes de guerre» comme des «violations des lois et coutumes de la guerre» en y ajoutant une liste d'exemples précis. La définition de «crimes contre l'humanité» comprend tout acte inhumain contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre; ou bien les persécutions en liaison avec un crime relevant de la compétence du Tribunal. Les «dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices» sont aussi responsables des crimes que les personnes qui les ont commis.

*Jugement*: le recours en contrôle judiciaire est rejeté.

L'expression «raisons sérieuses de penser» a été interprétée comme décrivant le fardeau de la preuve à appliquer pour dire si l'individu en question «a commis ou s'est rendu complice» d'un ou de plusieurs crimes. Ce fardeau de la preuve est moins contraignant que celui de la prépondérance des probabilités. Pour qu'il y ait complicité des crimes prévus à la section Fa) de l'article premier, il faut que l'intéressé ait participé personnellement et sciemment aux actes incriminés et qu'il ait partagé, avec ceux qui ont effectivement commis ces crimes, un but commun. Un tribunal ne saurait se fonder uniquement sur le *Code criminel* du Canada pour conclure à la complicité. La simple appartenance à une organisation qui commet à l'occasion des crimes contre l'humanité ne suffit pas à fonder une exclusion au titre de la section Fa) de l'article premier, sauf lorsque l'organisation en question «vise principalement des fins limitées et brutales» telle une police secrète, ou organisation dont «l'existence même [. . .] repose sur l'atteinte d'objectifs politiques ou sociaux par tout moyen jugé nécessaire». Ainsi, l'appartenance à une police secrète permettrait à elle seule de conclure à la complicité dans les actes commis par ce service, mais l'appartenance aux forces militaires d'un État s'opposant par les armes à une guérilla ne permettrait pas de conclure à la complicité dans les actes commis par les membres de ces forces armées. Le fait de contribuer sciemment à ces activités, quel que soit le mode de cette participation, ou le fait de les rendre possibles, suffit à constituer la complicité.

Aux termes de la Convention, les crimes de guerre n'existent que dans le contexte d'une guerre interétatique. Les crimes contre l'humanité, par contre, peuvent avoir lieu en l'absence de conflit armé entre États. Ce type de crime peut comprendre une situation dans laquelle sont victimes les propres nationaux de l'État en question. En règle générale, ces deux types de crime exigent, du moins au début, que l'État en question les ait soit commis, soit tolérés. Il n'est pas clair dans quelle mesure une organisation peut être en mesure de commettre des crimes appartenant à la catégorie des crimes contre l'humanité sans la coopération implicite d'un État ou d'un appareil quasi étatique qui, par exemple, fermera les yeux sur des actes perpétrés par des particuliers. En tout état de cause, pour qu'il y ait crimes contre l'humanité, il doit s'agir d'actes «commis de façon généralisée et systématique».

Returning to the characterization of an organization as one "directed to a limited brutal purpose", specific acts in which the individual has been complicit need not be identified because of the notoriety and singular purpose of the group. But if one is going to conclude that membership in, or close association with, a group automatically leads to a conclusion of complicity in crimes against humanity committed by members of that group, the evidence concerning the characterization of the organization must be free from doubt. In addition, in the case of an organization, which changes over time, it is important to assess its characterization during the time or times when the individual in question was associated with it.

An analysis in an Article 1F(a) case, where membership in an organization is alleged to constitute a presumption of complicity in crimes against humanity, requires: (a) an assessment of the nature of the organization and whether it is "directed to a limited brutal purpose"; and, (b) an assessment of the individual's involvement with the organization and whether he was a member or had the kind of involvement with it from which it can be inferred that he shares the group's common purpose.

(a) The Board did not analyze the evidence respecting the nature of the Mujahideen organization. Although it was not immediately obvious that the evidence supported a conclusion that the organization was "directed to a limited brutal purpose", the Board should have made a clear finding on this issue.

(b) The Board described a document signed by the claimant that stated that he was a member of the Mujahideen from 1979 to 1985, and repeated the claimant's assertion that the notation "member" was not in his handwriting, but made no decision with respect to his involvement in the organization. In the absence of some reason for thinking that the form may have been altered after it was signed, it would be reasonable to assume that the alteration was made either at the claimant's direction or, at the very least, with his acquiescence.

The Board did not analyze evidence put forward to support inferences concerning the level of the claimant's involvement with the organization and applied an incorrect test by asking whether the claimant was personally involved in the crimes alleged, in the sense of being physically present, rather than whether his involvement was such as to encourage and enable the commission of the alleged crimes by others. Financing crimes makes one complicit therein.

S'agissant de la définition d'une organisation selon qu'elle «vise principalement des fins limitées et brutales», il n'est pas nécessaire, étant donné la notoriété et l'objet du groupe en question, de pouvoir attribuer à l'individu qui s'est rendu complice de ce genre d'action des actes précis. Si l'on entend dire que l'appartenance ou l'association étroite à un groupe porte automatiquement à conclure à la complicité de crimes contre l'humanité commis par les membres de ce groupe, il faut que la qualification de l'organisation en question se fonde sur des preuves indubitables. En outre, s'agissant d'un organisme qui évolue avec le temps, il y a lieu de se pencher sur les actions qui peuvent lui être attribuées aux époques où l'individu concerné collaborait avec elle.

Dans un cas relevant de la section Fa) de l'article premier, où l'appartenance à une organisation est donnée comme entraînant une présomption de complicité de crimes contre l'humanité, l'analyse des conditions d'exclusion exige: a) que l'on évalue la nature de l'organisation en question et que l'on détermine si l'on peut dire qu'elle «vise des fins limitées et brutales»; et, b) que l'on évalue la participation de l'individu en question aux activités de l'organisation et que l'on cherche à savoir s'il en était membre ou si sa participation permet de conclure qu'il partageait des objectifs du groupe.

a) La Commission n'a pas analysé les éléments de preuve concernant la nature même de l'organisation moudjahidienne. S'il n'était pas immédiatement évident que la preuve permettait de conclure qu'il s'agissait effectivement d'une organisation «visant principalement des fins limitées et brutales», la question aurait dû faire, de la part de la Commission, l'objet d'une conclusion explicite.

b) La Commission a décrit un document revêtu de la signature du demandeur de statut et selon lequel celui-ci a fait partie des Moudjahidines de 1979 à 1985, rappelant que le demandeur de statut affirmait que la mention «membre» n'était pas de sa main, mais ne se prononçant pas elle-même à cet égard. Faute de raisons permettant de penser que le formulaire a pu être modifié après sa signature, il est raisonnable de supposer que la modification a été apportée soit à la demande du demandeur de statut, soit, à tout le moins, avec son consentement.

La Commission n'a pas cherché à analyser les éléments de preuve qui auraient permis des conclusions concernant le degré de participation du demandeur de statut aux activités de l'organisation en question. La Commission n'a pas non plus appliqué le bon critère lorsqu'elle a interrogé le demandeur de statut pour savoir s'il avait personnellement pris part aux crimes dont il est fait état, c'est-à-dire s'il s'était physiquement trouvé sur les lieux de ces crimes, au lieu de lui demander si sa participation n'aurait pas consisté à encourager et à faciliter la commission des crimes présumés par d'autres. Le fait de contribuer au financement de crimes constitue un acte de complicité.

The Board focused on the activities of the organization during the time the respondent had admitted he was involved with it, including attacks on civilian targets, which it held could be legitimate provided the customs of war are observed. It found those activities to be neither war crimes nor crimes against humanity. The Minister argued that attacks on civilian targets are by definition breaches of the customs of war, and that it was not only when the claimant was physically present in the military camp that was relevant because complicity can arise from fundraising. The Board's decision was often contradictory and applied incorrect tests. To a significant extent this can be explained by the unsettled nature of the law in this area. The characteristics that transform a common crime into a crime against humanity are not well articulated. It was not immediately obvious that the material on the record could support a finding that the organization's activities were crimes against humanity.

The matter should be referred back for rehearing by a differently constituted Board. The Court did not have authority to write the decision the Board should have given. There were issues of credibility respecting the claimant's evidence. There were issues that involved documentary evidence that was neither physically before the Court, nor to which the Court had easy access. There were issues of both fact and the application of the law that needed to be decided. The proper legal analysis would benefit from a more extensive examination of when a crime has been found in international law to come within the definition of a crime against humanity, and the relevant international instruments, including decisions in other jurisdictions.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 8 August 1945, 82 U.N.T.S. 279, Art. 6.
- Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 January 1946, Sec. II.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).
- Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 December 1945, Allied Control Council Law No. 10, Art. II.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a),(b),(c).

La Commission a insisté sur les activités menées par l'organisation à l'époque où le demandeur de statut reconnaît avoir été actif au sein de cette dernière notamment sur des attaques contre des cibles civiles, que la Commission a estimé légitimes si elles n'entraînent aucune violation des lois et coutumes de la guerre. Elle a estimé que ces activités ne constituaient pas des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Le ministre a fait valoir que, par définition, les attaques contre des objectifs civils constituent une violation des coutumes de la guerre et ce qui compte ce ne sont pas seulement les époques auxquelles le demandeur de statut s'est trouvé personnellement dans les camps militaires, car il est possible de se rendre complice d'un crime simplement en participant à son financement. La décision de la Commission semble contradictoire à de nombreux égards et n'est pas fondée sur les bons critères. Cela s'explique en grande partie par les incertitudes du droit en ce domaine. Les traits caractéristiques qui font d'un crime de droit commun un crime contre l'humanité n'ont pas été nettement articulés. Il n'était pas immédiatement évident que la documentation versée au dossier permettait de conclure que les activités de l'organisation constituaient effectivement des crimes contre l'humanité.

Il y a lieu d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour audition devant une autre formation de la Commission. Il n'appartenait pas à la Cour de substituer sa propre décision à celle qu'aurait dû rendre la Commission. Le témoignage du demandeur de statut soulevait des questions de crédibilité. Il y avait également des questions concernant certains éléments de la preuve documentaire qui n'avaient pas été déposés devant la Cour et auxquels celle-ci ne pouvait pas avoir facilement accès. Il y avait des questions à la fois de fait et de droit à trancher. L'analyse juridique qui s'impose mériterait d'un examen plus approfondi de la question de savoir dans quelles circonstances, en droit international, on a considéré qu'un crime relevait de la définition du crime contre l'humanité, ainsi que des instruments internationaux applicables et des décisions rendues dans d'autres juridictions.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279, art. 6.
- Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 janvier 1946, art. II.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F(a),(b),(c).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 28, art. 1).
- Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 décembre 1945, Allied Control Council Law No. 10, Art. II.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 508; (1994), 119 D.L.R. (4th) 497; 25 Imm. L.R. (2d) 209; 174 N.R. 292 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986).

## AUTHORS CITED

*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*. Prepared by Legal Project, UNHCR Branch Office in Canada, Note No. 5. Ottawa, August 2, 1989 (unpublished).

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

*Revolutionary and Dissident Movements: An International Guide*, 3rd ed. Essex, U.K.: Longman, 1991.

Rikhof, Joseph. "Crimes Against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda" (1995-96), 6 *N.J.C.L.* 233.

Schwelb, E. "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *B.Y.B.I.L.* 178.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1988.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992.

*World Encyclopedia of Political Systems and Parties*, 2nd ed. N.Y.: Facts on File, 1987.

Zambelli, Pia. *The 1995 Annotated Refugee Convention*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 226 N.R. 201; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508; (1994), 119 D.L.R. (4th) 497; 25 Imm. L.R. (2d) 209; 174 N.R. 292 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Bazargan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986).

## DOCTRINE

*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*. Préparé par le projet juridique du Bureau canadien du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, note n° 5. Ottawa, 2 août 1989 (non publié).

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, septembre 1979.

*Revolutionary and Dissident Movements: An International Guide*, 3rd ed. Essex, U.K.: Longman, 1991.

Rikhof, Joseph. «Crimes Against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda» (1995-96), 6 *N.J.C.L.* 233.

Schwelb, E. «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *B.Y.B.I.L.* 178.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992.

*World Encyclopedia of Political Systems and Parties*, 2nd ed. N.Y.: Facts on File, 1987.

Zambelli, Pia. *The 1995 Annotated Refugee Convention*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

## APPEARANCES:

*Diane B. N. Dagenais* for applicant.  
*Isak Grushka* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Isak Grushka*, Toronto, for respondent.

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

[1] REED J.: This is an application by the Minister to have a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) set aside. The Board found the respondent (hereinafter the claimant) to be a Convention refugee and did not find he was excluded from protection because of his involvement with the Sazeman-e Mojahedin-e Khalq-e Iran (Mujahideen). The Minister had argued before the Board that the claimant, as a result of his involvement with that organization, should be excluded from protection pursuant to Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention).

#### Legislative Framework—International Instruments

[2] Article 1F(a) is made part of Canada's domestic law by operation of subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1]. Subsection 2(1) defines a "Convention refugee" as:

2. (1) . . .

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

## ONT COMPARU:

*Diane B. N. Dagenais* pour le demandeur.  
*Isak Grushka* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Isak Grushka*, Toronto, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE REED: Il s'agit en l'espèce d'une demande par laquelle le ministre sollicite de la Cour l'annulation d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission). La Commission considère que le défendeur (ci-après dénommé demandeur de statut) est un réfugié au sens de la Convention, estimant en outre que l'action qu'il a menée au sein des Sazeman-e Mojahedin-e Khalq-e Iran (les Moudjahidines) ne permet pas de lui refuser le bénéfice de la protection normalement accordée aux réfugiés. Devant la Commission, le ministre avait soutenu qu'en raison de son action au sein de l'organisation en question, le demandeur de statut devait se voir refuser le bénéfice de la protection prévue à la section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention).

#### Le cadre législatif—instruments internationaux

[2] La section Fa) de l'article premier de la Convention a été introduite dans le droit interne canadien par le truchement du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1]. Selon le paragraphe 2(1), on entend par «réfugié au sens de la Convention»:

2. (1) [. . .]

«réfugié au sens de la Convention» toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, . . .

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act. [Underlining added.]

Article 1F(a) excludes from the definition persons who have committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes. [Underlining added.]

Subsections (b) and (c) of Article 1F exclude from protection persons with respect to whom there are serious reasons for considering that they have committed "a serious non-political crime outside the country of refuge" or who "ha[ve] been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations".

[3] The international instruments relating to Article 1F(a) to which I was referred by counsel were: Article 6 of the *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals in the European Axis*, 8 August 1945 [82 U.N.T.S. 279] (the London Agreement); Article II of the Allied Control Council Law No. 10, *Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 December 1945 (the Allied Control Council Law No. 10); Section II of the *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, Tokyo, 19 January 1946 (the Tokyo Agreement).

[4] The Board held that the fact situation in the present case did not fall within the definition of a "crime against peace" and no argument has been made that this category is relevant to the claimant's circumstances. It is necessary then to consider the definitions

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, [. . .]

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi. [Non souligné dans l'original.]

La section Fa) de l'article premier exclut de la définition les personnes ayant commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; [Non souligné dans l'original.]

Les alinéas b) et c) de la section 1F de l'article premier excluent donc du dispositif de protection les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis «un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil» ou «se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies».

[3] Les instruments internationaux concernant la section Fa) de l'article premier évoqués devant la Cour par l'avocate du demandeur sont: l'article 6 de l'*Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945 [82 R.T.N.U. 279] (l'Accord de Londres); l'article II de la Allied Control Council Law No. 10, *Punishment of persons guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 décembre 1945 (la Allied Control Council Law No. 10); l'article II de la *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, Tokyo, 19 janvier 1946 (l'Accord de Tokyo).

[4] La Commission a estimé que les faits de l'espèce ne relèvent pas de la définition de «crime contre la paix» et le demandeur n'a pas fait valoir que cette catégorie s'appliquait effectivement aux circonstances du demandeur de statut. On passera donc aux défini-

of “war crimes” and “crimes against humanity”.

[5] The London Agreement defines “war crimes” as “violations of the laws or customs of war”, followed by a list of specific examples, i.e., “war crimes” are defined as:

*Article 6*

. . .

War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity. [Underlining added.]

The Allied Control Council Law No. 10 and the Tokyo Agreement do not add to this definition.

[6] The definition of “crimes against humanity” set out in the London Agreement reads:

*Article 6*

. . .

Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. [Underlining added.]

In the Allied Control Council Law No. 10, “crimes against humanity” are defined as:

ARTICLE II

. . .

Crimes against Humanity. Atrocities and offences, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other

tions de «crimes de guerres» et de «crimes contre l’humanité».

[5] L’Accord de Londres définit les crimes de guerre comme étant des «violations des lois et coutumes de la guerre», précisant que les «crimes de guerre» comprennent:

*Article 6*

[. . .]

Les Crimes de Guerre [. . .] sans y être limitées, l’assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l’assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l’exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes ou des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

La Allied Control Council Law No. 10 et l’Accord de Tokyo n’ajoutent rien à cette définition.

[6] La définition de «crimes contre l’humanité» que donne l’Accord de Londres est la suivante:

*Article 6*

[. . .]

Les Crimes contre l’Humanité: C’est-à-dire l’assassinat, l’extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu’ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. [Non souligné dans l’original.]

Dans la Allied Control Council Law No. 10, les «crimes contre l’humanité» sont définis de la manière suivante:

ARTICLE II

[. . .]

[TRADUCTION]

Crimes contre l’Humanité. Les atrocités et les infractions, comprenant, sans y être limitées, le meurtre, l’extermination, la réduction en esclavage, la déportation, l’emprisonnement,

inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated. [Underlining added.]

The definition in the Tokyo Agreement does not differ from that in the London Agreement.

[7] In both the London and Tokyo Agreements, “leaders, organizers, instigators and accomplices” are as responsible for the crimes as the individuals who actually do the acts:

*Article 6*

. . .

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

In the Allied Control Council Law No. 10, the clause respecting accomplices is phrased somewhat differently:

2. Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime.

Jurisprudence

[8] There does not appear to be a Supreme Court decision that has interpreted Article 1F(a) of the Convention for the purposes of subsection 2(1) of the *Immigration Act*. The recent decision in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, however, makes it clear that recourse to the relevant international documents is

la torture, le viol et tout autre acte inhumain commis à l'encontre d'une population civile, ou des persécutions, pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, qu'elles aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où elles ont été perpétrées. [Non souligné dans l'original.]

La définition donnée dans l'Accord de Tokyo ne diffère en rien de celle qui figure dans l'Accord de Londres.

[7] Dans l'Accord de Londres, aussi bien que dans l'Accord de Tokyo, «les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices» sont aussi responsables des crimes commis que les personnes qui en étaient les auteurs effectifs:

*Article 6*

[. . .]

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.

Dans la Allied Control Council Law No. 10, la clause concernant les complices est formulée de manière quelque peu différente:

[TRADUCTION]

2. Est réputée avoir commis un crime tel que défini au paragraphe 1 du présent article, toute personne qui, quelle que soit sa nationalité ou le titre auquel elle a agi a) été un des auteurs principaux du crime b) a été un complice dans la perpétration d'un tel crime ou une personne ayant ordonné ou facilité la perpétration de ce crime c) a participé volontairement à un tel crime d) a pris part au plan ou à des projets liés à la perpétration de ce crime ou e) a appartenu à une organisation ou à un groupe lié à la perpétration d'un tel crime.

Jurisprudence

[8] On ne trouve aucun arrêt de la Cour suprême interprétant la section Fa) de l'article premier de la Convention aux fins du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*. La décision récemment rendue dans l'affaire *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, précise, cependant, que pour interpréter la section F de

important when interpreting Article 1F. That case dealt with a refugee seeker who was allegedly “guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”, and who therefore allegedly fell within Article 1F(c) of the Convention.

[9] I turn then to the Federal Court of Appeal decisions to which I have been referred: *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; *Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 508; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; and *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 282.

[10] The *Ramirez* decision dealt with a person who had been a member of the Salvadorean armed forces. He had on numerous occasions witnessed acts of torture and the killing of captives. The Court held that although he had never personally committed such acts, his presence when he was under orders from common superiors to those actually doing the acts made him a personal and knowing participant in the crimes. Thus, it was decided that there were serious reasons for considering that he had been an accomplice to crimes against humanity.

[11] In *Moreno*, the individual was a member of the Salvadorean army who had been forcibly recruited at the age of 16. He stood guard on one occasion during the torture of a prisoner, made no attempt to intervene because he thought it would be useless to do so, and deserted shortly thereafter. It was held that passive acquiescence to a crime against humanity was not enough to make a person an accomplice to that crime. In order to be complicit in a crime more than mere physical presence at the scene is necessary. In the *Moreno* case the Court found there had been no prior knowledge by the applicant of the acts of torture that were to be committed and there had been no direct assistance or encouragement given by the applicant to his superiors in committing the crime.

l'article premier, il convient de recourir aux documents internationaux pertinents. Il s'agissait dans cette affaire d'un demandeur de statut qui se serait présumément «rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies», et qui tombait, présumément, sous le coup de la section Fc) de l'article premier de la Convention.

[9] Venons-en maintenant aux arrêts de la Cour d'appel fédérale qui m'ont été cités: *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; et *Bazargan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1996), 205 N.R. 282.

[10] Il s'agissait, dans l'affaire *Ramirez*, d'un ancien membre des forces armées du Salvador. Il avait, à de nombreuses reprises, assisté à des actes de torture et au meurtre de prisonniers. La Cour a considéré que, bien qu'il n'ait lui-même jamais commis de tels actes, sa simple présence, alors qu'il se trouvait sous les ordres de supérieurs hiérarchiques qui étaient également les supérieurs de ceux qui commirent les actes incriminés, faisait de lui un participant conscient aux crimes en question. La Cour a donc considéré qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il s'était rendu complice de crimes contre l'humanité.

[11] Dans l'affaire *Moreno*, l'intéressé était un membre de l'armée salvadorienne, recruté à son corps défendant à l'âge de 16 ans. Un jour, alors qu'il était de garde pendant qu'on torturait un prisonnier, il n'a rien fait pour intervenir, estimant que cela ne servirait à rien. Peu de temps après, il désertait. La Cour a estimé que le consentement passif à un crime contre l'humanité ne suffit pas à rendre l'intéressé complice de ce crime. La complicité exige plus que la simple présence physique sur les lieux. Dans l'affaire *Moreno*, la Cour a estimé que le demandeur n'avait eu aucune connaissance préalable des actes de torture qui devaient être commis et que, en ce qui concerne le crime en question, l'intéressé n'avait ni aidé ni encouragé directement ses supérieurs.

[12] These cases discussed the burden of proof applicable when considering an Article 1F(a) exclusion. Instead of requiring a determination as to whether, on the balance of probabilities, there exist serious reasons for considering that a crime has been committed, the phrase “serious reasons for considering” has been interpreted as describing the burden of proof to be applied to a determination of whether the individual has committed or been complicit in one or more of the crimes. That burden of proof is lower than that required by a finding on the balance of probabilities.

[13] The Court of Appeal in *Ramirez* and *Moreno* considered whether a narrow or a wide interpretation of the exclusion clause was appropriate. The various writings on the subject that had urged a narrow interpretation were noted.<sup>1</sup> These argue for a narrow interpretation because the same facts that potentially require a person’s exclusion from protection may also be the facts underlying why that person is seeking protection. The narrow interpretation was not expressly adopted in either *Ramirez* or *Moreno*. Mr. Justice MacGuigan in *Ramirez* noted that the drafters of the Convention had intended to draft provisions that would carve out a wide scope for domestic discretion.

[14] The *Ramirez* and *Moreno* decisions established that in order to constitute complicity in an Article 1F(a) crime there has to be a finding that there has been a personal and knowing participation by the applicant, a shared common purpose with those who actually commit the acts. Reference was made to the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] requirements for finding a person to be an accomplice to a crime, but it was made clear that Canada’s *Criminal Code* could not be the sole source of guidance for determining when such existed.

[15] In both cases the Court held that mere membership in an organization that from time to time commits crimes against humanity is not sufficient to justify exclusion under Article 1F(a). An exception to this rule, however, was also articulated. In the *Ramirez*

[12] Dans le cadre de ces affaires, la Cour a eu l’occasion de se pencher sur la question du fardeau de la preuve applicable en matière d’exclusion au titre de la section Fa) de l’article premier. La Cour a interprété l’expression «raisons sérieuses de penser» non pas comme exigeant, selon la prépondérance des probabilités, qu’il y ait des raisons sérieuses de penser qu’un crime a été commis, mais bien comme décrivant le fardeau de la preuve qu’il y a lieu d’appliquer pour décider si l’individu en question a commis ou s’est rendu complice d’un ou de plusieurs crimes. Ce fardeau de la preuve est moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités.

[13] Dans les affaires *Ramirez* et *Moreno*, la Cour d’appel s’est penchée sur la question de savoir s’il y avait lieu d’interpréter la clause d’exclusion de façon stricte ou de manière large. La Cour a rappelé que la doctrine va dans le sens d’une interprétation stricte<sup>1</sup>. Les auteurs prônent en effet une interprétation étroite, car les faits susceptibles de justifier l’exclusion de l’intéressé peuvent être les faits qui, justement, ont porté ce dernier à solliciter le bénéfice des mesures de protection. Une interprétation étroite n’a été expressément retenue ni dans *Ramirez*, ni dans *Moreno*. Dans l’affaire *Ramirez*, M. le juge MacGuigan a relevé que, dans l’esprit des rédacteurs de la Convention, les dispositions en question devaient laisser aux autorités nationales un large pouvoir d’appréciation.

[14] Les arrêts *Ramirez* et *Moreno* ont établi que pour qu’il y ait complicité à des crimes prévus à la section Fa) de l’article premier, il faut que l’intéressé ait participé personnellement et sciemment aux actes incriminés et qu’il ait partagé, avec ceux qui ont effectivement commis ces actes, un but commun. La Cour a évoqué les dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] applicables à la complicité, précisant cependant qu’un tribunal ne pouvait pas se fonder uniquement sur le *Code criminel* pour conclure à la complicité.

[15] Dans les deux arrêts, la Cour a décidé que la simple appartenance à une organisation qui commet à l’occasion des crimes contre l’humanité ne suffit pas à fonder une exclusion au titre de la section Fa) de l’article premier. La Cour a, cependant, formulé une

decision, it was said that membership alone may be sufficient when the organization is “principally directed to a limited, brutal purpose such as a secret police activity”.<sup>2</sup> In the *Moreno* case, this exception was described as existing when the organization is one “whose very existence is premised on achieving political and social ends by any means deemed necessary”.<sup>3</sup> Thus, in *Moreno*, it was noted that membership in a secret police force would be sufficient to constitute complicity in the acts committed by that force but membership in a state military force involved in armed conflict against guerillas would not constitute complicity in the acts perpetrated by members of that force.

[16] In the *Bazargan* decision, involvement short of membership was held to constitute “personal and knowing participation” in the case of an Article 1F(c) crime. The refugee seeker had been a member of the Iranian security police and had worked as a liaison officer between that force and SAVAK (an acronym for the “National Intelligence Security Organization”), the Shah’s internal security organization. The Court held that the applicant came within Article 1F(c) despite not being a member of SAVAK. It stated that “personal and knowing participation” can be direct or indirect and it does not require formal membership in the organization that is ultimately engaged in the condemned activities. Knowingly contributing to those activities, in any way, or making them possible is sufficient to constitute complicity:

. . . “[a]t bottom, complicity rests . . . on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it”. Those who become involved in an operation that is not theirs, but that they know will probably lead to the commission of an international offence, lay themselves open to the application of the exclusion clause in the same way as those who play a direct part in the operation.<sup>4</sup>

[17] War crimes, then, under the Convention exist in the context of a war between states. Crimes against humanity, on the other hand, can exist either inside or

exception à cette règle. Dans l’arrêt *Ramirez*, elle a estimé que l’appartenance peut à elle seule suffire lorsque l’organisation en question « vise principalement des fins limitées et brutales »<sup>2</sup>. Dans l’arrêt *Moreno*, cette exception a été donnée comme applicable aux organisations dont « l’existence même [ . . . ] repose sur l’atteinte d’objectifs politiques ou sociaux par tout moyen jugé nécessaire »<sup>3</sup>. C’est ainsi que, dans l’arrêt *Moreno*, la Cour a estimé que l’appartenance à une police secrète permet à elle seule de conclure à la complicité dans les actes commis par ce service, mais que l’appartenance aux forces militaires d’un État s’opposant par les armes à une guérilla ne permet pas de conclure à la complicité dans les actes commis par les membres de ces forces armées.

[16] Dans l’affaire *Bazargan*, la Cour a estimé qu’une participation qui n’allait toutefois pas jusqu’à l’adhésion en tant que membre, constituait cependant en l’espèce une « participation personnelle et consciente » à un des crimes prévus à la section Fc) de l’article premier. Le demandeur de statut avait appartenu à la sécurité iranienne et avait assuré la liaison entre ce service et la SAVAK (acronyme désignant l’organisation nationale du renseignement de sécurité), le service de sécurité intérieure du Shah. La Cour a estimé que le demandeur de statut tombait sous le coup de la section Fc) de l’article premier, bien qu’il n’ait pas été membre de la SAVAK. Pour la Cour, une « participation personnelle et consciente » peut être directe ou indirecte, et elle n’exige aucunement l’appartenance formelle à l’organisation qui se livre en fin de compte aux activités incriminées. Le fait de contribuer sciemment à ces activités, quel que soit le mode de cette participation, ou le fait de les rendre possibles, suffit à constituer la complicité:

La complicité [ . . . ] « dépend essentiellement de l’existence d’une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en ont ». Celui qui met sa propre roue dans l’engrenage d’une opération qui n’est pas la sienne mais dont il sait qu’elle mènera vraisemblablement à la commission d’un crime international, s’expose à l’application de la clause d’exclusion au même titre que celui qui participe directement à l’opération<sup>4</sup>.

[17] Aux termes de la Convention, les crimes de guerre n’existent que dans le contexte d’une guerre interétatique. Les crimes contre l’humanité, par contre,

outside the context of armed conflict between states. Also, they can encompass a situation in which a state's own nationals are the victims. In general, both types of crime, at least initially, required either state commission or state condonation.<sup>5</sup> The *Ramirez* and *Moreno* cases both dealt with individuals who were members of their country's national military services.

[18] In *Sivakumar* the Court of Appeal dealt with a situation in which the state, Sri Lanka, was opposed to and concerned to stop the acts in question. The Court framed the issue before it as whether or not there was a requirement for state involvement in the crimes in order for these to be classified as crimes against humanity. That decision concerned an individual who had held a senior position in the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE). The Court held that although crimes against humanity usually involve state action, it could no longer be said that individuals without connection to the state, especially those involved in paramilitary or armed revolutionary movements, were immune from the reach of international law. I think it is useful to note that the LTTE, at the time, controlled a significant part of the territory of Sri Lanka so that it was in a position to commit or sanction crimes comparable to those that a state might commit or sanction.

[19] In *Sivakumar*, the Court reiterated that mere membership in an organization was not sufficient to support a finding of complicity and the LTTE was not classified as an organization principally devoted to a limited brutal purpose. In those circumstances, it was held that specific crimes against humanity must be identified in respect of which the individual could be said to be complicit before he will fall within Article 1F(a). The applicant in that case was found, on the basis of his own evidence, to have had knowledge of the killing of civilians and the shooting of members of rival Tamil groups. While there was no evidence that he had personally been involved in these crimes, his leadership position in the LTTE was held sufficient to find that he had been an accomplice therein.

peuvent avoir lieu en l'absence de conflit armé entre États. Ce type de crime peut comprendre une situation dans laquelle sont victimes les propres nationaux de l'État en question. En règle générale, les deux types de crime exigent, du moins au début, que l'État en question les ait soit commis, soit tolérés<sup>5</sup>. Il s'agissait, dans les affaires *Ramirez* et *Moreno*, de personnes ayant appartenu aux forces armées de leur pays respectif.

[18] Dans l'arrêt *Sivakumar*, la Cour d'appel a eu à se prononcer sur une affaire dans laquelle l'État, le Sri Lanka en l'occurrence, était opposé aux actes en question et intéressé à y mettre fin. La Cour a estimé qu'il lui appartenait en l'occurrence de dire si la définition de crimes contre l'humanité exigeait une participation étatique. L'arrêt rendu dans cette affaire concernait un individu qui avait occupé, au sein des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE) un poste de direction. La Cour a estimé que si, en règle générale, les crimes contre l'humanité impliquent une participation de l'État, on ne peut plus dire que des individus n'ayant aucun lien avec l'État, et notamment des individus agissant au sein de mouvements révolutionnaires armés ou paramilitaires, échappent au droit international. Il me semble utile de noter que les LTTE contrôlaient à l'époque une partie considérable du territoire du Sri Lanka et étaient par conséquent en mesure de commettre ou de sanctionner des crimes comparables à ceux qu'un État aurait pu lui-même commettre ou sanctionner.

[19] Dans l'arrêt *Sivakumar*, la Cour a rappelé que l'appartenance à une organisation ne permet pas en soi de conclure à la complicité, et les LTTE n'ont pas été considérés comme une organisation visant principalement des fins limitées et brutales. En ces circonstances, la Cour a estimé que pour qu'un individu tombe sous le coup de la section Fa) de l'article premier, il faut pouvoir lui imputer une complicité dans un crime précis contre l'humanité. En l'occurrence, la Cour a estimé, au vu du témoignage du demandeur, que celui-ci avait connaissance des tueries perpétrées contre des civils et du meurtre par balle de personnes appartenant à des groupes tamouls rivaux. Même en l'absence de preuve d'une participation personnelle de l'intéressé aux crimes en question, la Cour a estimé

[20] Combining the *dicta* in the *Ramirez* decision (membership in an organization “directed to a limited brutal purpose” may be sufficient to justify exclusion) with the decision in *Sivakumar* (individuals or organizations that operate without state approval or toleration can commit crimes against humanity) has led commentators to conclude, and counsel for the applicant to argue, that membership in a terrorist organization leads to exclusion under Article 1F(a). I am not sure that the jurisprudence has dispensed so clearly with the requirement that in order for crimes against humanity to exist there must be either approval or tolerance of those acts by a state or by an entity that is in a position to exercise state-like powers. The history of the concept “crimes against humanity” arose, as I understand it, in the context of acts that were recognized as crimes by all nations, but were not being treated as such by one nation *vis à vis* some of its citizens (i.e. Jewish citizens of Germany).<sup>6</sup> Thus the involvement of the international community in policing those crimes was justified. The references cited in *Sivakumar*, in general, are all cases in which there was state toleration of the acts by the individuals who were found guilty. The extent to which an organization can be in a position to commit crimes of the type that fall within the description “crimes against humanity” without the state or a state-like apparatus implicitly adopting those acts, for example, by turning a blind eye when private individuals are the perpetrators, is not clear. In any event, in order for crimes against humanity to exist they “must generally be committed in a wide-spread, systematic fashion”<sup>7</sup> [emphasis added].

[21] With respect to terrorist activities, I note, for example, that the United States Board of Immigration Appeals, in 1988, and the Dutch Conseil d’Etat, in 1991, held that a member of a guerilla group and the hijacking of an aircraft, respectively, did not fall within the Article 1F(a) exclusion.<sup>8</sup> At the same time,

que les fonctions de direction qu’il occupait au sein des LTTE permettaient de conclure à sa complicité.

[20] Prises dans leur ensemble, les remarques incidentes consignées dans l’arrêt *Ramirez* (l’appartenance à une organisation «visant principalement des fins limitées et brutales» peut suffire à justifier l’exclusion) et la décision rendue dans l’affaire *Sivakumar* (des individus ou organisations agissant sans l’approbation ou l’indulgence de l’État peuvent néanmoins commettre des crimes contre l’humanité) ont porté les commentateurs à conclure, et l’avocate du demandeur à faire valoir, que l’appartenance à une organisation terroriste entraîne l’exclusion au titre de la section Fa) de l’article premier. Je ne suis pas certaine que la jurisprudence ait si nettement écarté le principe voulant que pour qu’il y ait crime contre l’humanité, il faut qu’il y ait eu, pour les actes en question, soit l’approbation soit l’indulgence d’un État ou d’une entité en mesure d’exercer des pouvoirs quasi étatiques. D’après moi, le concept de «crimes contre l’humanité» est né dans le contexte d’actes considérés comme des crimes par l’ensemble des nations sauf par une nation très précise vis-à-vis certains de ses citoyens, en l’occurrence, les citoyens juifs d’Allemagne<sup>6</sup>. C’est ainsi que se justifiait la lutte de la communauté internationale contre ce type de crime. La jurisprudence citée dans le cadre de l’affaire *Sivakumar* concerne des affaires où un État a fait preuve d’indulgence à l’égard d’actes commis par des individus jugés coupables. Il n’est pas clair dans quelle mesure une organisation peut être en situation de commettre des crimes appartenant à la catégorie des crimes contre l’humanité sans la coopération implicite d’un État ou d’un appareil quasi étatique qui pourra, par exemple, fermer les yeux sur les actes perpétrés par des particuliers. En tout état de cause, pour qu’il y ait crimes contre l’humanité, il faut qu’il s’agisse d’actes «commis de façon généralisée et systématique»<sup>7</sup> [non souligné dans l’original].

[21] En ce qui concerne les activités terroristes, je relève, par exemple, que le United States Board of Immigration Appeals, en 1988, et le Conseil d’État des Pays-Bas, en 1991, ont considéré respectivement qu’un membre d’une organisation de guérilleros et le détournement d’un aéronef ne tombaient pas sous le

terrorist activities (the bombing of civilian targets, the hijacking of aircraft) may fall within Article 1F(c) and it is clear that they do fall within Article 1F(b). With respect to Article 1F(c), Bastarache J. at pages 1031-1032 of the *Pushpanathan* decision, considered the extent to which Article 1F(c) crimes can exist without implied approval by the state. He stated:

Although it may be more difficult for a non-state actor to perpetrate human rights violations on a scale amounting to persecution without the state thereby implicitly adopting those acts, the possibility should not be excluded *a priori*. As mentioned earlier, the Court must also take into consideration that some crimes that have specifically been declared to contravene the purposes and principles of the United Nations are not restricted to state actors.

[22] Article 1F(b) was considered in *Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 508 (C.A.). In that case the applicant was excluded from Convention refugee status because as an ex-supporter of the Shah he had become associated with a militant anti-Khomeini group of activists, and had personally taken part in five or six incidents of bombing and arson. He argued that these were politically motivated and therefore could not result in his exclusion pursuant to Article 1F(b). The Court (at page 533) held that the activities were “non-political” because there was simply “no objective rational connection between injuring the commercial interests of certain wealthy supporters of the regime and any realistic goal of forcing the regime itself to fall or to change its ways or its policies”.<sup>9</sup>

[23] Similar decisions have been made in other jurisdictions. For example, *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986), at page 597:

Such acts are beyond the pale of protestable “political offense”. These actions were directed solely at bringing

coup de la clause d’exclusion que constitue la section Fa) de l’article premier<sup>8</sup>. Cela dit, les activités terroristes (les attentats à la bombe contre des cibles civiles, les détournements d’avion) peuvent relever de la section Fc) de l’article premier, et relèvent à coup sûr de la section Fb) de l’article premier. En ce qui concerne la section Fc) de l’article premier, aux pages 1031 et 1032 de l’arrêt *Pushpanathan*, le juge Bastarache s’est penché sur la question de savoir dans quelle mesure il peut y avoir crime au titre de la section Fc) de l’article premier sans complaisance implicite de l’État. Il a ainsi estimé que:

Quoiqu’il soit plus difficile pour qui n’agit pas au nom de l’État de perpétrer des violations des droits de la personne à une échelle suffisante pour constituer une persécution sans la complaisance implicite de l’État, il ne faut pas écarter cette possibilité a priori. Je le répète, la Cour doit aussi tenir compte du fait que certains crimes expressément déclarés contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ne sont pas limités aux personnes qui agissent au nom de l’État.

[22] La Cour a eu l’occasion de se pencher sur la section Fb) de l’article premier dans l’arrêt *Gil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508 (C.A.). Dans cette affaire, le demandeur s’était vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu’en tant qu’ancien partisan du Shah, il s’était lié avec une faction dure d’opposants à Khomeiny et avait personnellement participé à cinq ou six attentats à la bombe et incendies criminels. Il a fait valoir qu’il s’agissait en l’occurrence d’actes politiques qui ne pouvaient pas avoir pour effet de l’exclure au titre de la section Fb) de l’article premier. La Cour (à la page 533) a estimé qu’il s’agissait là d’actes non politiques étant donné qu’«aucun lien logique objectif entre le fait de causer un préjudice aux intérêts commerciaux de certains riches partisans du régime et un but réaliste consistant à provoquer la chute du régime même ou à changer ses méthodes et son orientation»<sup>9</sup>.

[23] Des tribunaux d’autres juridictions sont parvenus à des conclusions analogues. Ainsi, dans l’affaire *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986), à la page 597, la Cour d’appel fédérale des États-Unis a estimé que:

[TRADUCTION] De tels actes dépassent les limites de ce qui peut être considéré comme un «crime politique». Ce genre

about social chaos, with the eventual demise of the State intended only as an indirect result . . . . The problem, of course, is that the PIRA is unquestionably a “terrorist” organization, and these activities were part of their overall plan to rid Northern Ireland of the British. Terrorism does not fit easily into the complex rubric of international law . . . and it is difficult to distinguish meaningfully between one obviously terrorist act and another. However, there is one relevant distinction that has maintained legal force for many years, and which applies in this case. There is a meaningful distinction between terrorist acts directed at the military or official agencies of the state, and random acts of violence against ordinary citizens that are intended only “to promote social chaos.” . . . The distinction between acts against ordinary civilians and official instrumentalities has been extant in the common law since *In re Meunier*, 2 Q.B. 415 (1894). See also *Eain*, 641 F.2d at 521 (discussing *Meunier*).

See also G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, at pages 60-61 (1983), and P. Zambelli, *The 1995 Annotated Refugee Convention*, at pages 114-115 (1995).

[24] I return then to the characterization of an organization as one “directed to a limited brutal purpose”. Specific acts in which the individual has been complicit need not be identified because of the notoriety and singular purpose of the group. It is important in this context to scrutinize labels carefully. Labels can block analysis. If one is going to conclude that membership in, or close association with, a group automatically leads to a conclusion of complicity in crimes against humanity committed by members of that group, the evidence concerning the characterization of the organization must be free from doubt. In addition, in the case of an organization, which changes over time, it is important to assess its characterization during the time or times when the individual in question was associated with it.

#### Failure to Assess the Nature of the Organization and the Extent of the Claimant’s Involvement

[25] An analysis in an Article 1F(a) exclusion case such as the present, where membership in an

d’action a pour unique objectif d’introduire le chaos dans la société. L’anéantissement éventuel de l’État est voulu, certes, mais constitue seulement un résultat indirect [. . .] Le problème provient bien sûr du fait que la PIRA est sans nul doute une organisation «terroriste» et les activités en question faisaient partie de son plan, plus général, pour bouter les Britanniques hors d’Irlande du Nord. Le terrorisme s’insère mal dans le complexe échafaudage du droit international [. . .] et il est difficile d’effectuer une distinction utile entre un acte manifestement terroriste et un autre. Cela dit, il y a bien une distinction pertinente qui a force légale depuis de nombreuses années et qui s’applique en l’espèce. Il existe une distinction utile entre les actes terroristes visant des cibles militaires ou des organismes officiels de l’État et des actes de violence aléatoire perpétrés contre des citoyens ordinaires et dont le seul objectif est «d’instaurer le chaos social» [. . .] La distinction entre les actes commis contre les citoyens ordinaires et ceux qui visent des organes officiels est inscrite dans la Common law depuis l’affaire *In re Meunier*, 2 Q.B. 415 (1894). Voir également *Eain*, 641 F.2d, à la p. 521; (discussion de *Meunier*).

Voir également G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, aux pages 60 et 61 (1983) et P. Zambelli, *The 1995 Annotated Refugee Convention*, aux pages 114 et 115 (1995).

[24] Ceci nous amène à la définition d’une organisation selon qu’elle «vise principalement des fins limitées et brutales». Étant donné la notoriété et l’objet singulier du groupe en question, il n’est pas nécessaire de pouvoir attribuer à l’individu qui s’est rendu complice de ce genre d’action des actes précis. Dans ce contexte, il importe d’examiner attentivement les étiquettes. En effet, l’étiquette fait parfois obstacle à l’analyse. Si l’on entend dire que l’appartenance ou l’association étroite à un groupe porte automatiquement à conclure à la complicité de crimes contre l’humanité commis par les membres de ce groupe, il faut que la qualification de l’organisation en question se fonde sur des preuves indubitables. En outre, s’agissant d’un organisme qui évolue avec le temps, il y a lieu de se pencher sur les actions qui peuvent lui être attribuées aux époques où l’individu concerné collaborait avec elle.

#### Le fait de ne pas avoir évalué la nature de l’organisation et l’étendue de la participation du demandeur de statut

[25] Dans un cas tel que celui-ci, où l’appartenance à une organisation est donnée comme entraînant une

organization is alleged to constitute a presumption of complicity in crimes against humanity, then requires:

(a) an assessment of the nature of the organization and whether it can be said that it is “directed to a limited brutal purpose”;

(b) an assessment of the individual’s involvement with the organization and whether he was a member or had the kind of involvement with it from which it can be inferred that he shared the group’s common purpose;

[26] I turn then to a consideration of the evidence pertaining to those issues and the Board’s decision thereon.

(a) The Organization

[27] In the present case evidence concerning the Mujahideen is found in two encyclopedias, letters containing endorsements of the objectives of the Mujahideen, a report by the Secretary of State to the United States Congress, some newspaper clippings and newswires, including newspaper clippings describing the ransacking of the Iranian embassy in Ottawa, in which the claimant took part. There is of course a quantity of documentary evidence on Iran available to the Board, and the claimant, that is made part of the record by reference but which is not in the file that is before the Court. The extent to which that material contains information concerning the Mujahideen is not known by the Court.

[28] In any event, the Board did not analyze the documentary evidence but focused on a lack of personal involvement by the claimant in specific acts, followed by a reference to the organization as a terrorist organization. The Board states:

There is, in my view, no evidence that the claimant personally has ever been involved in such acts. Nonetheless, it

présomption de complicité de crimes contre l’humanité, l’analyse des conditions d’exclusion au titre de la section Fa) de l’article premier, exige:

a) que l’on évalue la nature de l’organisation en question et que l’on examine la question de savoir si l’on peut dire qu’elle « *vise des fins limitées et brutales*»;

b) que l’on évalue la participation de l’individu en question à l’organisation et que l’on cherche à savoir s’il en était membre ou si sa participation permet de conclure qu’il partageait les objectifs du groupe.

[26] Examinons maintenant les éléments de preuve relatifs à ces deux questions et la décision à laquelle la Commission était parvenue à cet égard.

a) L’organisation

[27] En l’espèce, les preuves concernant les Moudjahidines proviennent de deux encyclopédies, de lettres encourageant ou approuvant les objectifs des Moudjahidines, d’un rapport du Secrétaire d’État américain au Congrès des États-Unis, de dépêches d’agences et de coupures de presse, y compris des articles de journaux décrivant les déprédations commises à l’ambassade d’Iran à Ottawa, déprédations auxquelles le demandeur de statut avait participé. La Commission et le demandeur de statut disposaient bien sûr d’une masse de preuves documentaires sur l’Iran, preuves implicitement versées au dossier parce qu’évoquées à l’audience, mais ne figurant pas dans le dossier déposé devant la Cour. La Cour n’est pas à même de savoir dans quelle mesure ces documents renferment des renseignements concernant les Moudjahidines.

[28] En tout état de cause, la Commission ne s’est pas livrée à une analyse de la preuve documentaire, mais a insisté particulièrement sur le fait que le demandeur de statut n’avait pas personnellement pris part à des actes pouvant être identifiés de manière précise, évoquant ensuite l’organisation en question considérée comme organisation terroriste. Selon la Commission:

[TRADUCTION] J’estime qu’aucune preuve ne démontre que le demandeur de statut a personnellement pris part à de tels

is settled law that mere membership in an organization that has a limited brutal purpose, may indeed bring a person within the parameters of Article 1F(a). It is worth noting that the Mujahideen has been described as a “terrorist organization”.

[29] Counsel for the Minister argues that this should have led the Board to the conclusion that the organization fell within the description of one “directed to a limited brutal purpose” and that collecting funds for that organization was a sufficient connection to establish complicity in the acts in which the organization engaged. Counsel for the claimant argues, on the other hand, that the statement must be read as meaning that while some sources may describe the Mujahideen as a terrorist organization, the Board did not do so. Counsel argues that this reading is implicit from the rest of the Board’s decision.

[30] The two encyclopedias, the *World Encyclopedia of Political Systems and Parties*, 2nd ed., 1987 and *Revolutionary and Dissident Movements: An International Guide* (Longman, 3rd ed., 1991) describe the Mujahideen as a left-wing Islamic movement arising from the educated middle class in Iran in the early to mid-1960s. The members were opposed to the Shah who dubbed them “Islamic Marxists”. According to one of these publications, members of the group in the mid-1970s robbed banks, bombed airline offices and assassinated several American military officials working in Iran. In 1975 the organization split into two groups; one eschewing armed action as a means of achieving political ends. The other continued to use the name Mujahideen. Although supporting the Iranian revolution in 1979, the Mujahideen subsequently became a significant opposition to Khomeini. The documents describe protest demonstrations of 150 000 in Tehran organized by the Mujahideen, and a party newspaper with a circulation of 500 000. The documents also describe members of the organization engaging in acts of violence against government targets, and the Revolutionary Guards firing on Mujahideen organized demonstrations. For example, in June of 1981, the Revolutionary Guards fired on a huge demonstration of Mujahideen members and then

agissements. Il est néanmoins admis en droit que la simple appartenance à une organisation qui vise des fins limitées et brutales peut effectivement faire tomber quelqu’un sous le coup de l’alinéa 1Fa). Il convient de relever que les Moudjahidines ont été décrits comme constituant une «organisation terroriste».

[29] L’avocat du ministre soutient que cela aurait dû porter la Commission à conclure que l’organisation appartenait à la catégorie des organisations «visant principalement des fins limitées et brutales» et que la participation à des campagnes de financement de cette organisation constituait un lien permettant effectivement de conclure à la complicité des actes auxquels se livrait l’organisation en question. L’avocate du demandeur de statut soutient pour sa part que si certaines sources donnent effectivement les Moudjahidines pour une organisation terroriste, ce n’est pas le cas de la Commission. Il estime que c’est l’interprétation qui découle implicitement du reste de la décision prononcée par la Commission.

[30] Les deux encyclopédies, la *World Encyclopedia of Political Systems and Parties*, 2<sup>e</sup> édition, 1987 et *Revolutionary and Dissident Movements: An International Guide* (Longman, 3<sup>e</sup> édition, 1991) décrivent les Moudjahidines comme un mouvement islamique de gauche, né parmi les classes moyennes éduquées d’Iran au début des années 1960. Ses membres s’opposaient au Shah qui, lui, voyait en eux des «marxistes islamiques». Selon une de ces publications, au milieu des années 1970 les membres de l’organisation ont cambriolé des banques, commis des attentats à la bombe contre les bureaux de lignes aériennes, et assassiné plusieurs militaires américains en poste en Iran. En 1975, l’organisation s’est scindée en deux groupes, dont l’un qui prônait l’action armée comme moyen d’atteindre des objectifs politiques. C’est l’autre groupe qui a continué à utiliser le nom de Moudjahidines. Bien qu’ils aient soutenu la révolution iranienne de 1979, les Moudjahidines ont par la suite constitué un important mouvement d’opposition à Khomeiny. Les documents cités font état de manifestations de 150 000 personnes, organisées à Téhéran par des Moudjahidines, et d’un journal partisan tirant à 500 000 exemplaires. Les documents font également état d’actes de violence commis par des membres de l’organisation à l’encontre de cibles gouvernementales,

the Mujahideen bombed the Islamic Republic Party Headquarters killing 74 members of the top leadership. The group was eventually banned in June of 1981 by Khomeini. After this the leaders of the organization went to France.

évoquant également des cas où les Gardiens de la révolution ont fait feu sur les Moudjahidines au cours de manifestations organisées par ceux-ci. Par exemple, en juin 1981, les Gardiens de la révolution ont ouvert le feu sur une énorme manifestation de Moudjahidines. Après cela, les Moudjahidines ont commis un attentat à la bombe contre le siège du Parti de la république islamique, tuant 74 dirigeants de ce parti. Le groupe est interdit par Khomeiny en juin 1981. Après cela, les dirigeants de l'organisation se sont repliés sur la France.

[31] In Paris, the leaders formed the National Resistance Coalition, which although initially composed of a number of organizations eventually became another name for the Mujahideen. In 1986, the leaders of the Mujahideen were expelled from France and they went to Iraq where they were given land by Saddam Hussein to establish a military base. They were supported by Saddam Hussein and participated, on the side of Iraq, in the latter years of the Iraq-Iran war. While one document states that the group was expelled from Iraq in 1989, other documents describe it as continuing to conduct guerilla type activities into Iran from its base in Iraq. One of the encyclopedias indicates that as of 1987 the group had declined in numbers and had lost support since it had been forced underground in Iran, and that as of that date most of its members were students living in Iran, the United States and Europe.

[31] À Paris, les dirigeants de ce groupe forment la Coalition nationale de la résistance qui, initialement composée de plusieurs organisations, a fini par ne constituer qu'une autre branche des Moudjahidines. En 1986, les dirigeants des Moudjahidines sont expulsés de France et se rendent en Irak où Saddam Hussein leur donne des terres qui leur permettent d'établir une base militaire. Ils sont appuyés par Saddam Hussein et prennent part, du côté de l'Irak, aux dernières années de la guerre Irak-Iran. Selon un document, le groupe est expulsé d'Irak en 1989 mais, selon d'autres documents, l'organisation continue de mener une guérilla contre l'Iran à partir de sa base en Irak. Selon une des encyclopédies, à partir de 1987, le nombre des adhérents du groupe commence à baisser et il perd une partie de ses appuis lorsque le gouvernement iranien l'oblige à entrer dans la clandestinité. À partir de cette date, la plupart de ses adhérents sont des étudiants vivant en Iran, aux États-Unis ou en Europe.

[32] Also on the record are numerous letters and declarations, from early to mid-1995, that support the objectives of the National Council of Resistance. For example, 212 members of the European Parliament signed a Statement on Iran that contains the following endorsement:

[32] Le dossier contient également de nombreuses lettres et déclarations, datant de la première moitié de 1995, prônant les objectifs poursuivis par le Conseil national de la résistance. Par exemple, 212 membres du Parlement européen ont signé une déclaration sur l'Iran contenant la profession suivante:

We are convinced that lending support to the Iranian people's democratic aspirations for creating political pluralism and democracy in Iran, embodied in the National Council of Resistance of Iran will help expedite the establishment of peace & stability in the region.<sup>10</sup>

[TRADUCTION] Nous sommes convaincus que l'appui que l'on apportera aux aspirations démocratiques du peuple iranien en vue de l'instauration de la démocratie et du pluralisme politique en Iran, aspirations qu'incarne le Conseil national de la résistance, permettra d'accélérer le retour à paix et à la stabilité dans la région<sup>10</sup>.

[33] Similar statements were made by members of the House of Commons in the United Kingdom,<sup>11</sup> 15 members of the United States Congress<sup>12</sup> and one

[33] Des déclarations analogues ont été faites par des députés à la Chambre des communes du Royaume-Uni<sup>11</sup>, par quinze membres du Congrès des États-

member of Canada's House of Commons.<sup>13</sup>

[34] The document on the record that formed the basis of the Minister's position before the Board is a United States Secretary of State's Report to Congress prepared in June, 1994. In general terms that Report concludes: the Mujahideen is a guerilla group that endorses the use of force to achieve political ends; it is a puppet of Saddam Hussein; it tries to convince Europeans and North Americans that it is a credible opposition to the present government of Iran but it is not; it has or pretends to have softened its acceptance of the use of force to achieve political ends in order to gain political support in the West.

[35] The Secretary of State Report notes the murder of the six American citizens in 1973, 1975 and 1976, in Iran, and that members of the Mujahideen were arrested and executed by the Shah's government for some of these murders. It states that the organization supported the takeover of the U.S. embassy and opposed the release of the American hostages. The Report notes that the organization "changed sides" in 1979-1981 and moved from supporting the Iranian revolution and Khomeini to opposing Khomeini. It describes the group as an organization dedicated to political change that uses armed struggle as part of its tactics. The Report describes the exile of the leaders to Paris, the formation of the National Council of Resistance, at which time the Mujahideen are described as controlling a number of organizations including the Muslim Student Association, the Tawhidi Society of Guilds, the Movement of Muslim Teachers, the Union of Instructors in Universities and Institutions of Higher Learning. It describes a split in the leadership of the group, as the present leaders became more closely associated with Saddam Hussein. It describes the move from France to Iraq in 1986, which it suggests was precipitated by Iran's pressure on the French government. It states, with respect to its activity since 1986, that the organization's military record is limited and that it launched its most signifi-

Unis<sup>12</sup> ainsi que par un député à la Chambre des communes du Canada<sup>13</sup>.

[34] Le document versé au dossier et ayant servi de fondement à la thèse développée par le ministre devant la Commission est un rapport au Congrès, préparé en juin 1994 par le Secrétaire d'État américain. En termes généraux, ce rapport parvient à la conclusion que les Moudjahidines constituent un groupe de guérilleros qui prônent le recours à la force pour atteindre des buts politiques, qu'il s'agit d'un organisme fantoche manipulé par Saddam Hussein, que ses membres cherchent à convaincre les Européens et les Nord-Américains qu'ils forment une opposition crédible à l'actuel gouvernement iranien alors que ce n'est pas le cas, et qu'ils ont ou font semblant d'avoir réduit leur acceptation du recours à la force à l'appui d'objectifs politiques, simplement pour se ménager des appuis politiques en Occident.

[35] Le rapport du Secrétaire d'État américain relève le meurtre en Iran de six citoyens américains, en 1973, 1975 et 1976, notant que des membres des Moudjahidines avaient été, à la suite de ces meurtres, arrêtés et exécutés par le gouvernement du Shah. Selon le rapport, cette organisation a soutenu la prise de l'ambassade des États-Unis à Téhéran, et s'est opposée à la libération des otages américains. Selon le rapport, l'organisation a changé de ligne en 1979-1981, passant du soutien à la révolution iranienne et à Khomeiny à une opposition au régime de celui-ci. Selon le rapport, il s'agit d'une organisation qui se voue au changement politique, et dont les moyens comprennent la lutte armée. Le rapport décrit aussi l'exil des dirigeants à Paris, la formation du Conseil national de la résistance, à l'époque de laquelle les Moudjahidines sont donnés comme contrôlant un certain nombre d'organisations dont l'Association des étudiants musulmans, la Société Tawhidi des Guildes, le Mouvement des enseignants musulmans, l'Union des maîtres de conférence des universités et des établissements d'enseignement supérieur. Le rapport fait état d'une scission au sein de la direction du groupe, les dirigeants actuels se rapprochant de Saddam Hussein. On y trouve une description du passage, en 1986, de la France à l'Irak, déplacement qui, selon le rapport, aurait été accéléré par des pressions iraniennes sur le

cant incursion from Iraq into Iran in June and July 1988, in co-ordination with Iraqi forces. The opening paragraph of the section dealing with the organization's recent activities in Iran states that the author cannot confirm or refute the Mujahideen's claim not to target civilian targets:

In publications distributed in the West, the Mojahedin claim they do not target civilians in Iran. We are unable to confirm or refute this assertion.

The Report then describes radio broadcasts of the "Voice of Mojahed", which are transmitted into Iran from Mujahideen bases in Iraq, claiming responsibility for a number of bombings and attacks.

[36] I agree with counsel for the applicant's submission that the Board did not analyze the evidence respecting the nature of the Mujahideen organization. At the same time, it is not immediately obvious that the evidence supports a conclusion that the organization was "directed to a limited brutal purpose" in the sense described in the *Ramirez* and *Moreno* decisions. This is, however, an issue upon which the Board should have made a clear finding.

(b) Claimant's Involvement

[37] There is documentation signed by the claimant that states that he was a member of the Mujahideen from October 1979 to February 1985. He asserted before the Board that the notation "member" was not in his handwriting. The Board described this evidence but made no decision with respect thereto:

The Canada Immigration Centre immigration form (Exhibit M-1) noted the claimant as being a member of the organization. The notation "member" is clearly in a different handwriting from the body of the form. The claimant

gouvernement français. En ce qui concerne l'activité des Moudjahidines depuis 1986, on apprend dans le rapport que l'organisation n'a que peu d'initiatives militaires à son actif et que sa principale incursion en territoire iranien à partir de l'Irak remonte à juin et juillet 1988, dans une opération menée de front avec les forces irakiennes. Au premier paragraphe de la partie consacrée aux activités récentes de l'organisation en Iran, l'auteur explique qu'il ne peut ni confirmer ni infirmer l'affirmation, faite par les Moudjahidines, qu'ils ne s'en prennent pas à des objectifs civils:

[TRADUCTION] Dans les textes qu'ils distribuent en Occident, les Moudjahidines prétendent ne s'en prendre en Iran à aucun objectif civil. Nous ne sommes en mesure ni de confirmer ni d'infirmer cette affirmation.

Le rapport donne alors une description des émissions de radio diffusées par la «Voix de Mojahed», diffusées en Iran à partir de bases moudjahidines en Irak. Dans ces émissions, les Moudjahidines revendiquent des attaques et des attentats à la bombe.

[36] Je conviens avec l'avocate du demandeur que la Commission n'a pas analysé les éléments de preuve concernant la nature même de l'organisation moudjahidine. Cela dit, il n'est pas immédiatement évident que la preuve permette de conclure qu'il s'agit effectivement d'une organisation «visant principalement des fins limitées et brutales» au sens que prend cette expression dans les arrêts *Ramirez* et *Moreno*. Il s'agit, cependant, d'une question qui aurait dû faire, de la part de la Commission, l'objet d'une conclusion explicite.

b) La participation du demandeur de statut

[37] Selon les documents revêtus de la signature du demandeur de statut, celui-ci a fait partie des Moudjahidines d'octobre 1979 à février 1985. Il a affirmé devant la Commission que la mention «membre» n'était pas de sa main. La Commission a fait état de ce témoignage mais ne s'est pas prononcée à son égard:

[TRADUCTION] Selon le formulaire d'immigration du Centre d'immigration du Canada (pièce M-1), le demandeur de statut est un membre de l'organisation. La mention «membre» est à l'évidence consignée dans une écriture différente

maintains that he did not write the word "member". Even accepting that the claimant was indeed a member of the Mujahideen in Iran, there is no evidence to suggest that he was engaged in any activities of a terrorist nature.

[38] An alteration to a form that is not in a claimant's handwriting does not mean that he or she did not direct or acquiesce in the alteration. In the absence of some reason for thinking that the form may have been altered after it was signed, it is reasonable to assume that the alteration was made either at the claimant's direction or, at the very least, with his acquiescence.

[39] In any event, whether or not the claimant was a member of the Mujahideen, the Minister asked the Board to draw inferences concerning the level of the claimant's involvement with the organization from the fact that he had gone twice to its military camp outside Baghdad, once in 1987 and again in 1989, on each occasion for three months, with all travel and related expenses being paid for by the organization. On one occasion the visit had been to celebrate Khomeini's death. His memory about his visits seems to have been purposely vague. He appears to have attempted on a third occasion to go to the camp, on a false passport, at Mujahideen expense, after being charged with offences arising out of the ransacking of the Iranian embassy in Ottawa in 1992. Thus while the documentation indicates that he was a member of the Mujahideen from 1979 to 1985, there is evidence that shows a close association at least until 1992. In addition, the claimant had solicited funds in Canada from Iranians for the support of the organization. While he did not acknowledge awareness of any atrocities committed by the organization, he admitted that he read the newspaper *Iran Zameen*, a National Resistance Council newspaper, which the Minister asserts describes these atrocities. The newspapers were not, however, made part of the file that was placed before the Court and if they are a significant part of the Minister's case there should have been copies put before the Board from which it could make its own assessment of what knowledge would be acquired from reading that paper.

des mentions apposées dans le reste du formulaire. Le demandeur de statut prétend ne pas avoir écrit le mot «membre». Même si l'on admet que le demandeur de statut a effectivement appartenu aux Moudjahidines en Iran, rien ne permet de dire qu'il se soit livré à des activités terroristes.

[38] Le fait que le formulaire ait été modifié par une mention portée par quelqu'un d'autre, ne veut pas dire que le demandeur de statut n'ait pas consenti à cette modification. Faute de raisons permettant de penser que le formulaire a pu être modifié après sa signature, on peut raisonnablement supposer que la modification a été apportée soit à la demande du demandeur de statut, soit à tout le moins, avec son consentement.

[39] En tout état de cause, que le demandeur de statut ait été ou non membre des Moudjahidines, le ministre demandait à la Commission de tirer certaines conclusions concernant le degré de participation de celui-ci aux activités de l'organisation, sur le fondement du fait que le demandeur de statut s'était à deux reprises rendu au camp militaire de l'organisation, situé près de Bagdad, une fois en 1987 et une autre fois en 1989, et qu'à ces deux occasions il y avait séjourné pendant trois mois, l'ensemble de ses dépenses de déplacement et de séjour étant réglées par l'organisation. Un de ces séjours était pour célébrer la mort de Khomeiny. Les souvenirs du demandeur de statut concernant ces visites semblent avoir été délibérément vagues. Il semble avoir tenté une troisième fois de se rendre dans ce camp, muni d'un faux passeport, aux frais des Moudjahidines, après avoir été accusé d'infractions en rapport avec les déprédations commises à l'ambassade iranienne à Ottawa, en 1992. Alors que, selon la documentation, il a été membre des Moudjahidines de 1979 à 1985, certains éléments démontrent qu'il serait resté étroitement lié à cette organisation au moins jusqu'en 1992. De plus, le demandeur de statut avait, pour soutenir l'organisation, recueilli au Canada des fonds auprès d'Iraniens. Alors qu'il n'a pas reconnu avoir eu connaissance d'atrocités commises par l'organisation, il a reconnu lire le journal *Iran Zameen*, organe du Conseil national de la résistance qui, selon le ministre, rend compte des atrocités en question. Ce journal n'a cependant pas été versé au dossier déposé devant la Cour et, s'il doit fonder une partie des arguments développés par le

[40] There are also certain coincidences that may or may not be significant. While the claimant states that his involvement with the Mujahideen in Iran was minimal, he was expelled from university there in 1980 and spent some time in jail in connection with one of the bombing attacks against the Khomeini government. He left Iran for Turkey in 1985. He came to Canada in 1986, the year the Mujahideen was expelled from France. Then come his trips to the camp outside Baghdad and his participation in the ransacking of the Iranian embassy in Ottawa, for which he received a minor sentence. On the other hand, he asserts that he had no significant involvement with the organization in Iran, became interested in it when he was in Turkey and most involved after he arrived in Canada.

[41] I agree with counsel for the Minister's argument that the Board did not analyze this evidence, and applied an incorrect test by asking whether the claimant was personally involved in the crimes alleged, in the sense of being physically present, rather than whether his involvement was such as to encourage and enable the commission of the alleged crimes by others. There is no doubt that financing crimes makes one complicit therein.

#### Acts Constituting War Crimes/Crimes Against Humanity

[42] The Board focused on the activities of the organization during the time the claimant had admitted he was involved with it during the early 1980s and when he was personally in the camp south of Baghdad in 1987 and 1989. Essentially it found those activities to be neither war crimes nor crimes against humanity:

ministre, des exemplaires auraient dû en être déposés devant la Commission afin qu'elle puisse décider d'elle-même du genre de connaissances que pourrait procurer sa lecture.

[40] Notons également certaines coïncidences dont on ne sait si elles sont révélatrices. Le demandeur de statut a déclaré que sa participation aux activités des Moudjahidines en Iran était minime, qu'il a été expulsé de l'université en 1980, et qu'il a fait un séjour en prison en marge d'un des attentats à la bombe perpétrés contre le gouvernement Khomeiny. Il a quitté l'Iran pour la Turquie en 1985. Il est arrivé au Canada en 1986, l'année où les Moudjahidines ont été expulsés de France. C'est alors qu'il se rend dans le camp situé aux alentours de Bagdad, et qu'il participe aux déprédations commises à l'ambassade d'Iran à Ottawa, cette participation lui valant condamnation à une peine légère. Il affirme par ailleurs n'avoir joué aucune rôle important au sein de l'organisation en Iran, s'y être surtout intéressé alors qu'il se trouvait en Turquie, sa participation principale aux activités de cette organisation remontant à son arrivée au Canada.

[41] Je conviens avec l'avocate du ministre que la Commission n'a pas cherché à analyser les déclarations du demandeur de statut et qu'elle n'a pas appliqué le bon critère lorsqu'elle l'a interrogé pour savoir s'il avait personnellement pris part aux crimes dont il est fait état, au sens où il aurait été physiquement présent sur les lieux de ces crimes, au lieu de lui demander si sa participation n'aurait pas consisté à encourager et à faciliter la commission des prétendus crimes par d'autres personnes. Il ne fait aucun doute que le fait de contribuer au financement de crimes constitue un acte de complicité.

#### Quels sont les actes constituant des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité?

[42] La Commission a insisté sur les activités menées par l'organisation à l'époque où le demandeur de statut reconnaît avoir été actif au sein de cette dernière, c'est-à-dire au début des années 1980 ainsi qu'aux époques où il se trouvait dans le camp situé au sud de Bagdad, en 1987 et en 1989. La Commission a estimé pour l'essentiel que ces activités ne consti-

That leaves me to consider whether war crimes and crimes against humanity may apply. It is clear from the evidence that the Mujahideen has a military base in Iraq, and that, in the early 1980's, the military wing of the Mujahideen carried out attacks and counter-attacks on Iranian industrial and civilian targets. It is, in my view, that while such actions against defenceless civilians are abhorrent, it is perfectly legitimate to take up arms and seek to overthrow, by military force, a brutal, repressive, non-democratic regime, as long as the laws and customs of war are observed. It is, in my view, the engagement in war crimes that activates Article 1(F)(a).

This takes me to crimes against humanity. It is my view that although I find the incidents in the early 1980's somewhat dated, when considered cumulatively they do not by any means whatsoever fall within the definition of "crimes against humanity". During the periods of the claimant's visits to Iraq from Canada, there is no evidence before me that the Mujahideen military personnel stationed in camps in Iraq were in any way engaged in activities which could be considered crimes against humanity. It is still unclear why the claimant was favoured to be chosen to visit the Mujahideen in Iraq. His explanations, in my view, did not have a ring of truth. Nonetheless, the onus with respect to exclusion lies with the Minister. After considering the totality of the evidence, it is my finding that that onus has not been discharged. I therefore do not find the claimant to be excluded from Convention refugee status. [Underlining added.]

[43] Counsel for the applicant argues that the Board cannot both conclude that the group carried out attacks on civilian targets and observed the customs of war. Attacks on civilian targets are by definition breaches of the customs of war (although attacks on military or governmental targets that only incidentally involve the killing of civilians are not). Counsel also argues that in so far as crimes against humanity are concerned, it is not solely the period of time that the claimant was physically present in the camp that is relevant. As noted, one can be complicit in a crime without being physically present, for example, by providing funds to support the commission of the crime.

taient ni des crimes de guerre ni des crimes contre l'humanité:

[TRADUCTION]

Il me reste à examiner la question de savoir s'il peut s'agir de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Il ressort clairement de la preuve que les Moudjahidines possédaient effectivement une base militaire en Irak et que, au début des années 1980, la faction militaire des Moudjahidines avait lancé des attaques et des contre-attaques contre des cibles industrielles et civiles en Iran. J'estime que de telles actions menées contre des civils sans défense sont moralement condamnables. Il est parfaitement légitime de prendre les armes et de tenter de renverser, par la force militaire, un régime non démocratique, brutal et répressif, dans la mesure où l'on respecte les lois et les coutumes de la guerre. J'estime que c'est la participation à des crimes de guerre qui déclenche l'application de l'alinéa 1Fa).

Cela nous amène aux crimes contre l'humanité. J'estime que, même si, d'après moi, les incidents remontant au début des années 80 commencent à dater, dans leur ensemble, ils ne relèvent point de la définition de «crimes contre l'humanité». Au cours des périodes où le demandeur de statut s'est rendu du Canada en Irak, rien ne me porte à conclure que le personnel militaire des Moudjahidines en poste dans les camps en Irak ait le moindrement participé à des activités que l'on pourrait considérer comme des crimes contre l'humanité. On ne comprend toujours pas très bien pourquoi on a choisi le demandeur de statut pour rendre visite aux Moudjahidines en Irak. J'estime que ses explications à cet égard manquaient de véracité. Cela dit, s'agissant d'exclusion, la preuve incombe au ministre. Je conclus, au vu de l'ensemble des preuves et témoignages, que le ministre ne s'est pas acquitté du fardeau de la preuve. Je n'estime donc pas que le demandeur de statut doive se voir refuser le statut de réfugié au sens de la Convention. [Non souligné dans l'original.]

[43] Selon l'avocate du demandeur, la Commission ne peut pas conclure à la fois que le groupe a mené des attaques contre des objectifs civils et qu'il a respecté les coutumes de la guerre. Les attaques contre des objectifs civils constituent, par définition, une violation des coutumes de la guerre (même si cela n'est pas vrai d'attaques menées contre des objectifs militaires ou gouvernementaux et à l'occasion desquelles des civils peuvent avoir été tués accidentellement). L'avocate du demandeur soutient également qu'en matière de crimes contre l'humanité, ce ne sont pas seulement les époques auxquelles le demandeur de statut s'est personnellement trouvé dans les camps militaires qui comptent. Ainsi que nous l'avons noté,

[44] I must accept counsel for the Minister's argument that the Board's decision in many respects seems contradictory and applies incorrect tests. I am convinced that to a significant extent this can be explained by the unsettled nature of the law in this area. As noted, the characteristics that transform a common crime into a crime against humanity are not well articulated. The following description is quoted in the Rikhof article:<sup>14</sup>

Isolated offences did not fall within the notion of crimes against humanity. As a rule systematic action, *particularly* if it was authoritative, was necessary to transform common crimes, punishable under municipal law, into crimes against humanity which thus became also the concern of international law. Only crimes which, either by their magnitude and savagery, or by their large number or by the fact that a similar pattern was applied at different times and places, endangered the international community or shocked the conscience of mankind warranted intervention by States other than those on whose territory the crimes had been committed or whose subjects had become their victims. [Emphasis added.]

It is not immediately obvious that the material on the record could support a finding that the organization's activities met that test, or even met what appears to be the less onerous test articulated in the *Sivakumar* decision, that is, that such crimes are crimes that are "committed in a wide-spread, systematic fashion".

### Conclusion

[45] I have considered whether in the light of the above, this is a case in which the Court could conclude that the decision was right even though the reasons do not reflect that the appropriate analysis was undertaken. I have decided, after considerable reflection, however, that the appropriate disposition of the application is to quash the decision under review and refer the matter back for rehearing by a differently constituted Board. It is not within the Court's authority to write the decision the Board should have given.

il est possible de se rendre complice d'un crime sans être présent sur les lieux de celui-ci, par exemple en participant à son financement.

[44] Je dois accueillir l'argument de l'avocate du ministre selon lequel la décision de la Commission semble contradictoire à de nombreux égards et ne se fonde pas sur les bons critères. Je suis convaincue que, dans une grande mesure, cela s'explique par les incertitudes du droit en ce domaine. Comme nous l'avons noté plus haut, les traits caractéristiques qui font d'un crime de droit commun un crime contre l'humanité n'ont pas été nettement articulés. La description suivante est citée dans l'article de Rikhof<sup>14</sup>:

[TRADUCTION] Des infractions isolées n'ont pas été considérées comme relevant du concept de crime contre l'humanité. En règle générale, pour transformer des crimes de droit commun, punissables en droit interne, en crimes contre l'humanité auxquels s'intéresserait également le droit international, il fallait des actions systématiques, *surtout* si ces actions étaient menées par les autorités. Seuls les crimes qui, en vertu de leur ampleur et de leur sauvagerie, ou de leur grand nombre ou du fait que les mêmes comportements ont eu lieu à des époques ou des lieux différents, mettaient en péril la communauté internationale où choquaient la conscience de l'humanité, justifiaient l'intervention des États autres que ceux sur le territoire desquels les crimes en question avaient été commis ou dont les nationaux avaient été victimes. [Non souligné dans l'original.]

Il n'est pas immédiatement évident que la documentation versée au dossier permette de conclure que les activités de l'organisation répondent à ce critère, voire au critère moins exigeant exposé dans l'arrêt *Sivakumar*, et selon lequel il doit s'agir de crimes «commis de façon généralisée et systématique».

### Conclusion

[45] La Cour s'est demandée si, à la lumière des considérations exposées ci-dessus, elle devait conclure en l'espèce que la décision en cause était fondée, même si les motifs exposés à son appui ne reflètent pas l'analyse à laquelle il convenait de procéder. Après longue réflexion, j'ai décidé cependant qu'il y a lieu en l'espèce d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour nouvelle audition devant une autre formation de la Commission. Il n'appartient pas à la Cour de substituer sa décision à celle qu'aurait dû

There are issues of credibility respecting the claimant's evidence. There are issues that involve documentary evidence that is not physically before the Court, nor to which the Court has easy access. There are issues of both fact and the application of the law that need to be decided. The proper legal analysis would benefit from a more extensive examination of when a crime has been found in international law to come within the definition of a crime against humanity, particularly in the light of the *Pushpanathan* decision, and the relevant international instruments, including decisions in other jurisdictions. Counsel for the applicant will have an opportunity to present that kind of analysis to the Board on a referral back for rehearing.

[46] Accordingly, an order will issue setting aside the decision under review and referring it back for rehearing. Both counsel agreed that the certification of a question for appeal did not arise on the facts of this case.

<sup>1</sup> The *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1988, para. 149, at p. 35; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, (Oxford, 1983), at pp. 61-62; referred to in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.), per Marceau J.A., at pp. 607-608; L. Waldman, *Immigration Law and Practice* (Toronto, 1992); J. C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Toronto, 1991); UNHCR Legal Project in Canada, Note No. 5 [*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*], para. 16, at p. 4.

<sup>2</sup> [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), at p. 317.

<sup>3</sup> [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at p. 321.

<sup>4</sup> (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.), at p. 287.

<sup>5</sup> J. Rikhof "Crimes Against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda" (1996), 6 *N.J.C.L.* 233, at p. 242.

<sup>6</sup> E. Schwelb, "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Br.Y.B.I.L.* 178, at pp. 197-198.

<sup>7</sup> [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), at p. 443.

<sup>8</sup> *Supra*, note 5, at p. 253 (fn. 70).

<sup>9</sup> "It is one thing, under the first branch of the incidence test, to accept that the appellant's crimes were committed in

rendre la Commission. Le témoignage du demandeur de statut soulève des questions de crédibilité. Il y a également des questions concernant certains éléments de preuve documentaire qui n'ont pas été déposés devant la Cour, et auxquels celle-ci ne pouvait pas facilement avoir accès. Il y a des questions à la fois de fait et de droit qui doivent être tranchées. L'analyse juridique qui s'impose profiterait d'un examen plus approfondi de la question de savoir dans quelles circonstances, en droit international, on a considéré qu'un crime relevait de la définition de crimes contre l'humanité, notamment à la lumière de l'arrêt *Pushpanathan* et des instruments internationaux applicables, ainsi que de décisions rendues dans d'autres juridictions. L'avocate du demandeur aura, dans le cadre d'une nouvelle audition, l'occasion de faire valoir ce type d'analyse devant la Commission.

[46] Par conséquent, la Cour ordonne l'annulation de la décision contestée et son renvoi pour nouvelle audition. Les avocats des deux parties ont convenu que les circonstances de la présente affaire n'imposent la certification d'aucune question à porter en appel.

<sup>1</sup> *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, 1979, par. 149, aux p. 38 et 39; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, (Oxford, 1983), aux p. 61 et 62; cité dans l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.), par le juge Marceau, J.C.A., aux p. 607 et 608; L. Waldman, *Immigration Law and Practice* (Toronto, 1992); J. C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Toronto, 1991); et HCNUR Legal Project in Canada, note n° 5 [*Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*], par. 16, à la p. 4.

<sup>2</sup> [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), à la p. 317.

<sup>3</sup> [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), à la p. 321.

<sup>4</sup> (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.), à la p. 287.

<sup>5</sup> J. Rikhof «Crimes against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda» (1995-96), 6 *N.J.C.L.* 233, à la p. 242.

<sup>6</sup> E. Schwelb, «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *Br.Y.B.I.L.* 178, aux p. 197 et 198.

<sup>7</sup> [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), à la p. 443.

<sup>8</sup> *Supra*, note 5, à la p. 253 (note 70).

<sup>9</sup> «Dans l'application du premier volet du critère du caractère accessoire, c'est une chose que d'accepter que les

the general context of violent opposition to the government; it is quite another to condone the use of deadly force against an unarmed civilian commercial target in circumstances where serious injury or death to innocent bystanders was simply inevitable. Violence of this sort is wholly disproportionate to any political objective” [[1995] 1 F.C. 508 (C.A.), at p. 534].

<sup>10</sup> Tribunal Record, at p. 290.

<sup>11</sup> *Id.*, at p. 291.

<sup>12</sup> *Id.*, at p. 292.

<sup>13</sup> *Id.*, at pp. 287-288.

<sup>14</sup> *Supra*, note 5, at p. 258.

crimes de l’appelant ont été commis dans le contexte général d’une opposition violente contre le gouvernement; c’est une toute autre chose que de tolérer l’utilisation de la force meurtrière contre des cibles commerciales civiles non armées, dans des circonstances où il est inévitable que des innocents seront tués ou grièvement blessés. Des actes de violence de ce type sont totalement hors de proportion avec tout objectif politique légitime» [[1995] 1 C.F. 508 (C.A., à la p. 534].

<sup>10</sup> Dossier du tribunal, à la p. 290.

<sup>11</sup> *Id.*, à la p. 291.

<sup>12</sup> *Id.*, à la p. 292.

<sup>13</sup> *Id.*, aux p. 287 et 288.

<sup>14</sup> *Supra*, note 5, à la p. 258.

A-445-97

A-445-97

**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Consolidated Canadian Contractors Inc.** (*Respondent*)**Consolidated Canadian Contractors Inc.** (*défendresse*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CONSOLIDATED CANADIAN CONTRACTORS INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CONSOLIDATED CANADIAN CONTRACTORS INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald JJ.A.—Toronto, June 3; Ottawa, September 29, 1998.

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 3 juin; Ottawa, 29 septembre 1998.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Taxpayer building contractor using “zero rated” supplies — Supplies not GST exempt as part of entire construction project, not acquired by taxpayer as agent for school boards — T.C.C. finding in favour of Minister but setting aside 6% penalty as due diligence exercised by taxpayer in attempting to ascertain correct amount of GST — Whether “due diligence” defence available to persons subject to automatic penalty for failing to remit correct amount of GST under Excise Tax Act, s. 280 — S. 280 administrative penalty — Mens rea, strict liability, absolute liability offences distinguished — Administrative penalties giving rise to strict, absolute liability — Patent unfairness not sufficient reason to imply due diligence defence under s. 280 — Implied due diligence not contrary to legislative scheme, purposes underlying s. 280.*

*Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — La contribuable qui est une entreprise de construction utilisait des fournitures «détaxées» — Ces fournitures n'étaient pas exemptées de la TPS puisqu'elles étaient partie intégrante du projet de construction tout entier et que la contribuable ne les avait pas acquises en qualité de représentante des commissions scolaires intéressées — La C.C.I. s'est prononcée en faveur du ministre mais a infirmé la pénalité de 6 p. 100 par ce motif que la contribuable avait fait raisonnablement diligence pour essayer de calculer le montant exact de TPS — Il échet d'examiner si le moyen de défense de la «diligence raisonnable» peut être invoqué par quelqu'un frappé d'une pénalité automatique pour défaut de verser le montant correct de TPS conformément à l'art. 280 de la Loi sur la taxe d'accise — L'art. 280 prévoit une pénalité administrative — Distinction entre infraction caractérisée par l'intention coupable, infraction de responsabilité stricte et infraction de responsabilité absolue — Les pénalités administratives impliquent responsabilité absolue ou responsabilité stricte — L'iniquité flagrante n'est pas un motif suffisant pour dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable de l'art. 280 — Le moyen de défense implicite de la diligence raisonnable n'est incompatible ni avec le régime instauré par l'art. 280 ni avec les fins qui le sous-tendent.*

*Construction of statutes — Taxpayer liable for underpayment of GST, assessed for additional tax, interest, 6% penalty under Excise Tax Act, s. 280(1) — Whether implied due diligence defence available where taxpayer exercising required standard of care — Conventional interpretative principles applicable in deciding whether due diligence defence available — “Modern” approach to statutory interpretation involving contextual, purposive analysis of legislation — Relevant factors to be considered in determining whether s. 280 gives rise to strict liability — S. 280 not giving rise to absolute liability — Implied due diligence not incompatible with legislative scheme — Presumption in favour of strict liability not rebutted.*

*Interprétation des lois — La contribuable était assujettie au complément de taxe, aux intérêts courus et à une pénalité de 6 p. 100 sur le moins-payé de TPS, conformément à l'art. 280(1) de la Loi sur la taxe d'accise — Il échet d'examiner si le contribuable qui a fait diligence conformément à la norme peut tirer argument du moyen implicite de la diligence raisonnable — Les principes traditionnels d'interprétation s'appliquent pour décider si ce moyen peut être invoqué — La méthodologie «moderne» d'interprétation des lois consiste en une analyse contextuelle et téléologique du texte — Facteurs à considérer pour examiner si l'art. 280 porte responsabilité stricte — L'art. 280 ne porte pas responsabilité absolue — L'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable n'est pas incompatible avec le régime fiscal — La présomption de responsabilité stricte n'a pas été réfutée.*

*Judges and Courts — Limits of judicial discretion in statutory interpretation and policy-making role of courts — Automatic penalty for insufficient GST remittance — Whether Court may read in due diligence defence — Statutory interpretation leading to absurd result, manifest injustice undermines public confidence in, respect for, judicial system — Reason for “golden rule” as qualification to literal rule of construction — Case law on what constitutes absurdity irreconcilable at time of Canadian legal realist movement — “Golden rule” device used by judges to achieve desired result — Whether concept of absurdity extends to consequences contradicting values considered important by courts (such as principle no punishment without fault) — Fear that statutory interpretation will dissolve into judge-made law — Influence of judicial values on interpretation of tax law — Historically, courts have resisted giving effect to statutes imposing absolute liability in absence of negligence — Common law principle no punishment without fault capable of giving rise to rebuttable presumption Parliament not intending to enact absolute liability under Excise Tax Act, s. 280 — Still, Court must consider legislative context, purpose of provision — Court justified in reading in to avoid unfairness, manifest injustice if relief granted compatible with legislative scheme, not frustrating purposes — These restrictions should silence argument Court exceeding constitutional role.*

This was an application for judicial review of a Tax Court of Canada decision as to whether a “due diligence” defence is available to persons subject to an automatic penalty for failing to remit the correct amount of GST under the Excise Tax Act, and whether such a defence may be validly implied since that Act does not expressly provide for it. The respondent is a building contractor which, in the course of constructing two schools, used a number of supplies classified as “zero rated”, meaning they would be GST exempt if purchased separately. As respondent had allegedly failed to calculate the correct amount of GST payable, it was assessed for the additional tax, interest and a penalty of 6% on the underpayment as prescribed by section 280 of the Act. With respect to whether the supplies in question were GST exempt, the Tax Court Judge found in favour of the Minister, as such supplies were unquestionably part of the entire construction project and were not acquired by the respondent as agent for the school boards. However, he set aside the 6% penalty having concluded that the respondent had exercised due diligence in attempting to ascertain the correct amount of GST to be remitted to the Receiver General. The Minister conceded that the respondent had

*Juges et tribunaux — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge dans l'interprétation des lois et dans la définition des grandes orientations sociales — Pénalité automatique pour défaut de verser le montant correct de TPS — Il échet d'examiner si le juge peut dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable du texte de loi — Une interprétation qui aboutit à un résultat absurde ou à une injustice flagrante sape la confiance du public en la justice et son respect pour elle — La «règle d'or» avait pour objet de tempérer la règle d'interprétation littérale — Impossible de dégager de la jurisprudence une définition homogène d'absurdité à l'époque de l'école du réalisme juridique au Canada — La «règle d'or» était un moyen utilisé par les juges pour parvenir à un résultat voulu — Il échet d'examiner si le concept d'absurdité s'étend aux conséquences jugées indésirables parce qu'elles vont à l'encontre des valeurs que la justice tient pour importantes (tel le principe posant qu'il ne saurait y avoir sanction sans faute) — Appréhension que l'interprétation des lois ne devienne loi prétorienne — Influence des valeurs judiciaires sur l'interprétation de la loi fiscale — Par le passé, la justice a répugné à donner effet aux lois imposant la responsabilité absolue en l'absence de toute faute — Le principe posant qu'il ne peut y avoir de punition sans faute donne lieu à la présomption réfutable que le législateur entendait imposer la responsabilité stricte, et non la responsabilité absolue, par l'art. 280 de la Loi sur la taxe d'accise — La Cour est cependant tenue de considérer le contexte législatif de cette disposition ainsi que son but — Le juge est fondé à extrapoler le texte de loi pour éviter l'iniquité ou l'injustice flagrante, si le redressement accordé est compatible avec l'économie du texte et ne fait pas obstacle au but de ce dernier — Ces restrictions devraient parer à l'argument que la Cour déborde de son rôle constitutionnel.*

Recours en contrôle judiciaire contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt sur la question de savoir si le moyen de défense de la «diligence raisonnable» peut être invoqué par quelqu'un frappé d'une pénalité automatique pour défaut de verser le montant correct de TPS, ainsi qu'il y est tenu par la *Loi sur la taxe d'accise*, et si ce moyen de défense peut être valablement considéré comme implicite alors qu'il n'est pas expressément prévu dans ce texte. La défenderesse est une entreprise de construction qui avait utilisé, dans la construction de deux écoles, un certain nombre de fournitures «détaxées», c'est-à-dire des fournitures qui seraient exemptes de TPS si elles étaient achetées à part. Comme elle n'aurait pas calculé le montant correct de TPS exigible, elle s'est retrouvée assujettie au complément de taxe, aux intérêts courus et à une pénalité de 6 p. 100 sur le moins-payé conformément à l'article 280 de la Loi. Sur la question de savoir si les fournitures en question étaient exemptées de la TPS, le juge de la Cour de l'impôt s'est prononcé en faveur du ministre puisqu'elles étaient indubitablement partie intégrante du projet de construction tout entier et que la défenderesse ne les avait pas acquises en qualité de représentante des commissions scolaires intéressées.

exercised the required standard of care but challenged the Tax Court's "jurisdiction" to relieve registrants of penalties imposed under section 280 on the basis of an implied due diligence defence. Both the Tax Court Judge and the Minister relied upon the Supreme Court of Canada decision in *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, which involved the application of the due diligence defence in the context of a "regulatory offence". Four issues were raised herein: (1) whether the application of the due diligence defence is restricted to strict liability offences; (2) whether the concept of strict liability should be extended to administrative penalties; (3) whether manifest unfairness is a sufficient ground for implying the due diligence defence; (4) whether section 280 of the Act gives rise to strict or absolute liability.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Section 280 of the *Excise Tax Act* is not a regulatory offence, but an administrative penalty. In *Sault Ste. Marie* the Supreme Court of Canada was asked the basic question of whether Canadian law should embrace the concept of strict liability offences at all. To answer that question, it recognized three categories of offences. The first consists of offences which are criminal "in the true sense" and in which *mens rea* must be proved by the prosecution. The second consists of strict liability offences, such as public welfare or regulatory offences, for which there is no need to prove *mens rea*, but where it is open to an accused to prove that he exercised reasonable care. The third category consists of absolute liability offences in which it is not open to an accused to establish that he was "free of fault". The true precedential significance of *Sault Ste. Marie* lies in the fact that it recognizes strict liability offences for which the defence of due diligence is available, without saying that the defence of due diligence could be invoked only if a public welfare or regulatory offence is involved. Therefore, it was open to this Court to determine whether the defence of due diligence may, as a matter of principle, be raised in the context of administrative penalties.

(2) The *Sault St. Marie* case stands for the proposition that due diligence is a legitimate defence in the context of a public welfare offence, but does not say whether administrative penalties entail absolute or strict liability. There is no common law rule that would disallow a due diligence defence with respect to administrative penalties, and no

sées. Cependant, il a infirmé la pénalité de 6 p. 100 après avoir conclu que la défenderesse avait fait raisonnablement diligence pour essayer de calculer le montant exact de TPS à verser au receveur général. Le ministre reconnaît que la défenderesse a fait diligence conformément à la norme, mais conteste la «compétence» qu'assume la Cour de l'impôt pour exonérer des inscrits de la pénalité prévue à l'article 280 en y voyant une disposition portant implicitement moyen de défense de la diligence raisonnable. Le juge de la Cour de l'impôt et le ministre invoquent l'une et l'autre la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, où il était question de ce moyen de défense dans le contexte d'une «infraction en matière réglementaire». Il se pose quatre questions en l'espèce, savoir: 1) si le moyen de défense de la diligence raisonnable est limité aux infractions de responsabilité stricte; 2) s'il faut étendre le concept de responsabilité stricte aux pénalités administratives; 3) si l'iniquité manifeste est un motif suffisant pour conclure à l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable; 4) si l'article 280 de la Loi porte responsabilité stricte ou responsabilité absolue.

*Arrêt*: le demandeur doit être débouté de son recours.

1) L'article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise* ne prévoit pas une infraction en matière réglementaire, mais une pénalité administrative. Dans *Sault Ste-Marie*, la Cour suprême du Canada était appelée à se prononcer sur la question fondamentale de savoir si le concept d'infraction de responsabilité stricte devait être adopté en droit canadien. Pour répondre à cette question, elle a pris acte de trois catégories d'infractions. La première comprend les infractions criminelles «dans le vrai sens du mot», à l'égard desquelles la poursuite doit prouver l'intention coupable. La deuxième consiste en infractions de responsabilité stricte, telles les infractions contre le bien-être public ou en matière réglementaire, à l'égard desquelles il n'est pas nécessaire d'établir l'intention coupable, mais l'accusé peut se disculper par la preuve de la diligence raisonnable. La troisième catégorie est celle des infractions de responsabilité absolue, à l'égard desquelles l'accusé n'est pas recevable à prouver qu'il «n'a commis aucune faute». La véritable valeur jurisprudentielle de la décision *Sault Ste-Marie* tient à ce qu'elle reconnaît l'existence des infractions de responsabilité stricte, susceptibles de réfutation par le moyen de défense de la diligence raisonnable, sans limiter celui-ci aux infractions contre le bien-être public ou en matière réglementaire. Il est donc loisible à cette Cour de décider si, sur le plan des principes, ce moyen de défense peut être opposé aux pénalités administratives.

2) La jurisprudence *Sault Ste-Marie* pose que la diligence raisonnable représente un moyen de défense valide dans le contexte des infractions contre le bien-être public, mais ne dit pas si les pénalités administratives impliquent responsabilité absolue ou responsabilité stricte. Il n'y a aucune règle de common law qui exclut ce moyen de défense face aux

valid basis for maintaining absolute liability for all administrative penalties. There is no evidence that absolute liability has the effect of causing adherence to a higher standard of care or that recognition of a due diligence defence would lead to inefficiency in the enforcement of legislation. Administrative penalties may give rise to either strict or absolute liability. In deciding whether a due diligence defence is available in any one case, the application of conventional interpretative principles cannot be avoided.

(3) The question of whether it is permissible to read in the due diligence defence on the sole ground that its absence conflicts with our understanding of fundamental justice is of paramount importance because it brings into issue the limits of judicial discretion in the interpretation of statutes and the policy-making role of courts. Since an interpretation which leads to an absurd result or manifest injustice undermines public confidence in and respect for the judicial system, it is understandable why the literal rule of construction was, with the passage of time, qualified by the "golden rule" which directs that the grammatical and ordinary sense of words need not be adhered to if their meaning leads to a "repugnance" or "inconsistency" with the rest of the instrument, or to an "absurdity". Applying the golden rule of interpretation herein, the issue was whether the lack of a due diligence defence qualified as an "absurdity", that is whether the manifest unfairness which results from imposing a penalty on a registrant, despite having taken all reasonable measures to avoid it, is a sufficient reason for importing a due diligence defence into the *Excise Tax Act*. It has been said that, at the height of the legal realist movement in Canada, the case law as to what constituted an absurdity was incapable of reconciliation. The golden rule was said then to have been employed by judges as a device to achieve a desired result. More recently, it has been suggested that the concept of absurdity has been extended to consequences thought to be undesirable as contradicting values considered important by courts. The underlying fear is that the line between statutory interpretation and policy-making will disappear and that statutory interpretation will dissolve into judge-made law. Tax law provides an illustration of the influence of judicial values upon the interpretative process. Lord Tomlin's comment in *Inland Revenue Commissioner v. Westminster (Duke of)* to the effect that a taxpayer is free to arrange his affairs so as to minimize tax liability, has had a lasting impact upon the law relating to tax avoidance. The judicial value being challenged is the general right of persons not to be punished without fault, which is consistent with the common law principle that there should be no liability without fault. Patent unfairness is not a sufficient reason to import a due diligence defence into section 280 of the *Excise Tax Act*. It was the Court's responsibility to consider the legislative context surrounding that provision and its purpose. To extend relief solely on

pénalités administratives, et rien ne permet de dire que toutes les sanctions administratives impliquent responsabilité absolue. Rien ne prouve que la responsabilité absolue tende à forcer l'observation d'une norme plus élevée de diligence, ou que la reconnaissance du moyen de défense de la diligence raisonnable conduise à l'inefficacité dans l'application de la réglementation. Les pénalités administratives peuvent impliquer soit responsabilité stricte soit responsabilité absolue. Pour décider si le moyen de défense de la diligence raisonnable est recevable dans un cas donné, on ne saurait éviter l'application des principes d'interprétation traditionnels.

3) La question de savoir s'il est possible de dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable du texte par ce seul motif que son absence même s'oppose à notre conception de la justice fondamentale, est une question primordiale parce qu'elle met en jeu les limites du pouvoir discrétionnaire du juge dans l'interprétation des lois et son rôle dans la définition des grandes orientations sociales. Une interprétation qui aboutit à un résultat absurde ou à une injustice flagrante sape la confiance du public en la justice et son respect pour elle; c'est pourquoi la règle d'interprétation littérale a été tempérée au fil du temps par la «règle d'or», qui pose qu'il ne faut pas s'en tenir au sens grammatical et ordinaire des mots si leur signification marque une «contradiction» ou «incompatibilité» avec le reste du texte, ou encore produit une «absurdité». Par application de la règle d'or d'interprétation aux faits de la cause, il s'agit de savoir si le déni du moyen de défense de la diligence raisonnable peut être qualifié d'«absurdité», c'est-à-dire si l'iniquité flagrante qui résulte de l'application d'une pénalité lors même que l'inscrit a pris toutes les mesures raisonnables pour ne pas l'encourir, est un motif suffisant pour dégager ce moyen de défense de la *Loi sur la taxe d'accise*. Un auteur a fait observer qu'à l'apogée de l'école du réalisme juridique au Canada, il était impossible de dégager de la jurisprudence une définition homogène d'absurdité. Et que la règle d'or n'était qu'un simple moyen utilisé par les juges pour parvenir à un résultat voulu. Plus récemment, un autre auteur pense que le concept d'absurdité s'est étendu aux conséquences jugées indésirables parce qu'elles vont à l'encontre des valeurs que la justice tient pour importantes. L'appréhension sous-jacente est que la ligne de démarcation entre interprétation et décision politique ne disparaisse et que l'interprétation des lois ne devienne loi prétorienne. La loi fiscale est une illustration de l'influence qu'exercent les valeurs judiciaires sur le processus d'interprétation. L'observation faite par lord Tomlin dans *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, savoir que le contribuable a le droit d'arranger ses affaires de façon à réduire au minimum l'impôt qu'il a à payer, a eu une influence durable sur les règles en matière d'évasion fiscale. La valeur judiciaire en cause est le droit général de l'individu de ne pas être puni s'il n'a pas commis de faute, lequel droit est dans le droit fil du principe de common law qu'il ne saurait y avoir sanction en l'absence de toute faute. L'iniquité

grounds of unfairness would disregard the approach taken in *Sault Ste. Marie* and would be tantamount to declaring that all administrative penalties are subject to a due diligence defence provided that judges can identify a perceived “injustice”.

(4) The “modern” approach to statutory interpretation adopted by the Supreme Court of Canada involves a contextual and purposive analysis of legislation. The principle that there is to be no punishment without fault translates into a rebuttable presumption that Parliament intended strict rather than absolute liability. While rejecting the idea that unfairness or manifest injustice is a sufficient reason for implying a due diligence defence, a court is justified in reading words into an Act to avoid such a result, if it can be shown that the relief being granted is compatible with the legislative scheme and neither frustrates nor undermines its purposes. These restrictions should silence any argument that the Court is acting outside its constitutional role. There are four relevant factors to be considered in determining whether section 280 gives rise to strict liability. The language of the statute is the first consideration in determining whether an offence should be categorized as a *mens rea*, strict liability or absolute liability offence. *Mens rea* offences are usually qualified by words such as “wilfully” or “knowingly” as in the criminal context. S. 280 does not use the type of precise and explicit language expected of a provision entailing absolute liability. The second factor is the importance of the penalty and its impact on registrants. When examining this factor, attention must be paid to the consequences to the registrant, as opposed to its significance to the Minister in terms of administering the *Excise Tax Act*. The amounts involved are substantial to the thousands of small businesses which act as agents of the Crown in collecting and remitting the tax. Therefore, the impact of a section 280 penalty on registrants could not be characterized as inconsequential. The third factor is the subject matter of the legislation, the purpose of section 280. The proposition that a due diligence defence will lead to a breakdown in the administration of the *Excise Tax Act* was untenable. A penalty and due diligence defence should have no impact on those who are already “conscientious”. On the other hand, it is doubtful whether some registrants will consciously decide to remain indifferent to their legal obligations under the *Excise Tax Act* because they know that due diligence may be pleaded as a defence. There were no persuasive grounds for holding that an implied due diligence defence undermines the incentive goals of section 280. The last factor is the regulatory framework. The thrust of the Minister’s argument was that the due diligence defence is incompatible with the overall scheme of the *Excise Tax Act*.

flagrante n’est pas un motif suffisant pour dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable de l’article 280 de la *Loi sur la taxe d’accise*. La Cour a cependant pour responsabilité de considérer le contexte législatif de cette disposition ainsi que son but. D’accorder l’exonération pour cause d’iniquité uniquement reviendrait à écarter l’approche prescrite par *Sault Ste-Marie* et à poser que toutes les pénalités administratives peuvent être combattues par le moyen de défense de la diligence raisonnable, pourvu que le juge puisse identifier l’«injustice» ressentie.

4) La méthodologie «moderne» d’interprétation des lois, qu’a adoptée la Cour suprême du Canada, consiste en une analyse contextuelle et téléologique du texte. Le principe posant qu’il ne peut y avoir de punition sans faute donne lieu à la présomption réfutable que le législateur entendait imposer la responsabilité stricte, et non la responsabilité absolue. Tout en rejetant l’idée que l’iniquité ou l’injustice flagrante est un motif suffisant pour conclure à l’existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable, le juge est fondé à extrapoler le texte de loi pour éviter le même résultat, s’il peut être prouvé que le redressement accordé est compatible avec l’économie du texte et ne fait pas obstacle au but de ce dernier. Ces restrictions devraient parer à tout argument potentiel que la Cour déborde de son rôle constitutionnel. Quatre facteurs entrent en ligne de compte pour examiner si l’article 280 porte responsabilité stricte. La formulation du texte de loi est le premier facteur à considérer pour juger si l’infraction doit être classée comme infraction nécessitant la preuve de l’intention coupable, infraction de responsabilité stricte ou infraction de responsabilité absolue. Les infractions caractérisées par l’intention coupable sont normalement qualifiées par les termes «intentionnellement» ou «sciemment», comme dans le contexte criminel. L’article 280 n’emploie pas le langage précis et explicite qu’on trouve normalement dans une disposition portant responsabilité absolue. Le deuxième facteur est la gravité de la peine et ses effets sur les inscrits. Dans l’examen de ce facteur, il faut s’attacher aux conséquences qui en découlent pour l’inscrit, et non à l’importance qu’elle représente pour le ministre pour ce qui est de l’administration de la *Loi sur la taxe d’accise*. Les sommes en jeu sont substantielles pour les milliers de petites entreprises qui font fonction de mandataires de la Couronne pour percevoir et remettre cette taxe. On ne peut donc dire que la pénalité prévue à l’article 280 n’ait guère d’effets sur les inscrits. Le troisième facteur est l’objet de la législation, le but de l’article 280. L’argument que la reconnaissance du moyen de défense de la diligence raisonnable entraînera l’effondrement de l’administration de la *Loi sur la taxe d’accise* n’est pas fondé. Ni la pénalité ni l’existence de ce moyen de défense ne doit avoir d’effet sur ceux qui sont déjà «conscientieux». Par contre, il est douteux que certains inscrits décident sciemment de ne pas se soucier des obligations qu’ils tiennent de la *Loi sur la taxe d’accise* parce qu’ils savent qu’ils ont à leur disposition le moyen de

The outcome of this case hinged on whether an implied due diligence defence is compatible with the Minister's statutory right to waive penalties under section 281.1 of the Act. By reading in a due diligence defence, the Tax Court was not actually waiving the 6% penalty. Rather, it was granting registrants the opportunity to exculpate themselves by demonstrating that they have exercised reasonable care in attempting to ascertain the correct amount of GST owing. If registrants fail to meet the required standard of care, they remain liable to pay the penalty. Thus, there are substantive differences between an implied due diligence defence and the Minister's statutory right to waive penalties. If the Minister chooses to circumscribe his discretion by not recognizing a due diligence defence under section 280, it is open to this Court to imply such defence. Thus, the Minister's right to waive penalties under section 281.1 of the *Excise Tax Act* does not conflict with an implied due diligence defence. Section 280 of the Act does not give rise to absolute liability. An implied due diligence defence is neither incompatible with the legislative scheme, nor does it frustrate or undermine the purposes underlying that scheme. The presumption in favour of strict liability has not been rebutted.

défense de la diligence raisonnable. Il n'y a aucun motif convaincant pour conclure que l'existence implicite de ce moyen fait échec à la fonction incitative de l'article 280. Le dernier facteur est le cadre réglementaire. L'idée maîtresse de l'argumentation du ministre est que le moyen de défense de la diligence raisonnable est incompatible avec l'économie générale de la *Loi sur la taxe d'accise*. L'issue de l'affaire en instance dépend de la question de savoir si la reconnaissance de l'existence implicite de ce moyen de défense est compatible avec le pouvoir que le ministre tient de l'article 281.1 de renoncer aux pénalités prévues par la Loi. En dégageant de la loi l'existence de ce moyen de défense, la Cour de l'impôt n'écarte pas la pénalité de 6 p. 100. Elle ne fait que donner aux inscrits la possibilité de se disculper en démontrant qu'ils ont fait raisonnablement diligence pour calculer le montant de TPS à verser. Faute par eux d'avoir observé la norme de diligence, ils seront toujours tenus à la pénalité. Il y a donc une différence de nature entre la reconnaissance de l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable et le pouvoir que le ministre tient de la loi de renoncer à la pénalité. Si le ministre choisit de circonscrire l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de reconnaître l'existence de ce moyen de défense dans le contexte de l'article 280, il est loisible à la Cour d'en dégager l'existence implicite. Ainsi donc, le pouvoir que le ministre tient de l'article 281.1 de la *Loi sur la taxe d'accise* pour renoncer à la pénalité ne présente ni contradiction ni incompatibilité avec le moyen de défense implicite de la diligence raisonnable. L'article 280 de la Loi ne porte pas responsabilité absolue. Le moyen de défense implicite de la diligence raisonnable n'est pas incompatible avec le régime fiscal en question; il ne fait pas échec aux fins qui sous-tendent ce dernier. La présomption de responsabilité stricte n'a pas été réfutée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 19.  
*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-13, ss. 124 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 11), 280 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 126; 1997, c. 10, s. 235), 281.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 27, s. 127), 285 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 298(1) (as enacted *idem*; S.C. 1993, c. 27, s. 131; 1997, c. 10, ss. 79, 238), 323 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1992, c. 27, s. 90; 1997, c. 10, s. 239), 327 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 329 (as enacted *idem*).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Suppl.), c. 1, s. 163(2) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VII, s. 17; c. 8, s. 26; 1995, c. 3, s. 48; 1996, c. 21, s. 43).  
*Ontario Water Resources Commission Act (The)*, R.S.O. 1970, c. 332, s. 32(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 163(2) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VII, art. 17; ch. 8, art. 26; 1995, ch. 3, art. 48; 1996, ch. 21, art. 43).  
*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-13, art. 124 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 11), 280 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 126; 1994, ch. 9, art. 21; 1997, ch. 10, art. 235), 281.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 27, art. 127), 285 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), 298(1) (édicte, *idem*; L.C. 1993, ch. 27, art. 131; 1997, ch. 10, art. 79, 238), 323 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1992, ch. 27, art. 90; 1997, ch. 10, art. 239), 327 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), 329 (édicte, *idem*).  
*Ontario Water Resources Commission Act (The)*, R.S.O. 1970, ch. 332, art. 32(1).

## CASES JUDICIAALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295.

## APPLIED:

*Pillar Oilfield Projects Ltd. v. The Queen* (1993), 2 GTC 1005 (T.C.C.); *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

## CONSIDERED:

*R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44; (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 201; 100 C.C.C. (3d) 353; 41 C.R. (4th) 201; 13 M.V.R. (3d) 145; 186 N.R. 81; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

## REFERRED TO:

*Locator of Missing Heirs Inc. v. The Queen* (1997), 5 GTC 7167; 212 N.R. 391 (F.C.A.); *A-G Canada v. 770373 Ontario Limited* (1997), 5 GTC 7030 (F.C.A.); *Locator of Missing Heirs Inc. v. Canada*, [1995] T.C.J. No. 1304 (QL); *R. v. Sault Ste. Marie (City of)* (1976), 13 O.R. (2d) 113 (C.A.); *R. v. Nickel City Transport (Sudbury) Ltd.* (1993), 47 M.V.R. (2d) 20 (Ont. C.A.); *Abley v. Dale* (1851), 11 C.B. 378; 138 E.R. 519 (C.P.); *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 61; 10 E.R. 1216 (H.L.); *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; 144 D.L.R. (3d) 21; 116 A.P.R. 201; 7 C.R.R. 46 (C.A.); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); affd [1994] 3 S.C.R. 1100; (1994), 176 N.R. 1; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; (1998), 159

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION SUIVIE:

*R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pillar Oilfield Projects Ltd. c. La Reine* (1993), 2 GTC 1005 (C.C.I.); *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44; (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 201; 100 C.C.C. (3d) 353; 41 C.R. (4th) 201; 13 M.V.R. (3d) 145; 186 N.R. 81; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Locator of Missing Heirs Inc. c. La Reine* (1997), 5 GTC 7167; 212 N.R. 391 (C.A.F.); *P-G Canada c. 770373 Ontario Limited* (1997), 5 GTC 7030 (C.A.F.); *Locator of Missing Heirs Inc. c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 1304 (QL); *R. v. Sault Ste. Marie (City of)* (1976), 13 O.R. (2d) 113 (C.A.); *R. v. Nickel City Transport (Sudbury) Ltd.* (1993), 47 M.V.R. (2d) 20 (C.A. Ont.); *Abley v. Dale* (1851), 11 C.B. 378; 138 E.R. 519 (C.P.); *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 61; 10 E.R. 1216 (H.L.); *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; 144 D.L.R. (3d) 21; 116 A.P.R. 201; 7 C.R.R. 46 (C.A.); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; (1994), 176 N.R. 1; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; (1997), 148 D.L.R. (4th) 1; 97 DTC 5363; 213 N.R. 81; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; (1998), 159

D.L.R. (4th) 457; 98 DTC 6334; 225 N.R. 241; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; (1998), 159 D.L.R. (4th) 1; 98 DTC 6297; 225 N.R. 190; *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.); *Great Western Ry. Co. v. Mostyn (Owners of SS.)*, [1928] A.C. 57 (H.L.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; (1989), 59 D.L.R. (4th) 218; [1989] 4 W.W.R. 137; 36 B.C.L.R. (2d) 185; 96 N.R. 1; 2 T.C.T. 4170; *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279; (1996), 97 DTC 5051; 206 N.R. 386 (C.A.); *Metro Exteriors Ltd. v. Canada*, [1995] T.C.J. No. 1302 (QL); *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941; (1989), 78 Nfld. & P.E.I.R. 315; 51 C.C.C. (3d) 1; 72 C.R. (3d) 1; 17 M.V.R. (2d) 161; 101 N.R. 161.

D.L.R. (4th) 457; 98 DTC 6334; 225 N.R. 241; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; (1998), 159 D.L.R. (4th) 1; 98 DTC 6297; 225 N.R. 190; *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.); *Great Western Ry. Co. v. Mostyn (Owners of SS.)*, [1928] A.C. 57 (H.L.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; (1989), 59 D.L.R. (4th) 218; [1989] 4 W.W.R. 137; 36 B.C.L.R. (2d) 185; 96 N.R. 1; 2 T.C.T. 4170; *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279; (1996), 97 DTC 5051; 206 N.R. 386 (C.A.); *Metro Exteriors Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 1302 (QL); *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941; (1989), 78 Nfld. & P.E.I.R. 315; 51 C.C.C. (3d) 1; 72 C.R. (3d) 1; 17 M.V.R. (2d) 161; 101 N.R. 161.

## AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 GST Memorandum 500-3-2-1. *Assessments and Penalties-Cancellation or Waiver of Penalties and Interest*. March 14, 1994.  
 Sherman, David M. *Canada GST Service*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.  
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Technical Information Bulletin B-074. *Guidelines for the Reduction of Penalty and Interest in "Wash Transaction" Situations*. November 28, 1994.  
 Willis, John "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

APPLICATION for judicial review of a Tax Court of Canada decision ((1997), 5 GTC 1074) that the respondent had exercised due diligence in attempting to ascertain the correct amount of GST to be remitted to the Receiver General and that the 6% penalty prescribed by subsection 280(1) of the *Excise Tax Act* should be set aside. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Harry Erlichman* and *Kevin G. Dias* for applicant.  
*Nick Chitilian* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

## DOCTRINE

Bulletin d'information technique B-074. *Lignes directrices visant la réduction des pénalités et des intérêts dans les cas d'«opération sans effet fiscal»*. 28 novembre 1994.  
 Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Mémoire sur la TPS 500-3-2-1. *Annulation ou renonciation-Pénalités et intérêts*. 14 mars 1994.  
 Sherman, David M. *Canada GST Service*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.  
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Willis, John «Statute Interpretation in a Nutshell» (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

DEMANDE de contrôle judiciaire contre la décision ((1997), 5 GTC 1074) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a jugé que la défenderesse avait fait raisonnablement diligence pour essayer de calculer le montant exact de TPS à verser au receveur général et a infirmé de ce fait la pénalité de 6 p. 100 prévue au paragraphe 280(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Harry Erlichman* et *Kevin G. Dias* pour le demandeur.  
*Nick Chitilian* pour la défenderesse.

## AVOCAT INSCRIT AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

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

[1] ROBERTSON J.A.: This judicial review application brings into issue the limits of judicial discretion in the interpretation of statutes and the policy-making role of courts. Specifically, we have been asked to determine whether a “due diligence” defence is available to persons otherwise subject to an automatic penalty for failing to remit the correct amount of goods and services tax (GST), as required under the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15]. As that Act does not expressly provide for such a defence, the issue turns on whether it may be validly implied.

#### Legal and factual background

[2] At the centre of the controversy is Judge Bowman’s influential decision in *Pillar Oilfield Projects Ltd. v. The Queen* (1993), 2 GTC 1005 (T.C.C.), in which he held that it would be contrary to the principles of “fundamental justice” and “fairness” to withhold the right to plead due diligence with regard to penalties imposed under section 280 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 126; 1997, c. 10, s. 235] of the *Excise Tax Act*. In support of that conclusion, Judge Bowman turned to the Supreme Court’s seminal decision in *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299. He also expressed frustration at the lack of a due diligence defence in the following manner (at page 1009):

That a person should be susceptible of being penalized administratively by a public servant without any possibility of exculpating himself by demonstrating due diligence is not only extraordinary. It is abhorrent. It is no less abhorrent because it is mechanically and routinely imposed by anonymous revenue officials and therefore qualifies for the essentially meaningless rubric “administrative” rather than “criminal”. A punishment is a punishment. Neither its nature nor its effect is tempered by the use of palliative modifiers.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La présente demande de contrôle judiciaire pose la question des limites du pouvoir discrétionnaire des tribunaux judiciaires en matière d’interprétation des lois et de leur rôle dans la définition des grandes orientations. Plus spécifiquement, la Cour est appelée à décider si le moyen de défense de la «diligence raisonnable» peut être invoqué par quelqu’un frappé d’une pénalité automatique pour défaut de verser le montant correct de la taxe sur les produits et services (TPS), ainsi qu’il y est tenu par la *Loi sur la taxe d’accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15]. Étant donné que cette loi ne prévoit pas expressément pareil moyen de défense, il échet d’examiner si celui-ci peut être valablement considéré comme implicite.

#### Les faits de la cause et la loi applicable

[2] Au cœur du débat figure la décision *Pillar Oilfield Projects Ltd. c. La Reine* (1993), 2 GTC 1005 (C.C.I.), décision fort influente dans laquelle le juge Bowman a conclu qu’il serait contraire aux principes de «justice fondamentale» et d’«équité» de dénier le droit de faire valoir la diligence raisonnable pour se défendre contre la pénalité prévue à l’article 280 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 126; 1994, ch. 9, art. 21; 1997, ch. 10, art. 235] de la *Loi sur la taxe d’accise*. À l’appui de cette conclusion, il a cité la jurisprudence *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, de la Cour suprême. Il a aussi exprimé en ces termes sa frustration face à l’absence du moyen de défense de la diligence raisonnable (à la page 1009):

Il est non seulement exceptionnel, mais révoltant qu’une personne puisse être pénalisée administrativement par un fonctionnaire sans avoir l’occasion de se disculper en établissant la diligence raisonnable. Ce n’est pas moins révoltant parce que la pénalité est imposée mécaniquement et systématiquement par des agents du fisc anonymes, et est donc apte à être classée sous la rubrique «administrative», terme essentiellement vide de sens, plutôt que sous la rubrique «pénale». Une peine est une peine. L’emploi de modificatifs lénifiants n’atténue ni sa nature ni son effet.

[3] The validity of the due diligence defence has been raised in this Court on two previous occasions: see *Locator of Missing Heirs Inc. v. The Queen* (1997), 5 GTC 7167 (F.C.A.) and *A-G Canada v. 770373 Ontario Limited* (1997), 5 GTC 7030 (F.C.A.). In both instances this Court found it unnecessary to decide the issue that is now squarely before us.

[4] A survey of the voluminous case law in the Tax Court on this issue reveals that *Pillar Oilfield* has been widely approved. Fourteen judges have accepted the right of persons to plead the due diligence defence, while only three have ruled to the contrary. Three other judges remain uncommitted, having found it unnecessary to decide the matter in the particular cases before them: see D. M. Sherman, *Canada GST Service* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1998), at pages 280-105 to 280-108.

[5] A comparison of the approach taken under the *Excise Tax Act* with that mandated under the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] may help to explain the high level of support in the Tax Court for the recognition of a due diligence defence. A person (or "registrant") who fails to collect and remit the exact amount of GST owing is obligated to pay the amount of any underpayment, together with interest thereon, calculated from the date the proper amount was due until the date it is paid. In this respect the *Excise Tax Act* is no different than the scheme imposed under the *Income Tax Act* and, in both instances, there is no room for complaint by either registrants or taxpayers. The Receiver General receives the amount that should have been remitted. However, when it comes to the problem of underpayment, these two Acts differ in one material respect. The *Excise Tax Act* imposes a further burden on registrants. In addition to the payment of interest, section 280 of that Act requires registrants to pay a 6% penalty on the amount of the underpayment of GST. By contrast, the *Income Tax Act* does not automatically prescribe a penalty for miscalculation and underpayment of tax. Only where a taxpayer knowingly makes an omission or is grossly negligent will he or she be subject to a

[3] La Cour a été saisie à deux reprises de la question de la validité du moyen de défense de la diligence raisonnable, dans *Locator of Missing Heirs Inc. c. La Reine* (1997), 5 GTC 7167 (C.A.F.), et *P-G Canada c. 770373 Ontario Limited* (1997), 5 GTC 7030 (C.A.F.). Dans l'une et l'autre causes, elle n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur cette question, laquelle constitue justement le point litigieux en l'espèce.

[4] Il ressort d'une recension de la volumineuse jurisprudence de la Cour de l'impôt en la matière que le précédent *Pillar Oilfield* a été largement suivi. Quatorze juges de cette juridiction ont conclu au droit d'invoquer la diligence raisonnable, trois seulement sont contre. Trois autres n'ont pas pris position, ayant conclu qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer là-dessus dans la cause dont ils étaient respectivement saisis; voir D. M. Sherman, *Canada GST Service* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1998), aux pages 280-105 à 280-108.

[5] On peut, en comparant l'approche adoptée pour l'application de la *Loi sur la taxe d'accise* et celle qu'impose la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1], voir pourquoi un si grand nombre de juges de la Cour de l'impôt penchent pour la reconnaissance du moyen de défense de la diligence raisonnable. La personne (ou l'inscrit) qui ne perçoit et ne verse pas le montant correct de TPS est tenu de payer la différence avec intérêts courus de la date où cette somme est due. À cet égard, la *Loi sur la taxe d'accise* ne se démarque pas du régime instauré par la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, dans les deux cas, l'inscrit ou le contribuable doit s'exécuter sans aucune voie de recours. Le receveur général reçoit la somme qui aurait dû être versée. Pour ce qui est du moins-payé cependant, les deux Lois sont différentes sur un point majeur. La *Loi sur la taxe d'accise* impose une charge supplémentaire à l'inscrit. En sus des intérêts, l'article 280 de cette Loi prévoit une pénalité de 6 p. 100 sur le montant du moins-payé de TPS. Par contraste, la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'impose pas automatiquement une pénalité en cas de mauvais calcul et de versement insuffisant de l'impôt. Ce n'est que dans le cas où le contribuable omet sciemment de déclarer quelque chose ou fait preuve de faute lourde

penalty under subsection 163(2) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VII, s. 17; c. 8, s. 26; 1995, c. 3, s. 48; 1996, c. 21, s. 43] of that Act, which is calculated as being equal to the greater of \$100 and 50% of the amount of the underpayment.

[6] As noted earlier, the *Excise Tax Act* does not expressly provide for a due diligence defence in the context of penalties imposed under section 280. Consequently, even if a registrant were to rely on legal opinions as to whether certain goods were GST exempt, he or she would be subject to the 6% penalty as long as the Minister's assessment stands. It is evident that the imposition of even a 6% penalty can have a significant financial impact on those responsible for the collection and remittance of GST. A casual review of the jurisprudence reveals penalties ranging from \$400 to \$95,000. A typical penalty is between \$5,000 and \$20,000. In particular, smaller businesses which do not have ready access to the technical expertise needed to ensure compliance with the *Excise Tax Act* are exposed to considerable financial risks. As the general audit period for GST assessments is four years, it is possible for a significant underpayment to accrue before it is discovered by an auditor. This problem is exacerbated by the fact that both the interest and penalty are subject to "daily compounding" requirements: see section 124 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 11] and subsection 298(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 131; 1997, c. 10, ss. 79, 238] of the *Excise Tax Act*.

[7] In summary, an automatic penalty is mechanically imposed whenever the Minister's calculation of GST is greater than that of the registrant. It is within this context that the majority of Tax Court judges have supported the defence of due diligence as developed in *Pillar Oilfield*. The Minister now seeks a reversal of that decision and of the judgment below. The Minister has chosen to abandon all of the grounds raised in his notice of motion except for the validity of the due diligence defence. I turn now to a brief summary of the facts relevant to that issue.

qu'il est astreint à la pénalité prévue au paragraphe 163(2) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VII, art. 17; ch. 8, art. 26; 1995, ch. 3, art. 48; 1996, ch. 21, art. 43], laquelle est fixée à 50 p. 100 du moins-payé sans pour autant descendre au-dessous de 100 \$.

[6] Comme noté *supra*, la *Loi sur la taxe d'accise* ne prévoit pas expressément le moyen de défense de la diligence raisonnable contre la pénalité prévue à l'article 280. Il s'ensuit que même si l'inscrit se prévaut d'une consultation juridique sur la question de savoir si certaines marchandises sont exemptées de la TPS, il encourt quand même la pénalité de 6 p. 100 dans la mesure où la cotisation établie par le ministre est valide. Il va sans dire que l'application d'une pénalité, ne serait-ce que de 6 p. 100, peut avoir d'importantes conséquences financières pour ceux qui sont tenus de percevoir et de remettre la TPS. Une brève recension de la jurisprudence révèle que cette pénalité va de 400 \$ à 95 000 \$. La pénalité typique varie de 5 000 \$ à 20 000 \$. En particulier, les petites entreprises qui ne jouissent pas des services d'expert propres à assurer la stricte observation de la *Loi sur la taxe d'accise* sont exposées à des risques financiers considérables. Comme la période de vérification générale des cotisations TPS est de quatre ans, il est possible qu'un important moins-payé s'accumule avant d'être découvert par un vérificateur. Ce problème s'aggrave encore du fait que les intérêts et la pénalité se composent quotidiennement; voir les articles 124 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 11] et 298(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 131; 1997, ch. 10, art. 79, 238] de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[7] En bref, une pénalité automatique est imposée de façon mécanique chaque fois que le montant de TPS constaté par le ministre est supérieur à celui calculé par l'inscrit. C'est dans ce contexte que la majorité des juges de la Cour de l'impôt sont en faveur du moyen de défense de la diligence raisonnable, dégagé dans *Pillar Oilfield*. Le ministre attaque maintenant cette décision ainsi que le jugement de première instance en l'espèce. Il a choisi de renoncer à tous les motifs pris dans son avis de requête, sauf celui touchant la validité du moyen de défense de la diligence raisonnable. Je vais maintenant évoquer brièvement les faits de la cause.

[8] The respondent in the present appeal is a building contractor. In the course of constructing two schools, the respondent used a number of supplies which are classified as “zero rated”, meaning they would be GST exempt if they were purchased separately. For example, the respondent purchased an elevator, a zero-rated item, in the course of constructing a school. The Minister determined that because this item and other items were an integral part of the completed schools, the respondent should have calculated GST on the total price of the contract. Similarly, the Minister argued that the bonds and insurance premiums incurred by the respondent in the course of constructing the schools were services and, therefore, taxable expenses. Finally, the Minister argued, unsuccessfully, before Judge Bowman that the respondent should have included the PST paid on supplies in determining the value of the supplies for GST purposes. As the respondent had allegedly failed to calculate the correct amount of GST payable, it was assessed under the *Excise Tax Act* for the additional tax, interest and a penalty of 6% on the underpayment as prescribed by section 280, which reads in part:

**280.** (1) Subject to this section and section 281, where a person fails to remit or pay an amount to the Receiver General when required under this Part, the person shall pay on the amount not remitted or paid

- (a) a penalty of 6% per year, and
- (b) interest at the prescribed rate,

computed for the period beginning on the first day following the day on or before which the amount was required to be remitted or paid and ending on the day the amount is remitted or paid.

[9] With respect to whether the supplies in question were GST exempt, Judge Bowman found in favour of the Minister [*Consolidated Canadian Contractors v. The Queen* (1997), 5 GTC 1074 (T.C.C.)], as such supplies were unquestionably part of the entire construction project and were not acquired by the respondent as agent for the school boards. If the respondent had acted in such capacity and supplied individual goods to the schools, such supplies would have been GST exempt. However, Judge Bowman set aside the

[8] La défenderesse est une entreprise de construction. Dans le cadre de la construction de deux écoles, elle utilisait un certain nombre de fournitures «détachées», c'est-à-dire des fournitures qui seraient exemptes de TPS si elles étaient achetées à part. Par exemple, elle a acheté, pour la construction d'une école, un ascenseur qui est un article détaxé. Le ministre a conclu que, puisque cet article et d'autres faisaient partie intégrante des écoles construites, elle aurait dû calculer la TPS sur le prix total du contrat. De même, les cautionnements et primes d'assurance assumés dans la construction de ces écoles étaient des services, donc des dépenses taxables. Enfin, le ministre a soutenu en vain devant le juge Bowman que la défenderesse aurait dû inclure la TVP frappant les fournitures dans la valeur de ces dernières aux fins de calcul de la TPS. Comme la défenderesse n'aurait pas calculé le montant correct de TPS exigible, elle s'est retrouvée assujettie, par cotisation établie sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise*, au complément de taxe, aux intérêts courus et à une pénalité de 6 p. 100 sur le moins-payé conformément à l'article 280, dont voici les dispositions applicables:

**280.** (1) Sous réserve du présent article et de l'article 281, la personne qui ne verse pas un montant au receveur général au moment prévu par la présente partie est passible de la pénalité et des intérêts suivants, calculés sur ce montant pour la période commençant le lendemain du jour où le montant devait être versé et se terminant le jour du versement:

- a) une pénalité de 6 % par année;
- b) des intérêts au taux réglementaire.

[9] Sur la question de savoir si les fournitures en question étaient exemptées de la TPS, le juge Bowman s'est prononcé en faveur du ministre [*Consolidated Canadian Contractors c. La Reine* (1997), 5 GTC 1074 (C.C.I.)] puisqu'elles étaient indubitablement partie intégrante du projet de construction tout entier et que la défenderesse ne les avait pas acquises en qualité de représentante des commissions scolaires intéressées. Si celle-ci avait agi en cette qualité et les leur avait transférées telles quelles, ces fournitures

6% penalty having concluded that the respondent had exercised due diligence in attempting to ascertain the correct amount of GST to be remitted to the Receiver General. On this point, Judge Bowman made the following observations at page 1076 of his reasons:

. . . I have not seen a case recently in which a taxpayer has more amply demonstrated due diligence. He did everything that could reasonably be expected of him to ensure that the GST was properly collected and paid. He relied upon published bulletins and upon oral confirmation with officials of the Department of National Revenue.

Reiterating his position in *Pillar Oilfield and Locator of Missing Heirs Inc. v. Canada* [[1995] T.C.J. No. 1304 (QL)], Judge Bowman expressed abhorrence at the idea of penalizing innocent registrants who have demonstrated blameless conduct.

#### The issues

[10] The Minister concedes that the respondent exercised the required standard of care. What the Minister challenges is the “jurisdiction” of the Tax Court to relieve registrants of penalties imposed under section 280 of the *Excise Tax Act* on the basis of an implied due diligence defence. He cites the Supreme Court’s decision in *Sault Ste. Marie* as authority for the proposition that it cannot. That case involved the application of the due diligence defence in the context of a “regulatory offence”. In the present appeal, we are dealing with an “administrative penalty”. Given the reliance placed on *Sault Ste. Marie* by both Judge Bowman and the Minister, a full discussion of the Supreme Court’s reasoning in that case is required.

(a) Does *Sault Ste. Marie* restrict the application of the due diligence defence to strict liability offences?

[11] A principal submission of the Minister is that *Sault Ste. Marie* only allows a court to imply a due diligence defence if it identifies a public welfare or regulatory offence that qualifies as a strict liability offence. The Minister argues that the Tax Court lacks

auraient été exemptées. Cependant, le juge Bowman a infirmé la pénalité de 6 p. 100 après avoir conclu que la défenderesse avait fait raisonnablement diligence pour essayer de calculer le montant exact de TPS à verser au receveur général. Voici la conclusion qu’il a tirée à ce propos à la page 1076 des motifs de sa décision:

[. . .] je n’ai vu dernièrement aucun cas où le contribuable a fait davantage preuve de diligence raisonnable. En l’espèce, la contribuable a fait tout ce que l’on pouvait raisonnablement attendre d’elle pour que la TPS soit perçue et payée comme il se devait. Elle s’est fondée sur les bulletins publiés et sur les confirmations données de vive voix par des fonctionnaires du ministère du Revenu national.

Réitérant la conclusion qu’il avait tirée dans *Pillar Oilfield et Locator of Missing Heirs Inc. c. Canada* [[1995] A.C.I. n° 1304 (QL)], le juge Bowman a exprimé son aversion pour l’idée de pénaliser des inscrits innocents qui se sont montrés irréprochables.

#### Les points litigieux

[10] Le ministre reconnaît que la défenderesse a fait diligence conformément à la norme. Ce qu’il conteste, c’est la «compétence» qu’assume la Cour de l’impôt pour exonérer des inscrits de la pénalité prévue à l’article 280 de la *Loi sur la taxe d’accise*, en y voyant une disposition portant implicitement moyen de défense de la diligence raisonnable. Il cite à cet effet la décision de la Cour suprême dans *Sault Ste-Marie*, où il était question de ce moyen de défense dans le contexte d’une «infraction en matière réglementaire». Ce qui est en jeu en l’espèce, c’est une «pénalité administrative». Attendu que le juge Bowman et le ministre invoquent l’un et l’autre cette jurisprudence, il y a lieu d’examiner en détail le raisonnement qu’y a tenu la Cour suprême.

a) La jurisprudence *Sault Ste-Marie* limite-t-elle le moyen de défense de la diligence raisonnable aux infractions de responsabilité stricte?

[11] Un des principaux arguments du ministre est que la jurisprudence *Sault Ste-Marie* n’autorise le juge à conclure à l’existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable qu’en cas d’infraction contre le bien-être public ou en matière réglementaire,

jurisdiction to read in a due diligence defence where administrative penalties are concerned. In other words, the Minister alleges that *Pillar Oilfield* is wrongly decided. Obviously, section 280 of the *Excise Tax Act* is not a regulatory offence, but an administrative penalty. In my respectful view, however, *Sault Ste. Marie* does not stand for the proposition cited by the Minister. To gain a proper appreciation of what the Supreme Court was being asked to decide in that case, it is first necessary to outline the law as it existed prior to that decision.

[12] By the mid-nineteenth century, English courts had begun to view the common law requirement that the Crown establish *mens rea* in criminal prosecutions as an impediment to the efficient delivery of justice with respect to a number of petty police offences. In response to this concern, the judiciary gave birth to the concept of the public welfare offence in which liability was absolute, thereby relieving the Crown of the obligation to prove the requisite mental element on the part of the accused. With respect to this novel category of offences, the Crown had only to establish that the accused committed the prohibited act. Though well intentioned, the law effectively shifted from one extreme to the other. While the Crown was relieved of its evidentiary burden, the accused was unable to raise any exculpatory defence.

[13] In time, however, a movement began toward middle ground, the so-called “half-way house”, in some common law jurisdictions, most notably Australia. That development involved judicial recognition of strict liability offences in which an accused charged with a public welfare offence could raise the defence of reasonable care or due diligence. (Note that in *Sault Ste. Marie*, the terms “reasonable care” and “due diligence” are used interchangeably.) This third category of offences injected an element of flexibility into the law at the expense of certainty. To this day the legal challenge lies in distinguishing between *mens rea*, strict liability and absolute liability offences. But in *Sault Ste. Marie* the Supreme Court was asked to address a more basic question—whether Canadian law should embrace the concept of strict liability offences

reconnue infraction de responsabilité stricte. À son avis, la Cour de l'impôt n'a pas compétence pour la dégager de la loi en cas de pénalité administrative. En d'autres termes, la décision *Pillar Oilfield* a été mal jugée. À l'évidence, l'article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise* ne prévoit pas une infraction en matière réglementaire, mais une pénalité administrative. À mon avis cependant, la jurisprudence *Sault Ste-Marie* ne fonde pas la thèse du ministre. Pour bien saisir ce que la Cour suprême était appelée à décider dans cette affaire, il est nécessaire de rappeler les règles de droit qui existaient jusque là.

[12] Vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, les cours d'Angleterre avaient commencé à voir dans l'obligation en common law de prouver l'intention coupable dans les poursuites pénales, un obstacle pour l'administration efficace de la justice dans le cas de certaines contraventions de police. Par suite, elles ont dégagé le concept d'infraction contre le bien-être public, caractérisé par une présomption irréfutable de responsabilité, ce qui dispensait la Couronne de l'obligation de prouver l'intention coupable chez l'accusé. À l'égard de cette catégorie inédite d'infractions, il lui suffisait de prouver que l'accusé avait commis l'acte interdit. L'innovation était bien intentionnée, mais la règle de droit est passée d'un extrême à l'autre. La Couronne était dispensée de la charge de la preuve, mais l'accusé n'avait aucun moyen de défense pour se disculper.

[13] Subséquemment, un mouvement s'est amorcé vers un compromis dans certains pays de common law, en particulier en Australie: les tribunaux ont commencé à consacrer l'existence d'infractions de responsabilité stricte, dans lesquelles la personne poursuivie pour une infraction contre le bien-être public pouvait faire valoir la diligence raisonnable en défense (à noter que ce concept se rend par deux formules interchangeables en anglais, «*reasonable care*» et «*due diligence*», dans *Sault Ste-Marie*). Cette troisième catégorie d'infractions a injecté un élément de souplesse dans les règles de droit, aux dépens de la certitude. De nos jours, le défi juridique réside dans la distinction entre infraction caractérisée par l'intention coupable, infraction de responsabilité stricte et infraction de responsabilité absolue. Il se trouve cependant

at all.

[14] The facts of *Sault Ste. Marie* are straightforward. The City of Sault Ste. Marie was charged and convicted of a pollution offence pursuant to subsection 32(1) of *The Ontario Water Resources Commission Act*, R.S.O. 1970, c. 332. When the case reached the Ontario Court of Appeal [(1976), 13 O.R. (2d) 113], one of the two issues to be decided was whether the Crown had to establish *mens rea* on the part of the City. The Court of Appeal found that it did. The Supreme Court concluded otherwise, holding (at page 1325) that the pollution offence constituted a public welfare offence for which the Crown was relieved of the burden of establishing *mens rea*. The policy consideration which motivated the Court's finding was that, in most regulatory cases, it is virtually impossible for the Crown to satisfy that evidentiary burden. At the same time, the Supreme Court was not prepared to treat every regulatory offence as an absolute liability offence.

[15] Justice Dickson (as he then was) dealt with three policy arguments advanced by the Crown in support of a rule prescribing absolute liability for all public welfare or regulatory offences. The first was that it promotes a higher standard of performance when it is known that ignorance or mistake will not excuse persons from liability. Thus, there is an incentive for persons to take precautionary measures beyond that which would otherwise be taken. The second policy argument involved administrative efficiency. The Crown maintained that to require the prosecution to prove individual guilt for every statutory offence would frustrate the effective enforcement of regulatory legislation. Absolute liability, the Crown urged, was the most efficient method of ensuring compliance with regulatory statutes. The third argument focused on the notion that public welfare offences, by their very nature, do not carry the stigma which attaches to true criminal cases. The social

que dans *Sault Ste-Marie*, la Cour suprême était appelée à se prononcer sur une question plus fondamentale, savoir si le concept d'infraction de responsabilité stricte devait être adopté en droit canadien.

[14] Les faits de la cause *Sault Ste-Marie* sont simples. La ville de Sault Ste-Marie était poursuivie et condamnée pour pollution, en application du paragraphe 32(1) de la Loi dite *The Ontario Water Resources Commission Act*, R.S.O. 1970, ch. 332. Lorsque l'affaire fut parvenue devant la Cour d'appel de l'Ontario [(1976), 13 O.R. (2d) 113], l'un des deux points litigieux portait sur la question de savoir si la Couronne était tenue de prouver l'intention coupable de la municipalité. La Cour d'appel a répondu par l'affirmative à cette question. La Cour suprême a infirmé cette décision, concluant (en page 1325) que la pollution était une infraction contre le bien-être public, à l'égard de laquelle la Couronne était dispensée de l'obligation de prouver l'intention coupable. Le principe qui sous-tendait cette conclusion était que dans la plupart des affaires d'infraction en matière réglementaire, il était pratiquement impossible pour la Couronne de s'acquitter de pareille charge de la preuve. Mais, dans le même temps, la Cour suprême n'entendait pas voir dans toute infraction en matière réglementaire une infraction de responsabilité absolue.

[15] Le juge Dickson (tel était alors son titre) s'est attaché à trois arguments de politique générale proposés par la Couronne à l'appui de la règle prescrivant la présomption irréfragable de responsabilité pour toutes les infractions contre le bien-être public ou en matière réglementaire. Le premier est que pareille règle favorise une norme d'exécution plus élevée du moment que les gens savent que l'ignorance ou l'erreur ne sera pas une excuse. Ils sont donc encouragés à prendre des mesures de précaution au-delà de ce qu'ils auraient fait normalement. Le deuxième argument de principe concerne l'efficacité administrative. La Couronne soutient que l'obligation faite à la poursuite de prouver l'intention coupable pour chaque infraction en matière réglementaire ferait échec à l'application efficace des règlements. La présomption irréfragable de responsabilité, dit-elle, est la méthode la plus efficace de faire respecter la réglementation. Le troisième argument est centré sur l'idée que les

benefits of such legislation were said to outweigh the unfortunate result of punishing those who were free of any wrongdoing.

[16] The Supreme Court ultimately rejected these three policy arguments. First, the Supreme Court acknowledged that there is no evidence to support the belief that absolute liability offences generate adherence to a higher standard of care. If a person is already taking every reasonable precautionary measure, why would he or she be compelled to take additional measures, knowing that they will not serve as a defence in the event of a regulatory breach? The argument that absolute liability promotes administrative efficiency also carried little weight with the Supreme Court. It reasoned that, because evidence of due diligence is admissible at the sentencing stage, it makes little sense to exclude it when considering whether the regulatory breach occurred in the first place. The Supreme Court was similarly dismissive of the notion that no stigma attaches to public welfare offences, as persons charged with such offences experience legal costs, loss of time, exposure to a criminal trial and the fear of conviction.

[17] The reasons of Justice Dickson in *Sault Ste. Marie* also touch on three other matters relevant to the present case. The first is the general notion that there should be no punishment without fault, which remains a fundamental tenet of the common law. Second, he points out that the concepts of *mens rea*, absolute liability and strict liability are judicial creations. A third point is that there is merit in classifying public welfare offences as absolute liability offences where the legislation in question aims to promote public health or safety.

[18] To summarize, the Supreme Court in *Sault Ste. Marie* recognized three categories of offences. The first consists of offences in which *mens rea* must be proved by the prosecution. Offences which are criminal "in the true sense" fall within this category. The

infractions contre le bien-être public, de par leur nature même, ne sont pas infamantes comme les vrais crimes. Les bénéfices sociaux de la réglementation l'emportent sur le résultat malencontreux qu'est la punition de gens qui n'ont commis aucun crime.

[16] La Cour suprême a rejeté ces trois arguments de politique générale. En premier lieu, dit-elle, rien ne prouve que la règle des infractions de responsabilité absolue favorise l'observation d'une norme plus élevée de diligence. Si une personne prend déjà toutes les mesures de précaution raisonnables, pourquoi devrait-elle être obligée de prendre d'autres mesures encore, sachant qu'elles ne serviraient pas de moyen de défense en cas de violation de la réglementation? L'argument d'efficacité administrative n'était pas plus convaincant aux yeux de la Cour suprême. À son avis, puisque la preuve de la diligence raisonnable est admissible au stade de l'application de la peine, il n'y a pas de raison de ne pas l'examiner lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu infraction au règlement en premier lieu. La Cour suprême a également rejeté l'argument que les infractions contre le bien-être public ne sont pas infamantes, puisque les personnes poursuivies doivent payer les honoraires d'avocat, perdent de leur temps, s'exposent à un procès au criminel et à la crainte d'une condamnation.

[17] Les motifs prononcés par le juge Dickson dans *Sault Ste-Marie* touchent encore à trois autres questions ayant un rapport avec l'affaire en instance. La première est l'idée générale qu'il n'y a pas de punition sans faute, notion qui est toujours un principe fondamental de la common law. En deuxième lieu, il souligne que les concepts d'intention coupable, de responsabilité absolue et de responsabilité stricte sont des créations du droit prétorien. Enfin, on peut à juste titre classer les infractions contre le bien-être public comme infractions de responsabilité absolue lorsque la réglementation en question vise à promouvoir la santé ou la sécurité publique.

[18] Pour récapituler, la Cour suprême reconnaît dans *Sault Ste-Marie* trois catégories d'infractions. La première comprend celles à l'égard desquelles la poursuite doit prouver l'intention coupable. Les infractions criminelles «dans le vrai sens du mot»

second consists of strict liability offences for which there is no need to prove *mens rea*, but where it is open to an accused to prove that he or she exercised reasonable care. Public welfare or regulatory offences belong in this category, unless words such as “wilfully” or “with intent” are contained in the statutory provision, in which case the offence may be classified as a *mens rea* offence. The third category consists of absolute liability offences in which it is not open to an accused to establish that he or she was “free of fault”. Dickson J. outlined the analytical framework for identifying absolute liability offences at page 1326:

Offences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act. The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations in determining whether the offence falls into the third category.

[19] The Supreme Court in *Sault Ste. Marie* ultimately held that the pollution offence in question fell within the strict liability category. At page 1328, Dickson J. reasoned:

Since s. 32(1) creates a public welfare offence, without a clear indication that liability is absolute, and without any words such as “knowingly” or “wilfully” expressly to import *mens rea*, application of the criteria which I have outlined above undoubtedly places the offence in the category of strict liability.

[20] In my opinion, the true precedential significance of *Sault Ste. Marie* lies in the fact that it recognizes strict liability offences for which the defence of due diligence is available. It does not stand for the proposition that the defence of due diligence can be invoked only if a public welfare or regulatory offence is involved. That issue was not before the Supreme Court. Hence, in my view, it is open to this Court to determine whether the defence of due diligence may, as a matter of principle, be raised in the context of administrative penalties.

tombent dans cette catégorie. La deuxième consiste en infractions de responsabilité stricte à l'égard desquelles il n'est pas nécessaire d'établir l'intention coupable, mais l'accusé peut se disculper par la preuve de la diligence raisonnable. Les infractions contre le bien-être public ou en matière réglementaire se rangent dans cette catégorie, à moins que le texte applicable ne parle d'actes commis «délibérément» ou «intentionnellement», auquel cas l'infraction peut être classée comme infraction caractérisée par l'intention coupable. La troisième catégorie est celle des infractions de responsabilité absolue, à l'égard desquelles l'accusé n'est pas recevable à prouver qu'il «n'a commis aucune faute». Le juge Dickson a défini en ces termes le cadre d'analyse qui permet de relever les infractions de cette catégorie (à la page 1326):

Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie.

[19] Dans *Sault Ste-Marie*, la Cour suprême a finalement conclu que la pollution en question tombait dans la catégorie des infractions de responsabilité stricte. En page 1328, le juge Dickson a tenu le raisonnement suivant:

Vu que le par. 32(1) crée une infraction contre le bien-être public, sans indiquer clairement que la responsabilité est absolue et sans utiliser des mots comme «sciemment» ou «volontairement» qui exigent expressément la *mens rea*, l'application du critère que j'ai énoncé ci-dessus place indubitablement l'infraction dans la catégorie des infractions de responsabilité stricte.

[20] À mon avis, la véritable valeur jurisprudentielle de la décision *Sault Ste-Marie* tient à ce qu'elle reconnaît l'existence des infractions de responsabilité stricte, susceptibles de réfutation par le moyen de défense de la diligence raisonnable. Elle ne pose pas que ce moyen de défense est limité aux cas d'infraction contre le bien-être public ou en matière réglementaire. Cette question ne se posait pas devant la Cour suprême. Il est donc loisible à notre Cour de décider si, sur le plan des principes, le moyen de défense de la diligence raisonnable peut être opposé aux pénalités administratives.

(b) Should the concept of strict liability be extended to administrative penalties?

[21] In the case before us, the Minister is arguing that the principles of *Sault Ste. Marie* are only applicable to regulatory offences and, since section 280 does not qualify as a regulatory offence, no due diligence defence is available. In my view, this is too restrictive a reading of *Sault Ste. Marie*. That case stands for the proposition that due diligence is a legitimate defence in the context of a public welfare offence. It does not address whether administrative penalties entail absolute or strict liability. I know of no common law rule that would disallow a due diligence defence with respect to administrative penalties. For greater certainty, I take the position that there is no valid basis for maintaining absolute liability for all administrative penalties. I would adopt the reasons of Justice Dickson in *Sault Ste. Marie*, in which he rejected the argument that strict liability was inapplicable to regulatory offences, and apply those reasons to administrative penalties.

[22] To reiterate those reasons, there is no evidence that absolute liability has the effect of causing adherence to a higher standard of care. I am similarly unpersuaded that recognition of a due diligence defence would lead to inefficiency in the enforcement of legislation. With respect to penalties of an inconsequential nature, and cases where there is no convenient forum to determine whether due diligence has been established, absolute liability attaches according to the criteria set out in *Sault Ste. Marie*. (No one is going to accept, for example, that a due diligence is available for penalties imposed on overdue accounts payable, any more than one would expect to be able to plead due diligence with respect to parking meter violations.)

[23] I admit that there is a significant difference between regulatory offences which give rise to the possibility of incarceration, and administrative penalties which are necessarily restricted to fines. I also

b) Faut-il étendre le concept de responsabilité stricte aux pénalités administratives?

[21] En l'espèce, le ministre soutient que les principes définis par l'arrêt *Sault Ste-Marie* ne s'appliquent qu'aux infractions en matière réglementaire et que, l'article 280 n'étant pas une disposition prévoyant une telle infraction, le moyen de défense de la diligence raisonnable n'est pas recevable. Je pense qu'il s'agit là d'une interprétation trop restrictive de ce précédent. Celui-ci pose que la diligence raisonnable représente un moyen de défense valide dans le contexte des infractions contre le bien-être public. Il ne porte pas sur la question de savoir si les pénalités administratives impliquent responsabilité absolue ou responsabilité stricte. Il n'y a à ma connaissance aucune règle de common law qui exclut le moyen de défense de la diligence raisonnable face aux pénalités administratives. Pour plus de clarté, précisons que rien ne permet de dire que toutes les sanctions administratives impliquent responsabilité absolue. J'incline à faire miens les motifs prononcés par le juge Dickson dans *Sault Ste-Marie* pour rejeter l'argument que la responsabilité stricte n'a rien à voir avec les infractions en matière réglementaire, et à appliquer ce raisonnement aux pénalités administratives.

[22] Pour réitérer ces motifs, rien ne prouve que la responsabilité absolue tend à forcer l'observation d'une norme plus élevée de diligence. De même, je ne suis pas convaincu que la reconnaissance du moyen de défense de la diligence raisonnable conduise à l'inefficacité dans l'application de la réglementation. Dans les cas où la peine est bénigne, comme dans les cas où on ne sait pas trop quelle juridiction a compétence pour juger si la preuve de diligence raisonnable est faite, il y a lieu d'appliquer la responsabilité absolue conformément aux critères définis dans *Sault Ste-Marie*. (Par exemple, personne n'acceptera qu'il soit possible d'opposer la diligence raisonnable à la pénalité frappant le retard de paiement ou aux contraventions de stationnement.)

[23] Je reconnais qu'il y a une grosse différence entre les infractions en matière réglementaire qui débouchent sur une possibilité d'incarcération et les pénalités administratives qui sont nécessairement

accept that there is much less “stigma” attached to the payment of a penalty than to a conviction. Both of these factors were relevant in *Sault Ste. Marie* in deciding to recognize strict liability offences. However, I also realize that not every regulatory offence entails imprisonment. Indeed, the absence of incarceration as a penalty has not dissuaded the Supreme Court from adjudicating on whether an offence entailed strict as opposed to absolute liability: see for example *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44, where the penalty for the absolute liability offence of driving without a licence was limited to a fine of not less than \$300 and not more than \$2,000; see also *R. v. Nickel City Transport (Sudbury) Ltd.* (1993), 47 M.V.R. (2d) 20 (Ont. C.A.).

[24] In conclusion, I am of the opinion that administrative penalties may give rise to either strict or absolute liability. I am also of the view that, in deciding whether a due diligence defence is available in any one case, the application of conventional interpretative principles cannot be avoided. Thus, and as will be discussed below, the analytical framework outlined by Justice Dickson in *Sault Ste. Marie* is consistent with the “modern approach” to statutory interpretation, which involves a contextual and purposive analysis of the legislation in question.

(c) Is manifest unfairness a sufficient ground for implying the due diligence defence?

[25] Recognition of the fact that the due diligence defence may be available in cases involving administrative penalties leads to a further question: Is it permissible to read in the due diligence defence solely on the ground that its absence conflicts with our understanding of “fundamental justice” or “fairness”? While the issue appears not to have been raised in *Pillar Oilfield*, it appears that Judge Bowman assumed as much. The question is of paramount importance because it brings into issue the limits of judicial discretion in the interpretation of statutes and the policy-making role of courts. It is as relevant today as it was when the literal and golden rules of construc-

limitées aux amendes. J’accepte aussi qu’une amende n’est pas infamante comme un verdict de culpabilité en justice. Ces deux facteurs ont contribué à la reconnaissance du concept d’infraction de stricte responsabilité dans *Sault Ste-Marie*. Cependant, je vois aussi que les infractions en matière réglementaire ne sont pas toutes sanctionnées par l’emprisonnement. De fait, l’absence de peine d’emprisonnement n’a pas dissuadé la Cour suprême de juger si une infraction emporte responsabilité stricte ou responsabilité absolue; voir *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, où la peine prévue pour l’infraction de responsabilité absolue consistant à conduire une voiture sans permis était limitée à une amende de 300 à 2 000 \$; voir aussi *R. v. Nickel City Transport (Sudbury) Ltd.* (1993), 47 M.V.R. (2d) 20 (C.A. Ont.).

[24] En conclusion, je suis d’avis que les pénalités administratives peuvent impliquer soit responsabilité stricte soit responsabilité absolue. Et aussi que, pour décider si le moyen de défense de la diligence raisonnable est recevable dans un cas donné, on ne saurait éviter l’application des principes d’interprétation traditionnels. En conséquence, comme nous le verrons *infra*, le cadre d’analyse défini par le juge Dickson dans *Sault Ste-Marie* est conforme à la «méthodologie moderne» d’interprétation des lois, consistant en l’analyse contextuelle et téléologique du texte applicable.

(c) L’iniquité manifeste est-elle un motif suffisant pour conclure à l’existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable?

[25] De reconnaître que le moyen de défense de la diligence raisonnable peut être recevable face aux pénalités administratives suscite une autre question, savoir s’il est possible de dégager ce moyen du texte par ce seul motif que son absence même s’oppose à notre conception de la «justice fondamentale» ou de l’«équité». Ce point n’a pas été abordé dans *Pillar Oilfield*, mais on peut voir que telle était la présomption adoptée par le juge Bowman. Cette question est primordiale parce qu’elle met en jeu les limites du pouvoir discrétionnaire du juge dans l’interprétation des lois et son rôle dans la définition des grandes orientations sociales. Elle est tout aussi pertinente de

tion constituted the accepted model of interpretation. Allow me to explain.

[26] The “literal” or “plain meaning” rule of construction directs that if the words of the text are ambiguous on their face, then it is permissible to go beyond that immediate context to ascertain their meaning. However, “[i]f the precise words used are plain and unambiguous, . . . we are bound to construe them in their ordinary sense, even though it do lead . . . to an absurdity or manifest injustice” (*Abley v. Dale* (1851), 138 E.R. 519 (C.P.), at page 525).

[27] An interpretation which leads to an absurd result or manifest injustice undermines public confidence and respect in the judicial system. Thus, it is not difficult to understand why the literal rule of construction would, with the passage of time, be qualified by the “golden rule” which directs that the grammatical and ordinary sense of words need not be adhered to if their meaning leads to a “repugnance” or “inconsistency” with the rest of the instrument, or to an “absurdity”: see *Grey v. Pearson* (1857), 10 E.R. 1216 (H.L.), at page 1234. In short, a contextual approach has to be taken to determine whether the “plain meaning” leads to a repugnancy or inconsistency with the legislation. However, since the term “absurdity” is itself ambiguous, its use has always been a source of controversy.

[28] Applying the golden rule of interpretation to the facts of this case, the issue is whether the lack of a due diligence defence qualifies as an “absurdity”. In other words, is the manifest unfairness which results from imposing a penalty on a registrant, despite having taken all reasonable measures to avoid it, a sufficient reason for importing a due diligence defence into the *Excise Tax Act*? During the height of the legal realist movement in Canada, Professor Willis observed that it was impossible to reconcile the case law as to what constitutes an absurdity: “It is infinitely more a matter of personal opinion and infinitely more susceptible to the influence of personal prejudice” (J. Willis, “Statute Interpretation In A Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at page 13). In his estimation, the golden rule was simply a device employed by judges to

nos jours qu’au temps où l’interprétation littérale des lois puis la règle d’or avaient cours. Je m’explique.

[26] La règle d’interprétation «littérale» ou «selon le sens évident» pose que si les termes d’un texte sont ambigus, il est possible d’aller au-delà du contexte immédiat pour s’assurer de ce qu’ils signifient. Cependant, [TRADUCTION] «si les termes précis sont clairs et dénués d’équivoque, [. . .] nous sommes tenus de les interpréter selon leur sens ordinaire, quand bien même pareille interprétation conduirait [. . .] à une absurdité ou à une injustice flagrante» (*Abley v. Dale* (1851), 138 E.R. 519 (C.P.), à la page 525).

[27] Une interprétation qui aboutit à un résultat absurde ou à une injustice flagrante sape la confiance du public en la justice et son respect pour elle. Il n’est donc pas difficile de voir pourquoi la règle d’interprétation littérale a été subséquemment tempérée par la «règle d’or», qui pose qu’il ne faut pas s’en tenir au sens grammatical et ordinaire des mots si leur signification marque une «contradiction» ou «incompatibilité» avec le reste du texte, ou encore produit une «absurdité»; voir *Grey v. Pearson* (1857), 10 E.R. 1216 (H.L.), à la page 1234. En bref, il faut adopter une approche contextuelle pour juger si le «sens ordinaire» vaut contradiction ou incompatibilité avec le texte en question. Cependant, puisque le terme «absurdité» est lui-même ambigu, son emploi a toujours été source de controverse.

[28] Par application de la règle d’or d’interprétation aux faits de l’espèce, il s’agit de savoir si le déni du moyen de défense de la diligence raisonnable peut être qualifié d’«absurdité». En d’autres termes, l’iniquité flagrante qui résulte de l’application d’une pénalité lors même que l’inscrit a pris toutes les mesures raisonnables pour ne pas l’encourir, est-elle un motif suffisant pour dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable de la *Loi sur la taxe d’accise*? À l’apogée de l’école du réalisme juridique au Canada, le professeur Willis faisait observer qu’il était impossible de dégager de la jurisprudence une définition homogène d’absurdité: [TRADUCTION] «C’est indubitablement une question d’opinion personnelle, qui est indubitablement influencée par la prévention personnelle» (J. Willis, «Statute Interpretation In A Nutshell»

achieve a desired result. A half-century later, Professor Sullivan asks whether the concept of absurdity extends to “consequences that are judged to be undesirable because they contradict values or principles that are considered important by the courts”. Her question has obvious relevance to the present case because of the reliance placed on the principle that there should be no punishment without fault: see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at pages 85-86.

[29] In addressing Professor Sullivan’s question, one cannot escape the fact that the exercise of judicial discretion through the interpretation of statutes has traditionally been a source of unease. The underlying fear is that the line to be drawn between interpretation and policy making will disappear, and that statutory interpretation will dissolve into judge-made law. This contravenes our understanding of parliamentary sovereignty in which validly enacted legislation is considered paramount to judge-made law and courts are obliged to defer to the legislature’s public policy choices as expressed in the language of the statute: see Sullivan, *supra*, at page 25.

[30] I also recognize that the interpretative process is infused with judicial values which are not to be equated with the personal views of individual judges, but rather with those that the judiciary believes are shared by the general public. The concepts of individual liberty and private property, for example, continue to “inform our fundamental political arrangements—our Constitution”, and give rise to strong rebuttable presumptions in favour of individual rights: see *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), at pages 210-211, La Forest J.A. [as he then was]. I would like to stress that these presumptions underlying statutory interpretation are not simply tie-breaking rules to be applied whenever the conventional rules are found to be inadequate. Rather, they should remind draftspersons that the clearest possible language must be employed if they seek to achieve ends which are antagonistic to fundamental common law values or principles. Unless such

(1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, à la page 13). À son avis, la règle d’or n’était qu’un simple moyen utilisé par les juges pour parvenir à un résultat voulu. Un demi-siècle après, le professeur Sullivan se demande si le concept d’absurdité s’étend aux [TRADUCTION] «conséquences jugées indésirables parce qu’elles vont à l’encontre des valeurs ou des principes que la justice tient pour importants». Cette question est évidemment pertinente en l’espèce vu le principe qu’il ne saurait y avoir punition sans faute; voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1994), aux pages 85 et 86.

[29] En abordant la question posée par le professeur Sullivan, on ne peut nier que l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’interprétation des lois par les tribunaux a toujours été une source de malaise. L’appréhension sous-jacente est que la ligne de démarcation entre interprétation et décision politique ne disparaisse et que l’interprétation des lois ne devienne loi prétorienne. Pareil état des choses va à l’encontre de notre conception de la souveraineté du Parlement, savoir que la législation validement adoptée prime les règles jurisprudentielles et le juge doit déférer aux choix politiques du législateur, tels qu’ils s’expriment dans la formulation du texte de loi; voir Sullivan, *supra*, à la page 25.

[30] Je reconnais aussi que le processus d’interprétation est imprégné de valeurs judiciaires qu’il ne faut pas assimiler aux vues personnelles des juges pris individuellement, mais aux valeurs dont l’autorité judiciaire pense qu’elles sont partagées par le public. Les concepts de liberté individuelle et de propriété privée, par exemple, continuent à [TRADUCTION] «sous-tendre nos arrangements politiques fondamentaux, notre Constitution» et donnent lieu à de fortes présomptions simples de droits individuels; voir *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), aux pages 210 et 211, motifs prononcés par le juge La Forest [tel était alors son titre]. Je tiens à souligner que ces présomptions qui sous-tendent l’interprétation des lois ne sont pas que des règles d’arbitrage suprême, à appliquer quand les règles conventionnelles sont jugées insuffisantes à la tâche. Au contraire, elles doivent rappeler aux rédacteurs qu’il faut employer le langage le plus clair possible

language is crystal clear, courts are not going to go out of their way to draw inferences from legislation with respect to Parliamentary intent that would negate those values.

[31] For example, the presumption against retroactive legislation is well established and uncontroversial: see *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271. The rationale underlying this presumption was best explained by Duff J. in *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413 [at page 417], where he stated: "it would not only be widely inconvenient but a flagrant violation of natural justice to deprive people of rights acquired". (One cannot help but note at the similarity of language used by Judge Bowman in *Pillar Oilfield*.) Professor Sullivan notes that this presumption is "heavily weighted" and "difficult to rebut" (*supra*, at page 513). I agree; see *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at pages 794-798, affd [1994] 3 S.C.R. 1100.

[32] If there is any doubt as to the influence which judicial values have on the interpretative process, one need only turn to tax law. Lord Tomlin's often-cited maxim in *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at page 19, is as influential today as it was when it was written some sixty years ago. It essentially states that taxpayers are entitled to arrange their affairs so as to minimize their tax liability. Without that interpretative guideline, the law of tax avoidance would, in my view, have taken a radically different course. In other legislative settings, it is generally accepted that one cannot achieve indirectly what cannot be done directly. With respect to the Supreme Court's continuing commitment to Lord Tomlin's maxim see: *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 540; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at pages 345-346; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1

s'ils poursuivent des fins qui s'opposent aux valeurs ou principes fondamentaux de common law. À moins que la formulation ne soit claire comme l'eau de roche, le juge ne s'acharnera pas à dégager du texte une volonté du législateur qui serait la négation de ces valeurs.

[31] Par exemple, la présomption de non-rétroactivité des lois est bien établie et non controversée; voir *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271. La meilleure explication de la raison d'être de cette présomption a été donnée par le juge Duff dans *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413 [à la page 417], en ces termes: [TRADUCTION] «ce ne serait pas seulement un inconvénient général, mais encore une violation flagrante de la justice naturelle, que de priver les gens des droits acquis». (On ne peut s'empêcher de remarquer que le juge Bowman employait à peu près le même langage dans *Pillar Oilfield*.) Le professeur Sullivan note que cette présomption est «forte» et «difficile à réfuter» (*supra*, à la page 513). J'en conviens; voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), aux pages 794 à 798, confirmé par [1994] 3 R.C.S. 1100.

[32] Pour dissiper tout doute quant à l'influence qu'exercent les valeurs judiciaires sur le processus d'interprétation, il suffit de considérer la loi fiscale. La maxime, souvent citée, qu'a formulée lord Tomlin dans *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à la page 19, a autant d'influence aujourd'hui qu'elle en avait au moment où elle vit le jour il y a quelque 60 ans. Elle dit essentiellement que le contribuable a le droit d'arranger ses affaires de façon à réduire au minimum l'impôt qu'il a à payer. N'eût été ce principe d'interprétation, les règles en matière d'évasion fiscale auraient pris, à mon avis, une direction radicalement différente. Dans d'autres contextes législatifs, il est généralement reconnu qu'on ne peut pas faire indirectement ce qui ne peut se faire directement. En ce qui concerne l'observation continue par la Cour suprême de la maxime de lord Tomlin, voir *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 540; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Hickman Motors Ltd. c.*

S.C.R. 770; and compare with comments of Willis, *supra*, at pages 23-27.

[33] In the present case, the judicial value being challenged is the general right of persons not to be punished without fault, which is consistent with the common law principle that there should be no liability without fault. I hasten to point out that this is not the first time that courts have balked at giving effect to a statutory provision which on its face imposes absolute liability in the absence of negligence: see *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.) and compare with *Great Western Ry. Co. v. Mostyn (Owners of SS.)*, [1928] A.C. 57 (H.L.).

[34] This is the same value which motivated common law judges to require that *mens rea* be proven to support a criminal conviction. It also prompted the Supreme Court in *Sault Ste. Marie* to create a category of strict liability offences while continuing to preserve the common law notion of absolute liability. It comes as no surprise to me that courts are reluctant to accept a passive role in the application of penal provisions which impose a disproportionately heavy burden on persons where the legislative advantages are slight. It is the same attitude which compelled the courts of equity to provide relief from penalty and forfeiture clauses.

[35] Returning to the question of whether patent unfairness is a sufficient reason to import a due diligence defence into section 280 of the *Excise Tax Act*, I must respond in the negative. The common law principle that there should be no punishment without fault is capable of supporting the concept of strict liability in cases involving administrative penalties. It is also capable of giving rise to a rebuttable presumption that Parliament did not intend to establish absolute liability in cases involving section 280 of the *Excise Tax Act*. However, it is the Court's responsibility to consider the legislative context surrounding that provision and its purpose. After all, Parliament may

*Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, aux pages 345 et 346; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; à rapprocher de l'observation du professeur Willis, *supra*, aux pages 23 à 27.

[33] En l'espèce, la valeur judiciaire en cause est le droit général de l'individu de ne pas être puni s'il n'a pas commis de faute, lequel droit est dans le droit fil du principe de common law qu'il ne saurait y avoir sanction en l'absence de toute faute. Je m'empresse de souligner que ce n'est pas la première fois que les tribunaux ont répugné à donner effet à un texte de loi portant apparemment responsabilité absolue en l'absence de faute; voir *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), à rapprocher de *Great Western Ry. Co. v. Mostyn (Owners of SS.)*, [1928] A.C. 57 (H.L.).

[34] C'est la même valeur qui engageait les juges de common law à exiger la preuve de l'intention coupable avant de conclure à la culpabilité. C'est elle qui a engagé la Cour suprême à reconnaître, dans *Sault Ste-Marie*, l'existence des infractions de responsabilité stricte tout en préservant le concept de common law de responsabilité absolue. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les tribunaux répugnent à accepter un rôle passif dans l'application des dispositions pénales qui imposent un fardeau excessivement onéreux aux gens alors que les avantages à tirer du texte sont négligeables. C'est la même conception qui a forcé les cours d'*equity* à accorder l'exonération à l'égard de dispositions portant pénalité et confiscation.

[35] Pour en revenir à la question de savoir si l'iniquité flagrante est un motif suffisant pour dégager le moyen de défense de la diligence raisonnable de l'article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise*, je dois répondre par la négative. Le principe de common law qu'il ne saurait y avoir responsabilité sans faute peut s'accommoder du concept de responsabilité stricte en matière de pénalité administrative. Il peut aussi s'accommoder de la présomption simple que le législateur n'entendait pas imposer la responsabilité absolue dans les cas tombant sous le coup de l'article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise*. La Cour a cependant pour responsabilité de considérer le contexte

have decided to impose absolute liability on the understanding that its benefits outweighed any unfairness to registrants. To extend relief solely on grounds of unfairness would, in my view, disregard the approach taken in *Sault Ste. Marie*. It would also be tantamount to declaring that all administrative penalties are subject to a due diligence defence provided that judges can identify a perceived “injustice”. If the distinction drawn in *Sault Ste. Marie* between absolute and strict liability offences is to be applied to administrative penalties, then so too must its analytical framework. This is not to suggest that the task of distinguishing between strict and absolute liability provisions is problem-free. The benefit derived from the application of an analytical framework is that it deflects criticism based on judicial arbitrariness.

#### (d) The analytical framework

[36] In my opinion, Justice Dickson’s analytical framework for identifying absolute liability offences is largely a reflection of what has become the “modern” approach to statutory interpretation. That approach involves a contextual and purposive analysis of legislation and was officially adopted by the Supreme Court in *Stuart Investments, supra, per Estey J.*, at page 578 quoting from Driedger (2nd), at page 87 [Driedger, E.A. *Construction of Statutes*, 2nd ed.]. In *Sault Ste. Marie*, Justice Dickson held that before a statutory breach may be classified in terms of absolute liability, the court must consider: (1) the precision of the statutory language, (2) the importance of the penalty, (3) the subject-matter of the legislation, and (4) the overall regulatory pattern adopted by the legislature. In my view, the last two factors call for a contextual and purposive analysis of the relevant provisions of the legislation. At least, this is the way in which courts have generally applied those factors: see *Nickel City Transport, supra*. Having regard to the criteria set out in *Sault Ste. Marie*, I propose to pursue the main issue raised on this judicial review application by applying the following analytical framework.

législatif de cette disposition ainsi que son but. Après tout, il se peut que le législateur ait décidé d’imposer la responsabilité absolue par ce motif que les avantages l’emportaient sur l’iniquité faite aux inscrits. D’accorder l’exonération pour cause d’iniquité uniquement reviendrait, à mon avis, à écarter l’approche prescrite par *Sault Ste-Marie*. Cela reviendrait aussi à poser que toutes les pénalités administratives peuvent être combattues par le moyen de défense de la diligence raisonnable, pourvu que le juge puisse identifier l’«injustice» ressentie. Si la distinction faite dans *Sault Ste-Marie* entre infractions de responsabilité absolue et infractions de responsabilité stricte doit s’appliquer aux pénalités administratives, il faut y appliquer aussi son cadre d’analyse. Cela ne revient pas à dire que la tâche de distinguer entre dispositions portant responsabilité stricte et dispositions portant responsabilité absolue est exempte de toutes difficultés. L’avantage de l’application d’un cadre d’analyse tient à ce qu’elle permet de parer aux critiques d’arbitraire judiciaire.

#### d) Le cadre d’analyse

[36] À mon avis, le cadre d’analyse formulé par le juge Dickson pour identifier les infractions de responsabilité absolue est surtout l’expression de ce qui est devenu la méthodologie «moderne» d’interprétation des lois. Cette approche consiste en une analyse contextuelle et téléologique du texte; elle a été officiellement adoptée par la Cour suprême dans *Stuart Investments, supra*, opinion du juge Estey, à la page 578 citant Driedger (2<sup>e</sup>), à la page 87 [Driedger, E.A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd.]. Dans *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson a fait observer que pour décider s’il y a infraction de responsabilité absolue, le juge doit prendre en considération (1) la précision des termes employés dans le texte, (2) la gravité de la peine, (3) l’objet de la législation, et (4) l’économie générale de la réglementation adoptée par le législateur. Je pense que les deux derniers facteurs requièrent une analyse contextuelle et téléologique des dispositions applicables du texte en question. À tout le moins, c’est de cette façon que les tribunaux ont généralement appliqué ces facteurs; voir *Nickel City Transport, supra*. Compte tenu des critères définis dans *Sault Ste-Marie*, je me propose d’examiner le principal point litigieux soulevé dans la présente demande de contrôle judiciaire, en appliquant le cadre d’analyse suivant.

[37] The principle that there is to be no punishment without fault translates into a rebuttable presumption that Parliament did not “intend” to impose absolute liability. This presumption is also a logical extension of the understanding that penalties serve as an incentive to ensure that persons exercise a minimum standard of care in fulfilling their obligations imposed by law. The idea is to encourage people to exercise reasonable care so they can avoid breaching their legal obligations. If so, then the person being penalized should be able to plead that he or she acted in accordance with the required standard of care. Hence, it seems both fair and logical to assume that Parliament intended strict not absolute liability. This presumption, however, will be rebutted if the language chosen by the draftsman is unequivocal that absolute liability was intended or where the penalty leads to trivial consequences. If the presumption is not rebutted on those grounds, then it is necessary to determine whether the due diligence defence is incompatible with the legislative scheme or whether it frustrates the purposes for which the penalty was imposed.

[38] As much as I reject the idea that unfairness or manifest injustice is a sufficient reason for implying a due diligence defence, I am of the opinion that a court is justified in reading words into an Act to avoid such a result, if it can be shown that the relief being granted is compatible with the legislative scheme and neither frustrates nor undermines its purposes. These restrictions should silence any potential argument that the Court is acting contrary to its proper constitutional role: see *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133 and *Canada v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279 (C.A.).

[39] If an implied due diligence defence does not run counter to what Parliament is seeking to achieve, the Minister has no room for complaint. On the other hand, if judicial recognition of the due diligence defence is contrary to the legislative scheme or

[37] Le principe posant qu'il ne peut y avoir de punition sans faute donne lieu à la présomption réfutable que le législateur «n'entendait pas» imposer la responsabilité absolue. Cette présomption est aussi un prolongement logique de l'idée que les peines constituent un moyen de dissuasion propre à faire en sorte que les gens observent une norme minimale de diligence quand ils remplissent les obligations qu'ils tiennent de la loi. Il s'agit d'encourager les gens à faire preuve de diligence raisonnable pour ne pas manquer à leurs obligations légales. S'il en est ainsi, la personne qui encourt la peine doit être en mesure de se défendre en soutenant qu'elle s'est conformée à la norme de diligence requise. Il semble par conséquent à la fois juste et logique de présumer que le législateur entendait imposer la responsabilité stricte et non la responsabilité absolue. Cette présomption sera cependant écartée si le langage employé par le rédacteur signifie sans équivoque que le législateur entend imposer la responsabilité absolue, ou si la peine n'a que des conséquences insignifiantes. À supposer que la présomption ne soit pas réfutée par ces motifs, il faut ensuite examiner si le moyen de défense de la diligence raisonnable est incompatible avec l'économie du texte ou s'il fait échec aux fins pour lesquelles la peine a été prévue.

[38] De même que je rejette l'idée que l'iniquité ou l'injustice flagrante est un motif suffisant pour conclure à l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable, de même j'estime que le juge est fondé à extrapoler le texte de loi pour éviter le même résultat, s'il peut être prouvé que le redressement accordé est compatible avec l'économie du texte et ne fait pas obstacle au but de ce dernier. Ces restrictions devraient parer à tout argument potentiel que la Cour va à l'encontre de son propre rôle constitutionnel; voir *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, et *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279 (C.A.).

[39] Si la reconnaissance du moyen de défense implicite de la diligence raisonnable ne va pas à l'encontre des fins poursuivies par le législateur, le ministre n'est pas fondé à se plaindre. Par contre, si cette reconnaissance par le juge est contraire à l'éco-

purposes underlying section 280 of the *Excise Tax Act*, registrants must accept the financial consequences which flow from non-compliance with that provision. However, the onus is on the Minister to convince the Court that an implied due diligence defence will lead to consequences of the kind needed to displace the presumption in favour of strict liability.

(e) Section 280 of the *Excise Tax Act*—strict or absolute liability?

[40] Accepting as a general principle that administrative penalties may be subject to a due diligence defence, it remains to be determined whether section 280 of the *Excise Tax Act* gives rise to strict, as opposed to absolute, liability. I turn now to the relevant factors to be considered in this determination.

(i) Precision of the language used

[41] The language of the statute is the first consideration in determining whether an offence should be categorized as a *mens rea*, strict liability or absolute liability offence. *Mens rea* offences are usually qualified by words such as “wilfully” or “knowingly”, as in the criminal context. The use of such terms in the regulatory sphere was the subject of appeal in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pages 493-494, where the British Columbia legislature had amended its *Motor Vehicle Act* to expressly provide that it was an absolute liability offence to drive with a suspended driver’s licence. Similarly, in *R. v. Pontes*, *supra*, the use of the word “automatic” in the statutory provision under scrutiny convinced the majority of the Supreme Court that the offence was one of absolute liability. In the present case, section 280 of the *Excise Tax Act* does not use the type of precise and explicit language that one would expect of a provision entailing absolute liability.

nomie de la *Loi sur la taxe d'accise* ou aux fins poursuivies par son article 280, les inscrits doivent accepter les conséquences financières de la non-observation de cette disposition. Cependant, c’est au ministre qu’il incombe de convaincre la Cour que la reconnaissance du moyen de défense implicite de la diligence raisonnable aboutira à des conséquences qui tendent justement à anéantir la présomption de responsabilité stricte.

e) L’article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise* porte-t-il responsabilité stricte ou responsabilité absolue?

[40] Une fois accepté le principe général que les pénalités administratives souffrent le moyen de défense de la diligence raisonnable, il reste à examiner si l’article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise* porte responsabilité stricte et non responsabilité absolue. Passons maintenant aux facteurs qui entrent en ligne de compte dans cet examen.

(i) Précision de la formulation

[41] La formulation du texte de loi est le premier facteur à considérer pour juger si l’infraction doit être classée comme infraction nécessitant la preuve de l’intention coupable, infraction de responsabilité stricte ou infraction de responsabilité absolue. Les infractions caractérisées par l’intention coupable sont normalement qualifiées par les termes «intentionnellement» ou «sciemment», comme dans le contexte criminel. L’emploi de ces concepts dans le domaine des règlements a fait l’objet d’un pourvoi, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pages 493 et 494, affaire dans laquelle la législature de la Colombie-Britannique avait modifié la Loi en question de façon à prévoir expressément que quiconque conduisait une voiture pendant que son permis de conduire était suspendu commettait une infraction de responsabilité absolue. De même, dans *R. c. Pontes*, *supra*, l’emploi du terme «automatique» dans le texte de loi en cause a engagé la majorité de la Cour suprême à conclure qu’il s’agissait d’une infraction de responsabilité absolue. En l’espèce, l’article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise* n’emploie pas le langage précis et explicite qu’on trouve normalement dans une disposition portant responsabilité absolue.

(ii) The importance of the penalty—its impact on registrants (the *de minimis* principle)

[42] When examining the importance of the penalty, attention must be paid to the consequences to the registrant, as opposed to its significance to the Minister in terms of administering the *Excise Tax Act*. While the Minister concedes that penalties imposed under section 280 of the *Excise Tax Act* are not “trivial”, he maintains that they are not so severe as to amount to a “true penal consequence”. As noted at the outset, the amounts involved are substantial to the thousands of small businesses which act as agents of the Crown in collecting and remitting this relatively novel tax. If not, why has this issue occupied so much time and attention on the part of the Minister and the Tax Court? In my view, the impact of a section 280 penalty on registrants cannot be characterized as inconsequential. To this point the presumption in favour of strict liability has not been rebutted.

(iii) The subject matter of the legislation—the purpose of section 280

[43] In *Sault Ste. Marie*, Justice Dickson noted that there is merit in classifying regulatory offences as absolute liability offences when the legislation seeks to promote the public interest in terms of health or safety matters. While the view that absolute liability offences generate adherence to a higher standard of care has been attacked in other contexts, it has greater persuasive force where public health and safety considerations are involved. The *Excise Tax Act* does not, of course, raise such considerations.

[44] The Minister submits that the penalty under section 280 of the *Excise Tax Act* is intended to maintain internal discipline in a self-reporting and self-assessing system which depends on the honesty and integrity of registrants for its success. More specifically, the Minister argues that that section serves as a meaningful incentive to registrants to remit outstanding amounts of GST. Finally, the Minister maintains that without the 6% penalty “the system would break down from the administrative burden of attempting to enforce timely remittances of GST”.

(ii) La gravité de la peine—ses effets sur les inscrits (application du principe *de minimis*)

[42] Dans l'examen de la gravité de la peine, il faut s'attacher aux conséquences qui en découlent pour l'inscrit, et non à l'importance qu'elle représente pour le ministre pour ce qui est de l'administration de la *Loi sur la taxe d'accise*. Celui-ci reconnaît que la pénalité prévue à l'article 280 de la cette Loi n'est pas «insignifiante», mais insiste qu'elle n'est pas draconienne au point d'avoir un «véritable effet pénal». Comme noté dès le début, les sommes en jeu sont substantielles pour les milliers de petites entreprises qui font fonction de mandataires de la Couronne pour percevoir et remettre cette taxe relativement nouvelle. Sinon pourquoi cette question a-t-elle accaparé tant de temps et d'attention du ministre et de la Cour de l'impôt? À mon avis, on ne peut dire que la pénalité prévue à l'article 280 n'ait guère d'effets sur les inscrits. À ce stade-ci de l'analyse, la présomption de responsabilité stricte n'est toujours pas réfutée.

(iii) L'objet de la législation—le but de l'article 280

[43] Dans *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson note qu'on peut parler d'infraction de responsabilité absolue lorsque la législation en question vise à promouvoir l'intérêt public en matière de santé ou de sécurité. Si l'argument que la qualification d'infraction de responsabilité absolue engage à observer une norme plus élevée de diligence a été contesté dans d'autres contextes, il est bien plus convaincant quand il s'agit de santé et de sécurité publiques. Pareilles considérations ne s'attachent cependant pas à la *Loi sur la taxe d'accise*.

[44] Le ministre soutient que la pénalité prévue à l'article 280 de la *Loi sur la taxe d'accise* vise à maintenir la discipline interne dans un régime de déclaration et d'autocotisation, dont l'efficacité dépend de l'honnêteté et de l'intégrité des inscrits. Plus spécifiquement, il soutient que cette disposition est un moyen puissant d'engager les inscrits à remettre la TPS exigible. Et enfin que sans la pénalité de 6 p. 100, [TRADUCTION] «le système s'effondrerait sous la charge administrative des mesures visant à assurer la remise à temps de la TPS».

[45] I cannot accept the proposition that a due diligence defence will lead to a breakdown in the administration of the *Excise Tax Act* for two reasons. First, there is no evidence to support such a doomsday scenario. Second, if the Minister's argument is correct, it is difficult to understand why the *Income Tax Act* does not provide for the equivalent of a section 280 penalty. It too is a self-reporting and self-assessing system for the payment of both federal and provincial tax. At no time has it been suggested that the scheme under the *Income Tax Act* is suffering because taxpayers are not automatically penalized each time they fail to properly calculate and remit taxes owing within prescribed time frames. (*Quaere*: How many Canadians miscalculate and underpay income tax each year?) It must be remembered that registrants under the *Excise Tax Act* also file annual returns under the *Income Tax Act* and, in the case of businesses, these same persons are responsible for periodic remittances of employee deductions to the Receiver General. Both taxation regimes depend on the integrity and honesty of Canadians. GST may be the most controversial and unpopular tax ever levied on Canadians, but that is no reason to posit that businesses are less faithful in adhering to their legal obligations imposed under the *Excise Tax Act* than those imposed under the *Income Tax Act*. In my view, the Minister has failed to establish that the due diligence defence would hinder the effective enforcement of the *Excise Tax Act*. I turn now to the Minister's second argument: that the due diligence defence would undermine the "incentive" purposes underlying section 280.

[46] Most lawyers and judges do not pretend to be behavioural scientists and, for that reason, do not really know whether penalties generate a higher standard of care among the general public. Parliament, however, is entitled to legislate on the basis that penalties have such an effect. Therefore, we must assume that this penalty encourages greater care and

[45] Il y a deux raisons pour lesquelles je rejette l'argument que la reconnaissance du moyen de défense de la diligence raisonnable entraînera l'effondrement de l'administration de la *Loi sur la taxe d'accise*. La première est qu'il n'y a aucune preuve à l'appui de pareille prédiction de catastrophe. La seconde est que, si l'argument du ministre est fondé, on ne voit pas pourquoi la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas une pénalité comme celle de l'article 280. Cette dernière Loi institue elle aussi un régime de déclaration et d'autocotisation pour l'impôt fédéral comme provincial. Personne n'a jamais dit que ce régime est en difficulté parce que les contribuables ne sont pas automatiquement pénalisés chaque fois qu'ils ne calculent et ne versent pas comme il faut l'impôt dû dans le délai imparti. (On se demande combien de Canadiens calculent mal leur impôt et versent moins que ce qu'ils doivent, chaque année.) Il ne faut pas oublier que les inscrits au régime de la *Loi sur la taxe d'accise* font aussi leur déclaration annuelle d'impôt en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que, s'agissant d'entreprises, ils ont pour responsabilité de verser périodiquement au receveur général les retenues à la source sur la rémunération de leurs employés. L'un et l'autre de ces régimes fiscaux dépendent de l'intégrité et de l'honnêteté des Canadiens. Il est fort possible que la TPS soit la taxe la plus controversée et la plus impopulaire qui ait jamais été instituée au Canada, mais il n'y a aucune raison de présumer que les entreprises observent moins les obligations qu'elles tiennent de la *Loi sur la taxe d'accise* que celles imposées par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À mon avis, le ministre n'a pas fait la preuve que la reconnaissance du moyen de défense de la diligence raisonnable gênerait l'application efficace de la *Loi sur la taxe d'accise*. J'en viens maintenant à son second argument, savoir que l'existence de pareil moyen de défense ferait échec à la fonction «incitative» de l'article 280.

[46] Les avocats et les juges ne prétendent pas, pour la plupart, être psychologues; c'est pourquoi ils ne savent pas vraiment si les pénalités encouragent à une norme plus élevée de diligence chez le public. Le législateur a cependant le pouvoir de légiférer dans ce sens. Nous devons donc présumer que la pénalité dont s'agit engage à un niveau supérieur de diligence et la

the only question we can address is whether an implied due diligence defence undermines the behavioural effect which penalties are intended to bring about. Once again there is no concrete evidence to support either of the two possible responses. Therefore, the answer must be based on reason and common sense.

[47] Theoretically, a penalty and due diligence defence should have no impact on those who are already “conscientious”. As Justice Dickson observed in *Sault Ste. Marie*, if a person is already taking every reasonable precaution, why would a penalty provision compel that person to take additional measures knowing that they will not serve as a defence? It is only with respect to those who are “indifferent” to their legal obligations that one might properly assert that penalties promote adherence to the required standard of care. The question we must address is whether some registrants will consciously decide to remain indifferent to their legal obligations under the *Excise Tax Act* because they know that due diligence may be pleaded as a defence. I doubt that this will occur. As noted at the outset, the costs of non-compliance are much greater than payment of a 6% penalty. There are costs associated with the obligation to pay restitutionary interest as well as the amount of the underpayment, both of which are subject to compound interest. Then there are the costs associated with an appeal from the Minister’s assessment to the Tax Court. Even if the registrant is unrepresented by legal counsel, the costs in terms of lost time and personal stress arising from protracted litigation (three years in the present case) suggest that only fools will find consolation in an implied due diligence defence.

[48] While the Minister is entitled to maintain that penalties have a positive behavioural effect, he is not entitled to presume that the average registrant will refuse to exercise a modicum of common sense when weighing the cost of compliance with the cost of non-compliance. Parenthetically, I note that the majority of registrants have not been successful in invoking the due diligence defence in the Tax Court, as was the case in *Pillar Oilfield*: see Sherman, *supra*, at page

seule question qui se pose est de savoir si la reconnaissance du moyen de défense implicite de la diligence raisonnable anéantirait les effets que cette pénalité doit avoir sur le comportement des gens. Sur ce point encore, il n’y a aucune preuve qui permette de répondre dans un sens ou dans l’autre. On doit donc trouver la réponse dans la raison et le bon sens.

[47] En théorie, ni la pénalité ni l’existence du moyen de défense de la diligence raisonnable n’est censée avoir d’effet sur ceux qui sont déjà «conscientieux». Ainsi que l’a fait observer le juge Dickson dans *Sault Ste-Marie*, si une personne prend déjà toutes les précautions raisonnables, on voit mal pourquoi une disposition pénale l’incitera à prendre d’autres mesures encore, sachant qu’elles ne constitueront pas un moyen de défense. Ce n’est qu’à l’égard de ceux qui ne se soucient guère de leurs obligations légales qu’on pourrait affirmer que les peines favorisent l’observation de la norme de diligence requise. Il s’agit donc de savoir si certains inscrits décident sciemment de ne pas se soucier des obligations qu’ils tiennent de la *Loi sur la taxe d’accise* parce qu’ils savent qu’ils ont à leur disposition le moyen de défense de la diligence raisonnable. J’en doute. Comme noté au début, la non-observation coûte davantage que le versement de la pénalité de 6 p. 100. Il y a aussi les intérêts courus sur le moins-payé, et le moins-payé lui-même, l’un et l’autre se composant quotidiennement. Il y a encore le coût de l’appel interjeté de la cotisation ministérielle devant la Cour de l’impôt. Même si l’inscrit n’est pas représenté par avocat, le coût en temps perdu et en tension nerveuse dans un long contentieux (trois ans en l’espèce) fait que seuls des sots trouveront du réconfort dans l’existence d’un moyen de défense implicite de la diligence raisonnable.

[48] Le ministre a bien le droit d’insister que la pénalité a des effets bénéfiques sur le comportement, mais il ne peut pas présumer que l’inscrit moyen refusera d’exercer un minimum de bon sens lorsqu’il s’agit de mettre dans la balance le coût de l’observation et celui de la non-observation. Soit dit en passant, la majorité des inscrits n’ont pas réussi à faire valoir devant la Cour de l’impôt le moyen de défense de la diligence raisonnable, comme dans la cause *Pillar*

280-108. In my opinion, there are no persuasive grounds for holding that an implied due diligence defence undermines the incentive goals of section 280.

(iv) The regulatory framework—a contextual analysis

[49] The thrust of the Minister's argument, as I understand it, is that the due diligence defence is incompatible with the overall scheme of the *Excise Tax Act*. Specifically, subsection 281.1(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 27, s. 127] of the Act already empowers the Minister to waive or cancel penalties imposed under section 280. In addition, subsection 280(6) authorizes the Minister to write off a penalty and interest incurred during a reporting period if the amount is less than \$25. Subsection 280(7) provides that the Minister may waive penalties and interest which accrue after a demand for payment has been made up to the date of payment. Section 285 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] imposes a monetary penalty on registrants who knowingly make false statements or are grossly negligent. Section 323 [as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 27, s. 90; 1997, c. 10, s. 239] provides for the liability of directors of corporate registrants where there is a failure to comply with the remittance requirements. Sections 327 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] and 329 [as enacted *idem*] provide for summary conviction and indictable offences, respectively, for flagrant non-compliance with the Act. It is against this backdrop that the Minister maintains that there is no basis for the courts to read a due diligence defence into section 280. This argument has some merit.

[50] In my view, the Minister's argument is really two-sided. First, it suggests that the aforementioned provisions demonstrate Parliament's intention to establish absolute liability with respect to the penalty provision in section 280. This is a reasonable inference which assists the Minister in discharging his onus to rebut the presumption in favour of strict liability: see *Nassau Walnut Investments, supra*, at page 299.

*Oilfield*; voir Sherman, *supra* à la page 208-108. À mon avis, il n'y a aucun motif convaincant de conclure que l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable fait échec à la fonction incitative de l'article 280.

(iv) Analyse contextuelle du régime de réglementation

[49] L'idée maîtresse de l'argumentation du ministre est, à ce que je vois, que le moyen de défense de la diligence raisonnable est incompatible avec l'économie générale de la *Loi sur la taxe d'accise*. Plus spécifiquement, le paragraphe 281.1(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 27, art. 127] de cette Loi l'habilite déjà à annuler la pénalité imposée en application de l'article 280 ou à y renoncer. En outre, le paragraphe 280(6) l'autorise à annuler la pénalité et les intérêts courus à l'égard d'une période de déclaration si le total est inférieur à 25 \$. Le paragraphe 280(7) prévoit qu'il peut renoncer à la pénalité et aux intérêts pour l'intervalle séparant la sommation de payer et la date de paiement. L'article 285 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] impose une amende aux inscrits qui font sciemment une fausse déclaration ou qui font preuve de faute lourde. L'article 323 [édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 27, art. 90; 1997, ch. 10, art. 239] prévoit la responsabilité des administrateurs de la personne morale inscrite en cas de défaut de versement. Les articles 327 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] et 329 [édicte, *idem*] prévoient les infractions punissables par voie de poursuite sommaire ou de mise en accusation, respectivement, en cas de manquement flagrant. C'est dans ce contexte que le ministre insiste qu'il n'y a aucune raison pour que les tribunaux dégagent de l'article 280 l'existence du moyen de défense de la diligence raisonnable. Cet argument n'est pas dénué de fondement.

[50] À mon avis, l'argument du ministre est réellement double. En premier lieu, il fait valoir que les dispositions susmentionnées traduisent la volonté du législateur d'imposer la responsabilité absolue avec la disposition pénale de l'article 280. Il s'agit là d'une inférence raisonnable dont le ministre peut se servir pour s'acquitter de la charge qui lui incombe de réfuter la présomption de responsabilité stricte; voir

But it is not dispositive of the issue. I say this because sections 285, 323 and 327 are distinguishable on the basis that they place a duty on the Minister to establish that a registrant's conduct falls within those provisions. By contrast, an implied due diligence defence with respect to section 280 places the onus on the registrant to establish that he or she had exercised reasonable care in remitting the correct amount of GST. With respect to section 323, it does not necessarily follow that because an Act expressly provides for a defence in one instance, it is not available in others: see *Nassau Walnut, supra*.

[51] The second aspect of the Minister's argument relates to section 281.1 of the Act, which establishes the Minister's right to waive penalties imposed under section 280. In my view, the outcome of this case hinges on whether an implied due diligence defence is compatible with the Minister's statutory right to waive such penalties. If the Minister possesses the statutory right to waive penalties, is there any room for the Tax Court to grant relief through an implied due diligence defence?

[52] I note that by reading in a due diligence defence, the Tax Court is not actually waiving the 6% penalty. Rather, it is granting registrants the opportunity to exculpate themselves by demonstrating that they exercised reasonable care in attempting to ascertain the correct amount of GST owing. If registrants fail to meet the required standard of care, they remain liable to pay the penalty. The Minister, on the other hand, is entitled to waive a penalty even if due diligence has not been established. Thus, there are substantive differences between an implied due diligence defence and the Minister's statutory right to waive penalties.

[53] If there is any incompatibility between the Minister's right to waive penalties and a registrant's right to invoke the due diligence defence, it lies in the

*Nassau Walnut Investments, supra*, à la page 299. Elle n'est cependant pas déterminante. La raison en est que les articles 285, 323 et 327 se situent sur un autre plan en ce qu'ils font au ministre obligation de prouver que les agissements de l'inscrit tombent sous le coup de ces dispositions. Par contre, la reconnaissance de l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable à l'égard de l'article 280 fait passer à l'inscrit la charge de prouver qu'il a fait raisonnablement diligence pour verser le montant correct de TPS. Il ne résulte pas nécessairement de l'article 323 que du moment qu'une loi prévoit expressément un moyen de défense dans un cas, il n'en est pas question dans les autres cas; voir *Nassau Walnut, supra*.

[51] Le second élément de l'argument du ministre touche à l'article 281.1 de la Loi, aux termes duquel le ministre peut renoncer à la pénalité prévue à l'article 280. À mon avis, l'issue de la présente affaire dépend de la question de savoir si la reconnaissance de l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable est compatible avec le pouvoir que le ministre tient de la loi de renoncer à cette pénalité. Si le ministre est investi de ce pouvoir, est-il encore loisible à la Cour de l'impôt d'accorder l'exonération en faisant droit au moyen de défense implicite de la diligence raisonnable?

[52] Il y a lieu de noter qu'en dégageant de la loi l'existence de ce moyen de défense, la Cour de l'impôt n'écarte pas la pénalité de 6 p. 100. Elle ne fait que donner aux inscrits la possibilité de se disculper en démontrant qu'ils ont fait raisonnablement diligence pour calculer le montant de TPS à verser. Faute par eux d'avoir observé la norme de diligence, ils seront toujours tenus à la pénalité. De son côté, le ministre peut renoncer à la pénalité même si la diligence raisonnable n'est pas prouvée. Il y a donc une différence de nature entre la reconnaissance de l'existence implicite du moyen de défense de la diligence raisonnable et le pouvoir que le ministre tient de la loi de renoncer à la pénalité.

[53] S'il y a une incompatibilité entre le pouvoir du ministre de renoncer à la pénalité et le droit de l'inscrit d'invoquer la diligence raisonnable, elle réside

fact that the Minister could adopt a policy that penalties will be waived if registrants can establish that they acted with due diligence. If this occurred, it is arguable that the Tax Court and Minister cannot exercise concurrent jurisdiction over the elimination of a section 280 penalty. The question which remains is whether the Minister has adopted such a policy. The answer appears to be no.

[54] Apparently, the Minister has adopted the position that due diligence is not a sufficient ground for waiving a section 280 penalty. I say this because the Minister's published guidelines indicate that relief under section 281.1 is restricted generally to events which are beyond the control of registrants. For example, a penalty may be waived because of non-compliance due to acts of God, incorrect written information provided by the Minister, or processing delays and errors attributable to the Minister: see GST Memorandum 500-3-2-1, *Assessments and Penalties-Cancellation or Waiver of Penalties and Interest* (March 14, 1994); Technical Information Bulletin B-074, *Guidelines for the Reduction of Penalty and Interest in "Wash Transaction" Situations* (November 28, 1994); and Revenue Canada News Release, November 28, 1996. Of course, neither the Minister nor this Court is bound by administrative guidelines.

[55] Apparently, the Minister is unwilling to consider waiving a section 280 penalty where a registrant demonstrates due diligence. In fact, I am only aware of one case in which the Minister has even alluded to section 281.1: see *Metro Exteriors Ltd. v. Canada*, [1995] T.C.J. No. 1302 (QL). The argument that the respondent should have sought a waiver under section 281.1 was not raised by the Minister in this Court, perhaps wisely. This is not the place to debate whether the circumstances under which the Minister is prepared to waive penalties constitute a reviewable error of law. However, if the Minister chooses to circumscribe his discretion by not recognizing a due diligence defence under section 280, it is open to this Court to imply such defence. Thus, as the law is presently being interpreted and applied, the Minister's

dans le fait que le premier pourrait choisir pour politique de renoncer à la pénalité si le second pouvait prouver qu'il a fait raisonnablement diligence. En pareil cas, on pourrait soutenir que la Cour de l'impôt et le ministre ne peuvent pas avoir compétence concurrente sur l'élimination d'une pénalité appliquée en vertu de l'article 280. La question se pose de savoir si le ministre a adopté une telle politique. La réponse est non.

[54] Il est manifeste que selon le ministre, la diligence raisonnable n'est pas un motif suffisant de renonciation à la pénalité prévue à l'article 280. C'est ce qui ressort des lignes directrices qu'il a instituées et aux termes desquelles l'exonération prévue à l'article 281.1 est strictement limitée aux manquements indépendants de la volonté des inscrits. Par exemple, il peut y avoir renonciation à la pénalité en cas de non-observation due à la force majeure, aux mauvaises informations officiellement données par écrit, aux retards et erreurs de traitement imputables au ministre; voir Mémoire sur la TPS 500-3-2-1, *Annulation ou renonciation-Pénalités et intérêts* (14 mars 1994); Bulletin d'information technique B-074, *Lignes directrices visant la réduction des pénalités et des intérêts dans les cas d'«opération sans effet fiscal»* (28 novembre 1994); et Communiqué de presse de Revenu Canada, 28 novembre 1996. Bien entendu, ni le ministre ni notre Cour n'est tenu à ces lignes directrices administratives.

[55] Il est manifeste que le ministre n'est pas disposé à renoncer à la pénalité prévue à l'article 280 sur preuve de diligence raisonnable de la part de l'inscrit. En fait, je ne connais qu'un cas où il a mentionné l'article 281.1, *Metro Exteriors Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.J. n° 1302 (QL). Il n'a pas présenté devant la Cour, peut-être avec raison, l'argument que la défenderesse aurait dû demander la renonciation prévue à l'article 281.1. Il n'est pas question de débattre en l'espèce si les circonstances dans lesquelles le ministre est disposé à renoncer à la pénalité constituent une erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire. Cependant, s'il choisit de circonscrire l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de reconnaître l'existence du moyen de défense de la diligence raisonnable dans le contexte de

right to waive penalties under section 281.1 of the *Excise Tax Act* does not conflict with and is not incompatible with an implied due diligence defence. I cannot accept that the Minister's discretion to waive penalties is of any consequence when, in practice, such relief based on a plea of due diligence is non-existent.

[56] For the sake of completeness and in the event the Minister seeks to pursue this case in another forum, there is one further issue which I would like to address. The Minister's submissions focus on the need to ensure timely remittance of GST; however, this is not the issue that was raised in *Pillar Oilfield* and in subsequent cases. The problem has always been framed in terms of a registrant's failure to calculate and remit the proper amount of GST because of uncertainty surrounding the application of the *Excise Tax Act* to certain goods. The problem is not that a registrant failed to pay on the required date, but that the amount submitted is less than that actually owed. As I understand it, these are not cases where a registrant objects to paying a 6% penalty for late filing of the proper amount. These are cases in which due diligence is being raised as a defence to a mistake induced by an error of law in determining the proper amount of GST to be remitted to the Receiver General.

[57] In criminal law, ignorance of the law is no excuse, subject perhaps to a plea of "officially induced error": see *R. v. Pontes*, *supra*. This common law principle is now codified in section 19 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. The one established exception to this rule arises in cases where the knowledge that one's actions are contrary to law forms part of the *mens rea* of the offence: see *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941. In cases involving regulatory offences, such as *Sault Ste. Marie*, the due diligence defence is typically pleaded with respect to a mistake of fact; however, the law is not entirely clear with respect to the relationship between due diligence and

l'article 280, il est loisible à la Cour d'en reconnaître l'existence implicite. Ainsi donc, au regard de la loi telle qu'elle s'interprète et s'applique actuellement, le pouvoir que le ministre tient de l'article 281.1 de la *Loi sur la taxe d'accise* pour renoncer à la pénalité ne présente ni contradiction ni incompatibilité avec le moyen de défense implicite de la diligence raisonnable. Je ne peux accepter que le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre de renoncer à la pénalité soit un facteur puisque dans les faits, il n'est nullement question d'exonération pour cause de diligence raisonnable.

[56] Pour vider la question en prévision du cas où le ministre porterait l'affaire devant une autre juridiction, je dois encore examiner un autre point. L'argumentation du ministre est centrée sur la nécessité de s'assurer que la TPS est versée dans les meilleurs délais; ce point n'a cependant pas été soulevé dans *Pillar Oilfield* ni dans les décisions ultérieures. La question s'est toujours centrée sur le défaut d'un inscrit de calculer et de verser le montant correct de TPS à cause de l'incertitude caractérisant l'application de la *Loi sur la taxe d'accise* à l'égard de certaines marchandises. Le problème ne tient pas à ce que l'inscrit n'effectue pas le versement dans le délai imparti, mais à ce qu'il verse une somme inférieure au montant exigible. À ce que je vois, il ne s'agit pas d'affaires où l'inscrit ne veut pas payer la pénalité de 6 p. 100 pour versement tardif du montant correct, mais où la diligence raisonnable est invoquée à titre de moyen de défense contre une faute causée par une erreur de droit dans le calcul du montant correct de TPS à verser au receveur général.

[57] En droit pénal, nul n'est censé ignorer la loi, sauf peut-être plaider d'«erreur provoquée par les autorités»; voir *R. c. Pontes*, *supra*. Ce principe de common law est maintenant codifié à l'article 19 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. La seule exception reconnue à la règle se trouve dans les cas où la conscience chez l'intéressé que ces agissements sont contraires à la loi fait partie intégrante de l'intention coupable; voir *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941. Dans les affaires d'infraction en matière réglementaire, comme *Sault Ste-Marie*, la diligence raisonnable est normalement invoquée pour excuser une erreur de fait; or, les règles de droit ne sont pas

mistake of law: see *R. v. Pontes, supra*.

[58] It would be presumptuous for me to leave the impression that the Minister is not aware of the “mistake of law” issue. It was raised at the trial level in *Locator of Missing Heirs Inc., supra*, but rejected by Judge Bowman of the Tax Court. Like him, I am of the view that the application of criminal law concepts in the present context is inappropriate. A successful plea of due diligence in the context of regulatory offences would negate any form of punishment. By contrast, in cases involving section 280 of the *Excise Tax Act*, registrants are not seeking to plead mistake of law as a defence to payment of GST that they failed to collect and remit. That registrants remain liable for any underpayment and restitutionary interest has never been questioned. Indeed, the Act provides that registrants have the right to recover any amounts that should have been collected from those responsible for its payment. It is only the 6% automatic penalty that registrants find objectionable.

(v) Conclusion

[59] Having regard to the analytical framework outlined in *Sault Ste. Marie* and to the arguments advanced by the Minister, I am not persuaded that section 280 of the *Excise Tax Act* gives rise to absolute liability. In my view, an implied due diligence is neither incompatible with the legislative scheme, nor does it frustrate or undermine the purposes underlying that scheme. The presumption in favour of strict liability has not been rebutted.

Disposition

[60] The application for judicial review should be dismissed. The respondent is entitled to all reasonable and proper costs of this application.

STRAYER J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

vraiment claires quant au lien entre la diligence raisonnable et l’erreur de droit; voir *R. c. Pontes, supra*.

[58] Il serait présomptueux de ma part de donner l’impression que le ministre n’a pas conscience du problème de l’«erreur de droit». Ce moyen a été avancé en première instance dans l’affaire *Locator of Missing Heirs Inc., supra*, et rejeté par le juge Bowman. Tout comme ce dernier, j’estime qu’il n’y a pas lieu d’appliquer les concepts de droit pénal dans les matières telle l’affaire en instance. Un plaidoyer de diligence raisonnable, qui serait accueilli dans le contexte des infractions en matière réglementaire, exonérerait de toute forme de sanction. Par contre, dans les affaires touchant l’article 280 de la *Loi sur la taxe d’accise*, les inscrits n’invoquent pas l’erreur de droit à titre de moyen de défense en cas de défaut de perception et de versement de la TPS. Personne n’a jamais contesté qu’ils soient toujours tenus au moins-payé et aux intérêt y afférents. En effet, la Loi prévoit qu’ils ont le droit de percevoir tout montant qui aurait dû être recouvré auprès de ceux qui sont tenus au paiement de la taxe. Ce qu’ils contestent, c’est la pénalité automatique de 6 p. 100.

(v) Conclusion

[59] À la lumière du cadre d’analyse défini dans *Sault Ste-Marie* et après examen des arguments proposés par le ministre, je ne suis pas convaincu que l’article 280 de la *Loi sur la taxe d’accise* porte responsabilité absolue. À mon avis, le moyen de défense implicite de diligence raisonnable n’est pas incompatible avec le régime fiscal en question; il ne fait pas échec aux fins qui sous-tendent ce dernier. La présomption de responsabilité stricte n’a pas été réfutée.

Décision

[60] Il faut débouter le demandeur de son recours en contrôle judiciaire. La défenderesse a droit à tous les frais et dépens raisonnables et légitimes de l’instance.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

Citizenship appeal—Practice—Minister seeking leave to file notice of appearance in citizenship appeal and procedural order directing citizenship appeal application proceed pursuant to Part V of Federal Court Rules, 1998—Notice of appeal dated April 24, 1998—When Minister's counsel served notice of appearance in June 1998, Registry of Federal Court in Toronto refused to accept filing of notice and documents returned to Minister's counsel—New Federal Court Rules, 1998 coming into force April 25, 1998—Issue whether old Rules or new Rules apply when notice of appeal filed before April 25, 1998—Application of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Chan*, [1998] F.C.J. No. 742 (T.D.) (QL) wherein Rothstein J. held hearings in citizenship appeals, where appeals filed in Court before coming into force of Federal Court Rules, 1998 should proceed by way of trial *de novo* and Part V of Federal Court Rules, 1998 should apply to citizenship appeals filed in Court after coming into force of new Rules—See also: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lok*, [1998] F.C.J. No. 888 (T.D.) (QL)—Date of filing of appeal material, not necessarily completion of all preliminary steps under old Rules—New Rules set out interrelated series of procedural steps which cannot be easily accommodated to former system of citizenship appeals—Logical conclusion to follow provisions of Interpretation Act, ss. 43 and 44 and to protect rights of those who have filed their appeals in accordance with Act before April 25, 1998—Therefore, Registry of Federal Court in Toronto properly refused to accept filing of notice of appearance of Minister as old Rules apply where notice of appeal filed before April 25, 1998—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 63—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Part 5—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-23, ss. 43, 44.

DAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-803-98, Dubé J., order dated 25/9/98, 6 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application for judicial review of Appeal Division's decision lacked jurisdiction under Immigration Act, s. 70(1) to hear appeal from adjudicator's deportation order—Application to review adjudicator's deportation order on ground he remained visitor in Canada beyond authorized date dismissed in February 1996—Applicant also filed appeal from adjudicator's decision before Appeal Division pursuant to Act, s. 70(1)—Proceeding kept in abeyance pending outcome of application for judicial review—Subsequently, Appeal Division dismissed appeal for lack of jurisdiction—Application allowed—Respondent's motion for dismissal on ground of lack of jurisdiction required Appeal Division to determine whether applicant permanent resident (person who could appeal adjudicator's decision to Appeal Division pursuant to Act, s. 70(1))—Respondent's representative essentially limited submission to noting Federal Court's dismissal of application for judicial review of adjudicator's decision—Wrong in law to suggest outcome in Appeal Division to be dictated by decision in application for judicial review—Act, s. 69.4(2) investing Appeal Division, and not Federal Court, with "sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all . . . questions of jurisdiction"—Decision made by Appeal Division appearing to have been based on dismissal by Federal Court of application for judicial review—Even if Appeal Division made own determination as to whether applicant permanent resident, it failed to disclose in writing its own reasons for such determination—Not meeting statutory requirement in Act, s. 69.4(5) and thus error in law—Respondent's motion for lack of jurisdiction referred for redetermination before differently constituted panel of Appeal Division—Adoption of Noël J.'s statement in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seneca*, [1998] 3 F.C. 494 (T.D.): "status of person seeking to appeal adjudicator's removal order cannot be invoked to deny appeal right conferred by Act, s. 70(1)(a) where any conclusion drawn with respect to appellant's

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

status necessarily consequence of finding of fact or law made by adjudicator. Suggestion that person concerned has no status because not “lawfully” admitted in first place cannot take away right of appeal on that very question”—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69.4 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 63), 70(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13).

HALL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1726-97, Lutfy J., order dated 6/8/98, 8 pp.)

Application to set aside Appeal Division decision of December 1997 cancelling stay of deportation order following October 1997 hearing—Applicant landed immigrant convicted of first degree murder in 1983 and sentenced to life imprisonment with no possibility of parole for 25 years—Deportation order made against applicant—Appeal Division stayed execution of deportation order for 5 years after applicant’s release from incarceration on full parole—In August 1997, Minister applied for order amending terms of stay imposed by Appeal Division—Parties notified Minister’s application would be heard in October 1997—Application allowed—Rules of natural justice breached—Two matters set down for October 1997 hearing: Minister’s application to amend terms of stay and, secondly, oral review ordered by Appeal Division to determine whether applicant had complied with terms of stay order—Appeal Division intended to ascertain whether applicant had complied with terms of stay—Appeal Division’s decision stating unequivocally applicant had not breached terms and conditions of stay—That should have been sufficient to dispose of issue before Appeal Division in October 1997—Concluded stay should nevertheless be cancelled because applicant’s future in Canada did not seem promising—Natural justice requiring decision be set aside—If Board wished to review original stay, had jurisdiction to do so, however, natural justice requiring applicant be notified of Board’s intent and be given opportunity to respond—At no time prior to hearing did Minister request oral review take place—In fact, presiding member decided to hold oral review—Review of hearing transcript revealing applicant did not waive right to raise natural justice issue.

STOCKING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5331-97, Nadon J., order dated 6/7/98, 12 pp.)

Application to stay deportation of applicants, citizens of Bangladesh—In October 1994 applicant Begum giving birth to daughter seven days after conditional departure order made against applicant wife, husband and son—In January 1998 applicant wife giving birth to second child in Canada—Applicants filing application for leave and judicial

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

review in response to refusal in May 1998 of application for exemption under Act, s. 114(2)—Applicants citing disastrous and irremediable consequences for family unit—Applicants also citing Canada-Quebec immigration agreement and submitting officer who rejected application failed to address legal question of obligations imposed by Quebec Charter (ss. 39 and 47) on parents in relation to children—Application dismissed—Parents have choice of deciding whether to leave children in Canada or take children back to Bangladesh with them—Argument relating to Charter, ss. 39 and 47 accordingly cannot stand—No evidence parents will not fulfill obligations and responsibilities and that removing them would prevent them from providing moral guidance and material support of family—In addition, nothing to prevent applicants from pursuing application for leave and judicial review after returning to country of origin—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)—Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 39, 47.

AWAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3094-98, Rouleau J., order dated 3/7/98, 7 pp.)

Motion to stay removal order on ground likely to be subject to detention and torture by Nigerian authorities on return, both because Ogoni and member of resistance group, and as person having unsuccessfully made refugee claim abroad—Motion dismissed—Two jurisdictional issues: (1) Jurisdiction of Court to grant stay of deportation order where validity of order not in question; (2) Jurisdiction of Court to review decisions made respecting execution of deportation orders—On first issue, conflicting case law—Applicant’s essential point violation of Charter, ss. 7, 12 for respondent to remove applicant from Canada in circumstances where on return, likely to be detained without trial and subject to torture by Nigerian authorities—As would undermine jurisdiction of Court over this application if applicant removed to Nigeria prior to its disposition, Court has jurisdiction to stay removal until application determined: compare *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), at pp. 708-709—Second jurisdictional issue concerning amenability to judicial review of enforcement officer’s decision directing applicant to report for removal, when validity of deportation order itself not impugned—If applicant cannot challenge validity of removal to Nigeria at this stage, how else to protect legal right not to be exposed by Canada Immigration to torture and unlawful detention at hands of Nigerian authorities—Cardinal principle of our law that persons should not be denied effective remedy to vindicate legal rights, especially those guaranteed by Constitution—Accordingly, Court has jurisdiction to review validity of directions for applicant’s removal to Nigeria and to order its

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

stay, where, as here, applicant alleging likely to be tortured or detained by Nigerian authorities on return—Exercise of jurisdiction discretionary, guided by three-pronged test established in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 F.C. 535 (C.A.)—Serious issue whether removal from Canada of person likely to be subjected to torture or prolonged detention without trial contrary to Charter, ss. 7, 12—On evidence, Court not satisfied, on balance of probabilities, likely to experience these misfortunes if removed to Nigeria—Therefore, application for judicial review not raising serious question or fairly arguable case—Accordingly, Court declining to exercise discretion to stay applicant's removal—Unnecessary to consider irreparable harm and balance of convenience elements of *Toth* test—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.

UKPONMWAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4044-98, Evans J., order dated 13/8/98, 7 pp.)

*Immigration Inquiry Process*

Application for prohibition, injunction of immigration adjudication inquiry pending application for leave, judicial review—Applicant subject of immigration inquiry—Allegedly member of inadmissible class because convicted of offences in United States of America which, if committed in Canada, punishable by ten years' imprisonment or more, and facing charge of murder in first-degree in State of Illinois, offence punishable by death if convicted—Additionally, extradition proceeding to face first degree murder charge pending—Applicant seeking to prohibit inquiry on basis constituting abuse of process and effectively double jeopardy—Court can only issue prohibition, injunction against continuation of inquiry if satisfied adjudicator about to do something beyond jurisdiction as contrary to law or to Constitution: *Blanusa v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 27 F.T.R. 107 (F.C.T.D.)—As no evidence decision-maker exceeding jurisdiction or acting contrary to law, prohibition could not be granted—As to alternative request for injunction, tripartite test for determining whether interlocutory injunctions should be granted established in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 applied—No decision made after first inquiry started—After start of first inquiry, respondent asked for withdrawal of direction for inquiry because of commencement of extradition proceedings—As no decision, other than to terminate first inquiry made, applicant not facing double jeopardy—Commencement of "second" inquiry after withdrawal, termination of first inquiry not abuse of process—Inquiry pursuant to Immigra-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

tion Act, s. 27(1), (2) permitted pursuant to s. 34—Multiplicity of proceedings, i.e. inquiry and extradition, not abuse of process—Holding of "second" inquiry not abuse of process neither in itself nor taking into account issue of extradition proceedings—Applicant failed to show arguable case—Evidence of irreparable harm purely speculative—No evidence as to what may happen to applicant if decided should be removed from Canada—Mere continuation of immigration inquiry, and result thereof, even if issuance of deportation order, not irreparable harm—Removal from Canada, as result of being illegally in Canada not irreparable harm—Application denied—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5), (2) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16), 34.

YOUSIF V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2511-98, Teitelbaum J., order dated 23/7/98, 11 pp.)

*Inadmissible Persons*

Danger opinion—Application for judicial review of Minister's delegate's danger opinion pursuant to Act, s. 77(3.01) concerning applicant—Inland application for permanent residence provisionally approved, then refused on ground inadmissible as result of two criminal convictions (membership in criminal organization or triad and for blackmail)—Prior to appeal being filed, applicant ordered deported from Canada as found by adjudicator to be person described in Act, s. 27(2)(a)—Then, danger opinion—Application allowed—In absence of reasons, decision characterized as perverse on its face—Case law clear that in these cases, convictions alone not justifying danger opinion—There must be support for finding individual constituting present or future danger—No reason why applicant's explanations and evidence concerning circumstances surrounding two offences disregarded—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), 77(3.01) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 15).

LAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2842-97, Reed J., order dated 31/7/98, 9 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD)'s decision quashing deportation order—On application for permanent residence, respondent, citizen of Philippines, indicating marital status "unmarried", had no children—By signing application agreeing to advise Canadian immigration authorities if marital status changed or if had children prior to departure for Canada, indicating understanding any false

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

statement or concealment of material fact might result in exclusion or removal from Canada—Subsequent marriage, birth of child not reported to Canadian immigration authorities either before visa issuing or on arrival in Canada—On landing respondent signing record of landing certifying had no dependants, marital status “single”—Two years later respondent providing undertaking of assistance on behalf of husband, child—Thereafter Immigration Act, s. 27(1)(e) report indicating respondent obtained landing by fraudulent, improper means in so far as failed to advise immigration authorities had family, thus depriving officers of opportunity to determine whether grant of permanent resident status consistent with Act, regulations—Deportation order issued— IAD allowing appeal, quashing order—Whether IAD erred in law in assuming jurisdiction to hear, decide respondent’s appeal of deportation order—Key issue whether finding immigrant person described in s. 27(1)(e) voiding visa approving entry for permanent residence, thus precluding immigrant from exercising appeal rights to Appeal Division—Application dismissed—*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seneca*, [1998] 3 F.C. 494 (T.D.) applied—Applicant cannot accept validity of s. 27 determination for purposes of approving removal order while challenging validity in context of proceedings before IAD to appeal removal order—If visa void *ab initio*, by definition outstanding removal order not issued in accord with law, issuing under s. 27(1), rather than s. 27(2) relating to persons other than permanent residents—Within IAD’s jurisdiction to hear appeal—Question certified: where adjudicator finding person granted landing by means of improperly obtained visa pursuant to s. 27(1)(e) and removal order issued against that person, is person entitled to appeal that order to IAD by virtue of s. 70(1)?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5), (2) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16), 70(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. CHICO (IMM-3545-97, MacKay J., order dated 7/7/98, 10 pp.)

Application to stay deportation order pending determination of three applications for leave and judicial review of (i) Minister’s decision applicant danger to public in Canada pursuant to Immigration Act, s. 70(5), (ii) Minister’s decision to remove him from Canada, and (iii) removal officer’s decision to remove applicant on August 10, 1998—Applicant citizen of El Salvador—Landed in Canada as Convention refugee in 1984—In May 1993 report issued under Immigration Act, s. 27, alleging applicant permanent resident described in s. 27(1)(d)(ii), in that convicted of offence for which term of imprisonment of five years or

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

more may be imposed—In August deportation order issued—In July 1994 Immigration and Refugee Board, Appeal Division (IAD) dismissing appeal therefrom—In 1995 CRDD determining applicant not Convention refugee—In December 1995 determined not to be member of Post-Determination Refugee Claimants in Canada Class—Arrested for removal from Canada in January 1998, but released on conditions—Leave to commence judicial review application, motion to reopen appeal to IAD granted—In June 1998 Minister’s delegate determining applicant danger to public in Canada pursuant to s. 70(5)—Applicant having two infant children with Canadian citizen—Has sole custody of daughter, while son in Ministry home—Submissions restricted to irreparable harm, balance of convenience—Applicant’s primary argument on irreparable harm that family will be irrevocably divided if deported—Maintaining if deported will be unable to take either child with him to El Salvador—Law divided on whether disruption of family, without more, constituting irreparable harm for purposes of granting stay of removal from Canada—Evidence applicant will have number of options in respect of both children if deported to El Salvador—Removal not automatically causing irrevocable division of family—Applicant not establishing irreparable harm will flow from deportation in respect of division of family—Applicant’s secondary submission that if deported IAD will lose jurisdiction to entertain appeal thus causing him irreparable harm—On basis of *Tsang v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.), when danger opinion rendered under s. 70(5), applicant will lose right to appeal to Appeal Division if appeal hearing not commenced before July 10, 1995 (date s. 70(5) coming into force)—If applicant establishing hearing of appeal commenced prior to July 10, 1995 IAD will retain full equitable jurisdiction—If not establishing hearing of appeal commenced prior to July 10, 1995, no right of appeal according to *Tsang*—In either case, deportation not leading to irreparable harm—Applicant not establishing irreparable harm—Balance of convenience favouring respondent—Motion dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d)(ii), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13)—Act to amend the Immigration Act and the Citizenship Act and to make a consequential amendment to the Customs Act, S.C. 1995, c. 15, s. 13(4).

PORTILLO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-337-98, Richard A.C.J., order dated 7/8/98, 13 pp.)

Judicial review of removal officer’s decision to remove applicant to Somalia—Applicant, citizen of Somalia, landed in Canada as Convention refugee in 1990—On July 19, 1996 convicted of possession of weapon for purpose dangerous to public peace, and threatening death or bodily harm to person—Subject of report under Immigration Act,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

s. 27—Notified of possible issuance of Minister's opinion pursuant to ss. 70(5), 53(1)(d)—Invited to forward any representations, information or evidence regarding risk upon return to country from which sought refuge that could outweigh any danger might present—In 1997 Minister's delegate determined applicant constituted danger to Canadian public—In coming to such conclusion, Minister's delegate considering report containing detailed risk assessment, concluding danger to Canadian society outweighing any danger applicant may face upon return to Somalia—In 1998 deportation order issued—Applicant not contesting validity of deportation order—On application for order staying execution of deportation order, applicant must show (1) serious issue to be tried; (2) irreparable harm if order executed; (3) balance of convenience favouring applicant: *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2nd) 123 (F.C.A.)—Application dismissed—Applicant not showing serious issue to be tried, balance of convenience not favouring immediate execution of deportation order—In setting out submission on serious issue requirement, applicant relying entirely on *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 315 (T.D.)—*Farhadi* distinguishable as danger opinion process therein not amounting to risk assessment, whereas detailed risk assessment herein—While satisfied risk assessment must be made before individual like applicant returned to country of origin, Teitelbaum J. not accepting proposition as stated in *Farhadi* applicant entitled to risk assessment, determination apart from danger certification—As given risk assessment in accordance with fairness, natural justice, applicant failed to show serious issue to be tried—In considering balance of convenience, prime consideration not risk to applicant if returned to country of citizenship, but risk to Canada, Canadian citizens—Considering type of crime committed, how affecting individual Canadian, balance of convenience not favouring applicant—That applicant subject to risk, irreparable harm, not sufficient reasons to stay removal—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5), 53(1)(d) (as am. *idem*, s. 12), 70(5) (as am. *idem*, s. 13).

BARRE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3467-98, Teitelbaum J., order dated 29/7/98, 15 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee, Immigration and Refugee Board's decision denying motion questioning CRDD's jurisdiction to consider applicant's claim—Applicant Shiite Muslim, citizen of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Afghanistan, alleging persecution based on ethnicity, religion—Arriving in Canada in 1987—Convicted of trafficking in heroin, possession of narcotic for purposes of trafficking—Claiming refugee status at port of entry, and again in January 1988 at immigration inquiry—Inquiry adjourned for purposes of examination under oath—While examination under oath conducted, determination concerning applicant's claim never rendered, applicant becoming member of "backlog"—On January 1, 1989 Immigration Act amended so that between that date and January 31, 1993 refugee claims pre-screened for eligibility by adjudicator, member of Refugee Division in "credible basis hearing"—On October 7, 1992 inquiry convened by adjudicator—After two adjournments, resumed with only adjudicator present—Conditional deportation order issued, adjudicator alone referred claim to Refugee Division—This decision rendered 10 days after amendments to Act requiring referrals to Refugee Division be made by senior immigration officer or credible basis panel, except for cases under s. 110—S. 110 providing any inquiry commenced before coming into force of amendment shall continue to determination as though that provision not amended—Referral apparently made pursuant to transitional provision, s. 112—S. 112 requiring every Convention refugee claim made between January 1, 1989 and day on which s. 112 coming into force, and in respect of which no determination of credible basis made as of that day, to be referred to Refugee Division—Following referral, applicant found not to be Convention refugee on October 3, 1996 notwithstanding well-founded fear of persecution—Panel finding trafficking conviction excluding applicant from definition of "Convention refugee" by virtue of Art. 1F(c)—Subsequently applicant bringing motion for order CRDD not having jurisdiction to hear applicant's claim—Refugee Division dismissing motion, finding did have jurisdiction and in alternative *functus officio*—(1) Between January 1, 1989 and January 31, 1993 applicant member of backlog whose eligibility for refugee status to be determined at credible basis hearing before adjudicator and member of Refugee Division—Could only be referred to Refugee Division by credible basis hearing—As refugee claim antedated January 1, 1989, s. 110 applied and inquiry commenced October 1992 to continue to determination after credible basis hearing—S. 110 only requiring inquiry be commenced before enactment; that inquiry adjourned at time of 1993 amendment irrelevant as applicant remained subject of inquiry: *Sahayarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 831 (T.D.) (QL)—Convention refugee claim made in 1988, prior to introduction of 1989 amendments—Simple re-assertion of claim in 1992 not making s. 112 of transitional provisions applicable—Objection to jurisdiction not waived by failure to raise it during initial proceedings before Refugee Division—Objection brought by application for leave and judicial review timely—(2) Moot question whether CRDD erred in finding *functus officio*—Decision by Court on

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

whether CRDD erred in finding itself *functus officio* not resolving controversy affecting rights of parties—(3) In light of *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 holding conspiring to traffic in narcotic not violation of Art. 1F(c), applicant cannot be excluded from consideration as Convention refugee under Art. 1F(c) because of convictions for drug crimes—In excluding claim on this ground, CRDD erred in law—(4) If CRDD lacked jurisdiction, applicant cannot rely upon CRDD's finding of fact had well-founded fear of persecution, argue Court should determine applicant to be refugee—As CRDD without jurisdiction, no purpose served by sending matter back as, in most favourable circumstances, applicant would re-appear before Refugee Division—No prejudice caused to applicant by CRDD dealing with matter despite flawed referral procedures—Applicant ineligible for processing under Backlog Regulations since backlog class not to include persons described in Immigration Act, s. 19(1)(c)—While Court not having power under s. 18.1(3) to declare applicant to be refugee, may return matter to Refugee Division with direction Division issue such determination where Court satisfied that but for error of law, Division would have found applicant to be refugee—Order goes directing matter be returned to Refugee Division and that Refugee Division determine applicant to be Convention refugee—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11)—An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49, ss. 110, 112—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(c).

HOSSEINI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3873-96, IMM-4581-97, MacKay J., order dated 12/8/98, 25 pp.)

Internal flight alternative (IFA)—IRB panel found lack of persuasive evidence persons like applicant, young Tamil arriving from northern Sri Lanka, forbidden to settle in Colombo and found Colombo viable IFA—However, evidence in material before panel indicating police, in November 1996, introduced new rule allowing only three-day stay in Colombo for Tamils arriving from north—In circumstances, panel ignored evidence when determined Colombo constituted viable IFA for applicant—Furthermore, panel wrong in saying onus on applicant to test viability of IFA before seeking surrogate protection of Canada—Judicial review allowed.

ALVAPILLAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4226-97, Rothstein J., order dated 13/8/98, 3 pp.)

Application to set aside CRDD decision refusing to find applicants Convention refugees—Male applicant claiming

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

fear of persecution as member of social group (successful businessmen in Venezuela opposed to corruption and unwilling to pay bribes) and because of political opinions (belief in rule of law and opposition to corruption)—Application dismissed—La Forest J.'s dissenting opinion in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 not establishing victims of extortion falling within Convention social group—Herein, group targeted for extortion including not only those opposed to corruption but also those not opposed to corruption and those who pay even though opposed—Persecutory acts (extortion) not directed solely or primarily at those opposed to corruption—No nexus between class subject of extortion and Convention social group—Evidentiary basis not supporting argument persecution arising because of opposition to corruption—Extortion visited on all successful business people targeted—Alleged persecutor not targeting applicant because opposed to corruption but because successful businessman with money—Little evidence corruption within government or otherwise officially condoned by government—Applicants herein reported only initial extortion demand to state authorities in Venezuela, but not resulting mistreatment arising from failure to meet demand—Implicit in CRDD decision finding applicants failed to demonstrate Venezuela could not protect them if given opportunity to do so—Above reasons apply to female applicant.

GARCIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-444-98, Reed J., order dated 5/8/98, 7 pp.)

Appeal from immigration officer's decision refusing to allow applicant to make application for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds—Applicant arguing decision should be set aside because: (1) immigration officer should not have taken into account fact applicant excluded by CRDD from Convention refugee protection in accordance with Convention, Art. 1F(a); (2) if officer entitled to take fact into account, evaluated evidence in perverse manner, ignoring evidence before him, or that should have been before him; (3) decision leading directly to applicant's removal to Iran, thereby violating Charter, s. 12—Applicant, citizen of Iran, had served under Shah as military judge—Left Iran three days before Iranian revolution in 1979—Between 1979 and 1986, lived in several countries, arrived in Canada in 1986 and claimed refugee status—Although applicant had credible basis for refugee claim, found criminally inadmissible to Canada under Immigration Act, s. 19(1)(c) and medically inadmissible under Act, s. 19(1)(a)—Referred to CRDD for full hearing—Although CRDD found applicant would be at risk of persecution if returned to Iran, also found not Convention refugee as excluded from protection under Convention, Art. 1F(a)—CRDD held applicant had, *inter alia*, participated in

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

sentencing political opponents to death penalties, turned blind eye to torture of witnesses, knowingly participated in persecutorial acts by awarding death sentences to Muslim fundamentalists—Application for leave to seek judicial review of CRDD decision dismissed by FCA in March 1993—Respondent subsequently conducted “back-end” humanitarian and compassionate review to determine whether applicant should be processed for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds—Essentially similar evaluation to that which takes place under Immigration Act, s. 114(2)—Application dismissed—(1) Immigration officer properly considered Art. 1F(a) CRDD finding when making decision on “back-end” humanitarian and compassionate grounds—Decision making process contemplating weighing of all relevant factors and applicant’s past conduct one such relevant factor—(2) Weighing of evidence by immigration officer not perverse—Immigration officer entitled to confine his assessment to material before him—Transcript of 1992 CRDD hearing must be disregarded for purposes of present application as not part of record before immigration officer when made decision—“Perverse weighing of evidence” argument based on false characterization of decision as effecting removal of applicant from Canada—Decision attacked different and distinct from removal order—Therefore, removal order, rather than decision refusing humanitarian and compassionate grounds, properly subject of constitutional challenge: *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 315 (T.D.)—As removal order not before Court, Court cannot exercise discretion to convert present application into one that should have been made in order to deal with Charter issue—Noteworthy that applicant has lived elsewhere since fall of Shah and has intransigently refused to avail himself of avenues open to him—Given discretionary nature of “humanitarian and compassionate decision”, Court unable to conclude decision based on erroneous finding of fact made in perverse and capricious manner, or without regard to material on record, or based on error of law—Finding serious reasons to believe person has committed crime against humanity relevant to whether such discretionary authority should be exercised—In absence of reason to doubt correctness of CRDD decision, immigration officer entitled to rely upon that decision and subsequent refusal of FCA to grant leave for judicial review—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. 12—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 19(1)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (c) (as am. *idem*), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

ZAND-VAKILI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1612-98, Reed J., order dated 10/8/98, 7 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

*Permanent Residents*

Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) providing no person shall be granted admission to Canada as landed immigrant if might reasonably be expected admission will cause excessive demands on health, social services—Applicant’s son moderately retarded—Denied admission on ground might reasonably be expected to cause excessive demands on social services in Canada—Costs incurred in providing special education to him within public school system considered—Provincial legislation providing for children with special needs in school system, whether gifted or mentally challenged—Special education provided for mentally challenged children within public school system not social service for purposes of Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—In broad sense, social services meaning all social-type services provided by state to individuals—In narrower sense, meaning social services akin to welfare—If term used in broad sense in s. 19(1)(a)(ii), no need to identify health services as different, distinct category from social services generally—Had broad meaning been intended, likely s. 19(1)(a)(ii) would have been drafted to read “social services including health services”, not “health or social services”—That health services considered distinct from social services indicating education, including specialized education provided within school system, also distinct—Applicant arguing school attendance both right of student, mandatory requirement for school-aged children—Noting public education in nature of fixed right, provided in Canada to children, and social services not generally viewed as matter of entitlement in same sense—Instead viewed as benefit provided by Canadian society to those in need of assistance, often subject to means test for eligibility or cost recovery based on usage—Applicant also arguing explanation given by government officials of meaning of social services when legislation enacted in 1977 supporting interpretation equating social services with services of welfare type provided to persons who cannot support themselves—Applicant noting under most, if not all, provincial legislation, education services including that provided to children with special needs, dealt with under different legislative regime, and by different government department, than social programs and social services—Respondent relying on Trial Division cases accepting special education programs existing within public school systems social services within s. 19(1)(a)(ii)—With few exceptions, cases decided without benefit of argument special education programs existing within public school systems not social services—Such argument made in *Yogeswaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 129 F.T.R. 151 (F.C.T.D.) where decision opposite to one accepted herein—Question certified therein for Court of Appeal to decide matter—In case appeal in *Yogeswaran* not pursued, respondent given opportunity to make submissions with respect to possible certification of question—Applica-

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

tion allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

THANGARAJAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3789-97, Reed J., order dated 5/8/98, 7 pp.)

**CROWN****CONTRACTS**

Action for payment of amount owing on contract for demolition of old commercial wharf at Cap-Chat on St. Lawrence River and additional amount for losses incurred due to failure of Department of Public Works to fulfill contract—Concurrent claim by Aldège Banville for damages suffered personally due to same failure—Defendant alleged contract not performed in full and Department correct not to pay—Assignment of plaintiff company's property required in February 1993—All movable and immovable property assigned to Caisse populaire Desjardins of St-Robert de Rimouski which assigned in turn 75% of potential rights and interest in action still pending between plaintiff and Crown—Trial Judge dismissing action on ground remedies sought prescribed or without merit as clearly non-existent or based on assignments illegal under Financial Administration Act—Appeal allowed in part—Marceau J.A.: necessary to dismiss action for remedy sought by appellant, Aldège Banville, in own name as remedy necessarily delictual and plaintiff not establishing delictual act as direct cause of personal damage to Banville's reputation and solvency and remedy not exercised during period of prescription under Quebec law—Dismissal of action brought by plaintiff unfounded—Applicable period five-year prescription of former Civil Code, art. 2260 for contractual liability, not two-year prescription of art. 2261—Concerning "illegal" assignments, question of validity would arise only after judgment confirming existence of debt to company if such were case, and even then only for parties to case: trustee, Caisse populaire and of course Banville, sole shareholder of company—Not true that assignment totally void against respondent—Even if debt challenged in court, if alleged existence of debt directly related to contract, impossible to say not falling within exception of Financial Administration Act, s. 68(1)(a)—Also wrong to say assignment not absolute even if covering only 75% of debt—Finally, even though already held required notice strict condition for validity, condition sufficiently and validly met by amendments brought in pleadings—Desjardins J.A.: *Carex v. Canada* (1983), 46 N.R. 505 (F.C.A.) (in which Court found dismissal of an action brought by an assignee for recovery of Crown debt, on ground formal assignment procedures under Financial Administration Act, ss. 81(1), (2) not respected) distinguishable—Action in case at bar originally brought

**CROWN—Concluded**

jointly by plaintiff and PDG and sole shareholder, Banville, and not by assignee—What matters for present to establish whether Crown debtor for amount claimed—If so, Trial Judge must then determine if assignment effective against respondent—Civil Code of Lower Canada, arts. 2260, 2261—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 68(1), 81(1),(2).

ENTREPRISES A.B. RIMOUSKI INC. V. CANADA (A-874-96, Marceau, Desjardins, J.J.A., judgment dated 26/6/98, 18 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Appeal under Excise Tax Act, s. 82.1 against Minister's decision plaintiff's video lottery terminals (VLTs) "coin-operated games, amusement devices" subject to tax under Act, Sch. I, s. 2—Atlantic Lottery Corporation given mandate to manage, conduct computer supported lottery, to operate central computer system—In New Brunswick, VLTs privately owned, installed, serviced, maintained, repaired in return for specified percentage of net proceeds of VLT—VLT owners must be approved as members of New Brunswick Coin-Operated Machines Association (NBCOMA) in order to offer devices to Corporation for use—In November, December 1990, plaintiff agreed to purchase 100 model 8720A VLTs from American manufacturer approved by Corporation—Required to pay 10% excise tax totalling \$51,950 under Act, s. 23, Sch. 1, s. 2—Plaintiff objecting to levy from outset, contending VLTs not games, amusement devices but electronic data processing equipment for automated lottery tickets—Application for refund rejected—Whether VLTs subject to tax under Excise Tax Act as "coin . . . operated games or amusement devices of all kinds"—Taxation statutes to be interpreted according to normal rules of interpretation as they apply to other legislative enactments—Words to be given ordinary meaning, in context, harmony with scheme, object of enactment and with view to legislative intent—Meaning of gaming, amusement devices judicially considered, purposive interpretation applied in various contexts—Provision at issue herein not directed at specific mischief such as gambling, not of penal nature—Purpose of provision for taxation of certain devices coin-operated, used for games, amusement—Without deposit of coins, VLT cannot be activated—Once activated, player may engage in one of several betting games—Proceeds of VLT calculated net of winnings—Each VLT equipped with logic board assembly consisting of logic board, back-up memory board, communication board—Computer chips necessary to play games housed in VLT—VLT essentially device allowing patrons to play games, gamble by engaging VLT—VLTs coin-operated, used to play games whether on-

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

line with main computer or not—Even if comprised of electronic components, VLTs within “devices of all kinds”—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 23(1) (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 55), 81.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), Sch. I, s. 2 (as repealed by S.C. 1990, c. 45, s. 13).

047438 N.B. INC. v. CANADA (T-572-93, Cullen J., judgment dated 24/6/98, 16 pp.)

Appeal by way of trial *de novo* from CITT decision, arguing erroneously paid federal sales tax (FST) in 1990 on embossing and encoding services—Plaintiff manufacturing plastic cards for customers, and providing embossing and encoding services—Operations divided in two: (1) manufacturing; (2) embossing and encoding services—In manufacturing operations, invoice sent to customer after cards completed, except for embossing and encoding to be done by itself, customer or competitor—Plaintiff paid FST on cards invoiced to customers—Embossing and encoding done with information and data provided and owned by customer—Plaintiff also paid FST on embossing and encoding services performed for customers—In 1990, plaintiff's sales as follows: 5% for “bare” plastic cards, 10% for embossing and encoding services for plastic cards it did not manufacture, 85% “complete” plastic cards, including manufacturing, embossing and encoding—In 1992, plaintiff submitted application for refund of FST in amount of \$329,263, alleging had paid taxes in error, on basis clients licensed manufacturers and embossing professional service exempt from tax—Revenue Canada disallowed refund application—CITT allowed appeal solely in relation to transactions in which plaintiff embossed and encoded plastic cards manufactured by other licensed manufacturers—CITT found manufacturing, embossing and encoding single, continuous process—Issues (1) whether embossing and encoding for cards manufactured by plaintiff part of manufacture of cards for purposes of imposition of FST under Excise Tax Act, s. 50(1); (2) whether plaintiff's customers “manufacturer or producer” of cards within meaning of Act, s. 2(1)(b); (3) whether plaintiff liable for payment of FST as “marginal manufacturer” within meaning of Act, s. 2(1)(f); and with respect to cards provided by unlicensed manufacturers under contract of labour for purposes of embossing and encoding, (4) whether such services provided pursuant to contract of labour, within meaning of Act, s. 45.1; (5) if so, whether unlicensed manufacturer customers “manufacturer or producer” within meaning of Act, s. 2(1)(b)—Appeal allowed in part—(1) Case law on definition of “manufacturer” establishing manufacturing process may have more than one constituent part—Furthermore, “manufacture” must result in creation of article which has use or capable or performing new or different function—In applying principles enunciated in case law to facts of case, embossing and

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

encoding services performed by plaintiff on cards manufactured by it falling within meaning of “manufacture” as enunciated by S.C.C. in *The Queen v. York Marble, Tile & Terrazzo Ltd.*, [1968] S.C.R. 140—In plaintiff's system, plastic cards created in initial stage of manufacturing process could perform no useful function—Embossing and encoding process resulted in creation of fully functional card, personalized for use by end-user, therefore constituting integral part of manufacture of plastic cards—On evidence, title to cards did not pass to customer at time of invoicing, and embossing and encoding services did not constitute separate and distinct commercial activity in relation to goods owned by customer—(2) Plaintiff's customers “manufacturer or producer” within meaning of Act, s. 2(1)(b)—Case law confirming that existence of “sales or other right” one of predominant considerations in determining whether purchaser of manufactured goods “manufacturer or producer”—“Sales right” found to exist where circumstances established purchaser of manufactured goods had exclusive right to purchase goods in question—Other relevant considerations: extent to which purchaser provided specific instructions, purchased or provided equipment used in manufacture of goods, or otherwise exercised control over process—Customers herein had sole and exclusive right to purchase embossed and encoded plastic cards manufactured by plaintiff—Customers also exercised high degree of control over entire manufacturing process, including embossing and encoding stage—Proprietary artwork, information, material and equipment owned by customer figured prominently throughout embossing and encoding stage of manufacturing process—Plaintiff therefore erroneously paid FST on embossing and encoding services for cards manufactured by it—(3) Plaintiff not “marginal manufacturer”—(4) Parties agreed Act, s. 45.1 applied in circumstances where plaintiff embossed and encoded cards provided to it by unlicensed manufacturer customer—S. 45.1 imposing on plaintiff liability for payment of FST where contract of labour entered into between it and unlicensed manufacturer for embossing and encoding services—Plaintiff therefore did not erroneously pay FST for embossing and encoding plastic cards provided to it by unlicensed manufacturer under contract of labour—In conclusion, plaintiff erroneously paid FST on embossing and encoding services for plastic cards manufactured by it—However, plaintiff liable for and did not erroneously pay FST for embossing and encoding plastic cards provided to it by unlicensed manufacturer under contract of labour—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2(1) “manufacturer or producer” (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 1; S.C. 1990, c. 45, s. 1), 45.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 17), 50(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 42, s. 4).

GIESECKE & DEVRIENT SECURITY CARD SYSTEMS, INC. v. CANADA (T-2728-95, McGillis J., judgment dated 3/7/98, 26 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

Appeal from Trial Division decision ([1998] F.C.J. No. 446 (T.D.) (QL)) appellant not permitted to deduct from "sale price" in Excise Tax Act, ss. 42, 50, adjustment payments to jobbers selling appellant's goods to specialty purchasers at discount price—Appellant selling automotive solvents, thinners, various reducers—Relying on network of independent jobbers to distribute products—Jobbers entitled to abatement of sale price for products sold by them to specialty purchasers called "Special Market Purchasers"—Purchasers bought in larger quantities, paid less for products than appellant's primary purchasers such as body shops—"Specialty Market Program" designed for protection of jobbers—After credit granted to jobber, appellant reduced taxable sales by amount equal to subsidy, thereby reducing tax liability—MNR refusing to allow sale price reductions given to jobbers, assessing appellant for full sales price—Canadian International Trade Tribunal ruling in favour of taxpayer—Trial Judge reversing Tribunal's decision—Plain, ordinary reading of charging art. 50(1)(a) suggesting Parliament intended to impose tax on "sale price" of goods sold—Phrase "sale price" not by necessary implication excluding calculation of price reduction, if reduction later given on "sale price"—Art. 50(1)(a) relating to point in time when "sales tax" "payable", not when "calculated"—At time when property passed between appellant and jobbers, both bound by valid contract by which rebate, subsidy on sale price owed—Only element left actual calculation—Reduction in price therefore implicit at time property passed—Adjustment payments not paid to jobbers to promote, reward participation in appellant's Specialty Market Purchasers program—Jobbers not given "bonus", incentive, commission for number of sales to Specialty Market Purchasers—Subsidy awarded more in nature of credit meant to enable jobbers to compete effectively in sales to Specialty Market Purchasers expecting to buy at lower price than that paid by ordinary retail customers—Necessary for appellant to charge jobbers full listed prices and then reduce price once final sale made—Appeal allowed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 15, s. 16; R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 13), 50(1)(a).

CANADA V. BASF COATINGS & INKS CANADA LTD.  
(A-281-98, Desjardins J.A., judgment dated 2/7/98,  
9 pp.)

**EVIDENCE**

Application to admit signed statements of two deceased Ukrainian citizens as hearsay evidence—Statements obtained in 1994 by RCMP corporal during investigation into respondent's activities during World War II—Statements sought to be entered into evidence through testimony of corporal, interpreters—Admissibility of hearsay evidence determined in accordance with Supreme Court of Canada's teachings concerning requirements of necessity, reliability where traditional exceptions perhaps not directly appli-

**EVIDENCE—Concluded**

able—Statements obtained 50 years after events—Neither interviewer, interviewees spoke, understanding other's language—Interviews not akin to court proceeding—Neither video nor audio recording of interviews—No verbatim transcript of questions, answers—Signed statements unsworn, although "caution" referring to Ukrainian Code of Criminal Procedure, Criminal Code signed at outset of interviews—Implied obligation to testify truthfully; refusal to testify subject to period of corrective labour, fine—Contradiction between part of caution warning of consequences of refusing to testify and voluntary participation described by corporal—Such confusion making it impossible to appreciate what witness really understood in signing caution—Caution of little value in enhancing reliability of statements—Neither interpreters nor corporal recalling much of interviews—Comparison of corporal's personal notes, English translation of signed statements revealing omissions rendering signed statements less complete, reliable than corporal's notes—Hearsay evidence bearing none of indicia of reliability set out in recent decisions—Absence of oath complicated by confusion in caution—Absence of mechanical recording rendering impossible assessment of differences between police officer's notes and those of interpreter—If discrepancies in notes cannot be verified, cannot determine whether hearsay statements made under circumstances substantially negating declarant mistaken: *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915—Influence of Ukrainian state security officials only shortly after collapse of Soviet Union on interviewee cannot be tested through cross-examination—In assessing reliability of hearsay evidence, judge has right to review statement, but may choose not to do so—Process surrounding acquisition of statements so far short of meeting requirement of reliability, Lutfy J. deciding not to review statements beyond portions adduced in evidence—Not satisfied interviewees having "peculiar means of knowledge" (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531), meaning something other than any person purporting to have direct knowledge of any event—Not convinced review of entire statements might change negative assessment of reliability—Two-stage process, appropriate herein, may not be so in other situations.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)  
V. KISLUK (T-300-97, Lutfy J., order dated 4/8/98,  
10 pp.)

**INCOME TAX****PENALTIES**

Appeal from Tax Court judgment, allowing respondent's appeal from assessment under Income Tax Act for failure to comply with requirement to pay—Income Tax Act, s. 224(1) permitting Minister to require person "liable to make a payment" to tax debtor to pay to Receiver General moneys otherwise payable to tax debtor—S. 244(4) imposing civil penalty for failure to comply equal to amount required to be

**INCOME TAX—Continued**

paid pursuant to s. 224(1)—In 1987, tax debtor establishing self-directed RRSP with respondent—Funds invested in five-year guaranteed investment certificate (GIC)—When requirements to pay served, GIC had matured for almost one year; tax debtor had issued instructions to respondent to cancel plan, deposit proceeds in daily interest savings account or pay proceeds directly to him after deducting therefrom withholding tax—Respondent refusing to comply with requirement to pay—Minister issuing notice of assessment—Tax Court holding RRSP not terminated, but continued as trust, and no moneys payable by respondent to tax debtor—Holding s. 224(1) applies only to person under obligation to pay debt—Since respondent as trustee not owing debt to tax debtor, not liable to make payment to tax debtor—(1) Whether respondent required to comply with s. 224(1) requirement; (2) if so, whether liable to pay to appellant, pursuant to s. 224(4) amount required to pay to Receiver General pursuant to s. 224(1) requirement—Appeal allowed—Ordinary meaning of “liable” in legal context denoting fact person responsible at law—S. 224(1) requirement not confined to debtor-creditor relationship, as is garnishee order: *Discovery Trust Co. v. Abbott*, (1982), 38 B.C.L.R. 55 (S.C.)—Extends to any case where trustee “liable to make payment to taxpayer”—Tax Court erred in limiting “liable to make a payment” to debtor-creditor situations—Only relevant question: did respondent have responsibility at law to make payment to tax debtor on February 1, 1994?—Respondent did have such responsibility—Terms and conditions of tax debtor’s RRSP contemplating establishment of trust, under which tax debtor settlor and *cestui que trust* and respondent trustee—Tax debtor as settlor and *cestui que trust* having right, exercisable at his discretion, to withdraw all or portion of trust *res* on 30 days written notice to respondent—Tax debtor’s instructions clear: after GIC matured wanted net proceeds of RRSP for own use, enjoyment—Tax debtor having contractual right, enforceable in law, to have net proceeds paid to him—Respondent having corresponding contractual obligation to make payment requested—Legal obligation sufficient to bring respondent within scope of “person liable to make a payment” to tax debtor within meaning of s. 224(1)—Ordinary dictionary meaning of “payable”: when claimant in position at law to enforce payment: *Canada (Attorney General) v. Yannelis* (1995), 130 D.L.R. (4th) 632 (F.C.A.)—Proceeds of RRSP payable to tax debtor when requested payment following maturity of GIC—Consequently when s. 224(1) requirement issued, three conditions precedent in s. 224(1) satisfied—Requirement to pay valid—Respondent obliged to comply therewith—Since respondent not offering explanation, excuse to avoid application of s. 224(4), Minister correctly issuing assessment—*Per McDonald J.A.* (concurring in result): given equitable obligations placed upon trustee, in absence of express language stating s. 224(1) applies to trustee, strong argument s. 224(1) should be confined to creditor-debtor relationship—Helpful if legislation clearly set out intention

**INCOME TAX—Concluded**

trustee to breach fiduciary obligation—Applicability of s. 224(1) to trustee limited—Only reason respondent within confines of s. 224(1) because tax debtor instructed trustee to pay proceeds of RRSP directly to him within 90 days of respondent receiving Revenue Canada’s demand letter—Respondent therefore becoming person liable to make payment to tax debtor—If terms of trust forbidding tax debtor from cashing out trust, respondent not within confines of s. 224(1)—Similarly if no request for payment by tax debtor, s. 224(1) not applicable—S. 224(1) implying trustee only caught under it if payment requested being paid directly to tax debtor, not someone else—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 224(1) (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 101), (4).

CANADA V. NATIONAL TRUST CO. (A-969-96, Isaac C.J., judgment dated 3/7/98, 28 pp.)

**INJUNCTIONS**

Appeals from denial of stay of execution of injunction—Permanent injunction enjoining appellants from manufacturing, distributing any pharmaceutical composition containing zidovudine, ordering delivery up for destruction of existing inventory of zidovudine capsules granted—Both appellants manufacturing, distributing zidovudine capsules for many years—Both building favourable reputation for products—Both negotiating long-term contracts for products with several Canadian hospitals, developing significant export sales—Appeals allowed—*Per Marceau J.A.* (Linden J.A. concurring): if appeal successful appellants suffering important loss of profits—As respondents not providing undertaking as to damages, no way for appellants to recover losses—Financial harm alone not sufficient basis for stay of injunction—Non-compensable losses appellants will sustain by having been forced to leave market temporarily will exceed value of inventories, deprivation of sales profits for limited time—Loss of market share because of nature of market having serious repercussions extending long after favourable appeal judgments—Severe, irreparable harm to appellants—Since appeals raising serious questions, stay of execution refused only if postponement of injunctive orders causing respondents equally irreparable harm in eventuality of unfounded appeal and balance of convenience not favouring stay—Motions Judge not making finding of irreparable harm to respondents—Only damage to respondents loss of sales to appellants, compensable by payment equal to sales revenue—*Per Robertson J.A.*: line of cases beginning with *Laboratoire Pentagone Limitée v. Parke, Davis & Company* [1968] S.C.R. 269, and on which Motions Judge based decision not to grant stays largely overturned by Supreme Court of Canada’s decisions in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 and *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—Appellants will suffer irreparable harm if stay not granted—Harm likely to persist

**INJUNCTIONS—Concluded**

long after successful appeal—Harm irreparable because no one against whom losses may be recovered—Respondents would not suffer irreparable harm if appellants allowed to market respective products—Balance of convenience favouring appellants having regard to respondents' refusal to give undertaking to pay damages for losses caused by continued imposition of injunction through to successful appeal—Argument would expose them to unlimited liability not persuasive, if only because such undertaking required if successful in obtaining interlocutory injunction at outset—That not required by law not persuasive—Interests of justice demanding maintenance of "*status quo*" pending disposition of appeals.

APOTEX INC. V. WELLCOME FOUNDATION LTD.  
(A-294-98, A-295-98, A-310-98, Marceau and Robertson J.J.A., judgment dated 24/7/98, 10 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to quash payment order issued pursuant to Canada Labour Code, s. 251.1(1) on grounds either outside jurisdiction of issuing inspector as business in respect of which purported to issue order not within jurisdiction of Parliament of Canada or breach of procedural fairness—Applicant's bus business including on-demand charter service, available for interprovincial trips until June 2, 1995—Less than 1% of charter trips in one-year period extending beyond Nova Scotia border—Interprovincial charters representing 1.5% of applicant's revenues, 2% of total kilometres driven—Applicant not participating in "interlining" whereby tickets issued by one carrier for destinations beyond licensed service area of that carrier, through use of transfer and revenue sharing agreements made amongst major carriers—Employees filing complaints with Human Resources Development Canada claiming general holiday, overtime, vacation pay pursuant to Code for period from June 1, 1993 to June 2, 1995—Applicant refusing to give inspector access to payroll records—Lack of cooperation designed to bring matter before courts so that question of whether applicant's business under federal jurisdiction could be resolved—Payment order based on calculations using information provided by individual claimants—Notwithstanding applicant's request, inspector not providing applicant access to information provided to her by claimants—Applicant submitting failure to provide access to such information violation of procedural fairness—Application allowed—Right to be heard principle of natural justice at issue—Having often refused to participate in process in order to bring matter before court, applicant cannot now claim unfair treatment in not being granted access to information in inspector's possession—Cannot allege breach of natural justice where breach, if any, precipitated by applicant's conduct—Code, s. 86 providing

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

Part III applying only in respect of employees employed upon or in connection with operation of any federal work, undertaking, or business—S. 2 defining "federal work, undertaking or business" as any work, undertaking or business within legislative authority of Parliament, including work or undertaking connecting any province with any other province, or extending beyond limits of province—Applicant's business subject to Code only if demonstrated within ambit of Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a) as undertaking connecting Nova Scotia with another province, or extended beyond limits of Nova Scotia—Necessary to ascertain essential nature of operation, i.e. whether undertaking in pith and substance interprovincial—Essential nature of applicant's business to provide transportation bus services in, around Halifax—Courts often holding undertaking within federal regulatory authority even if small percentage of business activity interprovincial, international—But primary indicia for determination of whether transportation undertaking in pith and substance federal remaining whether interprovincial services continuous, regular part of undertaking's operations—"Percentage of interprovincial" business test should not be relied upon to make such determination—Even marginal amount of unscheduled, interprovincial traffic may be sufficient to find undertaking regular, continuous if establishing applicant "stands ready at any time" to conduct such service, that applicant gone to expense of acquiring necessary licences, permits, and that sufficient frequency in interprovincial trips made: *R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.* (1964), 46 D.L.R. (2d) 700 (Ont. H.C.)—While applicant stood ready to provide interprovincial charter service, did so only 30 times over one-year period, representing less than 1% of all of applicant's charter traffic—Low volume, limited frequency of applicant's unscheduled, interprovincial trips indicating "interprovincial" portion of applicant's business exceptional, rather than "normal or habitual" or "regular and continuous"—That applicant not engaging in "interlining" also suggesting bus business not interprovincial in scope—Applicant's occasional, infrequent, unscheduled interprovincial charter service merely incidental to, in pith in substance, local transportation undertaking: *R. v. Manitoba Labour Board, Ex parte Invictus Ltd.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 517 (Man. Q.B.)—Applicant's business not within Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a) during relevant time, not meeting definition of "federal work, undertaking or business, within Code, s. 2—Payment order *ultra vires*—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. 92(10)(a)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 "federal work, undertaking or business" (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17), 86, 251.1(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 42, s. 37).

ZINCK'S BUS CO. V. CANADA (T-1175-97, Wetston J., order dated 29/7/98, 12 pp.)

## MARITIME LAW

## PRACTICE

Motion for order revising in part order for payment out of portion of security for costs and interest accrued thereon held by Registry—Plaintiff insurer's action to recover amounts paid to insured (ship *M. V. Beograd*) for damages to cargo as result of collision with *Federal Danube* dismissed at trial; appeal dismissed in F.C.A.; appeal allowed in Supreme Court of Canada, which ordered new trial and awarded costs to plaintiff before Supreme Court and before F.C.A.—In April 1998, both plaintiff and defendants filed respective motions pursuant to R. 315, asking Court to allocate to either one or other or both, in whole or in part, amounts posted by plaintiff as security for defendants' costs in first trial—Prothonotary dismissed in full plaintiff's motion, indicating S.C.C. had not ordered parties be reinstated to *status quo ante*—Prothonotary also noted orders for security rendered under R. 446 should not be altered, since not future order for security could have retroactive effect to cover costs already engaged by defendant in past proceedings—Prothonotary also dismissed, in part, defendants' motion, since S.C.C. had not granted costs to them for first trial, but agreed with alternative demand that monies paid in not be touched at this time—Also ruled that plaintiff's application should be refused and amount of security should be kept in Court for ultimate disposal by trial judge at new trial—Plaintiff taking issue with Prothonotary's decision, submitting that part at least of security paid in by plaintiff should be returned—Appeal dismissed—Application of standard for intervention set down in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—Prothonotary's decision not requiring intervention as not based on wrong principle or upon misapprehension of facts—And question of costs not vital to final issue of case at hand—Well-settled practice that costs at trial should be left to be decided by judge hearing new trial—Depending on outcome, question of costs and amount paid in to date will be subject of trial judge's ruling—In meantime, Prothonotary right in refusing to order any payment out and in maintaining *status quo*—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 446 (as am. by SOR/90-846, s. 14).

PORTO SEGURO CAMPANHIA DE SEGUROS GERAIS V. BELCAN S.A. (T-2057-85, Joyal J., order dated 11/8/98, 6 pp.)

## PATENTS

Application pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations for order prohibiting Minister from issuing Notice of Compliance (NOC) to respondent Apotex in respect of ciprofloxacin hydrochloride (cipro) until after expiration of Canadian Patent No. 1,322,334 (334)—Application brought in response to 1995 notice of allegation

## PATENTS—Continued

(NOA) by Apotex alleging invalidity of 334 patent on basis disclosing no invention beyond what claimed in patent 1,218,067 (067)—Bayer characterizing third of six NOAs as abuse of process on basis prohibition order concerning 334 patent which now final decision and lack of significant progress in appeal from prohibition order concerning 067 patent—Also, arguing eventual adjudication of applications for prohibition orders concerning fourth and fifth NOAs and statement of claim render proceeding moot and waste of effort for all concerned—Bringing of more than one NOA before Court, provided separate and distinct from others, cannot be seen as abuse of process—On basis of F.C.A. decision in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 76 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.), there could have been no suggestion of abuse of process at time this NOA issued—No evidence in this proceeding concerning substantive issues in applications concerning fourth and fifth NOAs and statement of claim—Cursory review of fourth and fifth NOAs and Bayer's statement of claim, with no other evidence, not sufficient basis upon which to determine in serious way this proceeding moot—Assertion of mootness not establishing abuse of process—Mootness one thing, abuse of process another—If proceedings concerning third, fourth and fifth NOAs so related as to make proceeding moot, may have been open to either party for reasons of efficiency or otherwise to take up suggestion of Strayer J.A. in *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.) that with modicum of cooperation and good sense of parties, trial judge might in appropriate case order evidence and argument of all such matters be dealt with in same prohibition proceeding or at same time—On main issue, Bayer has failed to establish that Apotex allegation of invalidity of 334 patent not justified—Accordingly, application for prohibition order dismissed—Bayer relying on statutory presumption of validity in Patent Act, s. 43—On evidence, both patents concern same compound cipro—First claim in 334 patent for composition comprising as active ingredient pharmaceutically effective amount of cipro with pharmaceutically acceptable diluent or carrier—Bayer has acknowledged no new inventiveness in 334 patent other than in compound itself—Application of *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49 wherein S.C.C. held addition of inert carrier to original compound nothing more than dilution and did not result in further invention over and above that of compound itself—In *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536, S.C.C. reiterated principle that in absence of any inventive ingenuity other than original patent, no invention in composition—Therefore, whether compound is medicine or not or regardless of whether Act, s. 41 in play or not, must be inventive ingenuity other than that in compound itself if separate patent to issue for composition—Patent Rules, ss. 58-60, routinely applied by Patent Office to require applicants to file divisional applications in respect of different embodiments when

## PATENTS—Continued

no unity of invention, cannot be used to extend patentee's monopoly rights as would create serious anomaly in law—Patent Act as interpreted by judicial pronouncements must prevail over administrative practice—In conclusion, evidence, when assessed in light of *Farbwerke Hoescht*, sufficient to rebut presumption of validity in Act, s. 43, at least for purposes of this summary proceeding—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 41, 43—Patent Rules, C.R.C., c. 1250, ss. 58, 59, 60—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

BAYER INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1596-95, Lufy J., order dated 20/7/98, 22 pp.)

Application for judicial review to require Minister maintain Register in accordance with Regulations and case law—Applicants seek *mandamus* to maintain Patent Register under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations in accordance with Regulations; injunction requiring Minister not to list on Register patents containing only claims for processes or intermediates or otherwise irrelevant claims; *mandamus* requiring Minister to delete any patent now listed on Register containing only claims for processes or intermediates or otherwise irrelevant claims; *mandamus* requiring Minister to amend current "Form IV" under Regulations so that patentee must certify patent containing claim for medicine or use of medicine—Reference to background and facts set out in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1997] 3 F.C. 752 (T.D.)—Present application representing, to some extent, converse of application in latter case—Applicants concerned process of purging of Register that Minister engaged in did not go far enough as did not purge all patents containing only process claims—Further, Minister made no attempt to purge patents containing only intermediate claims—Application dismissed—Subject matter of application not properly subject of judicial review—Matter sought to be reviewed described as course of conduct of Minister in maintenance of Register, not program—Minister's course of conduct more amenable to review through public consultation and political process—Parliament, in enacting Patent Act, s. 55.2(4), and Governor in Council, in enacting pursuant to that provision regulatory scheme of which Register component, could not have contemplated judicial review of Minister's course of conduct in maintenance of Register—Applicants, generic drug manufacturers, not directly affected by Minister's course of conduct in maintaining Register, within meaning of Federal Court Act, s. 18.1—Applicants not "second persons" with identifiable direct interests at stake under Regulations under which Minister maintains Register—Insufficient that applicants have general interest in manner in which Minister maintains Register, must establish direct effect—Applicants have other effective ways to bring matter before Court when specific patent in new drug submission involved and proceeding

## PATENTS—Continued

commenced against them as provided in Regulations—Therefore, even if subject matter of application proper subject of judicial review, applicants nevertheless lack standing to bring application—Although unnecessary to do so, substantive issue raised by application and question of appropriate relief will be considered—On basis of evidence presented, difficulty and cost of conducting full purging of Register could not be major considerations—Absence of evidence on behalf of Minister leading to inference Minister could not provide evidence to establish decision not to fully purge Register in accordance with decisions of this Court based upon proper considerations and not extraneous grounds—In light of advice of patent examiner in Canadian Intellectual Property Office that it would take only 15 to 20 working days to check entire Register and in absence of evidence on behalf of Minister, in absence of considerations previously addressed in reasons, applicants would be entitled to relief—As to appropriate relief, if any—Minister's duty under Regulations, s. 3 to maintain Register of information submitted under s. 4, public duty—Duty owed to public, not exclusively or even primarily to first or second persons—Minister's duty purely administrative and ministerial in nature—Applicants have adequate alternative remedies—Compelling performance of Minister's duty not something for which *mandamus* should issue in favour of applicants on facts of this matter—Same conclusion, for essentially same reasons, in respect of prohibition—If applicants were found to have standing in respect of judicially reviewable matter, relief would be declaration Minister required to maintain Register in accordance with law and, on evidence, not doing so—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 3 (as am. by SOR/98-166, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.4 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).

APOTEX INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2070-97, Gibson J., order dated 29/7/98, 19 pp.)

## PRACTICE

Appeal pertaining to procedural matters under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Appellants (Merck) filing Patent List in respect of simvastatin tablets Canadian Patents Nos. 1,161,380 and 1,199,322—Respondent Apotex Inc. alleging Merck Patents would not be infringed by proposed formulation of simvastatin tablets—Apotex bringing motion for protective order, order setting schedule for filing of affidavit evidence once protective order in place—Merck agreeing to terms of protective order—Motions Judge making order setting schedule for filing of affidavit evidence—Merck objecting to order on following grounds: (1) Apotex should not be allowed to disclose process to Merck without supporting disclosure with

**PATENTS—Concluded**

affidavit; (2) Merck should not be forced to file own affidavit evidence with respect to Apotex's process before Apotex files own affidavit evidence—Merck's first argument confusing disclosure of evidence, filing of evidence—Motions Judge's order merely allowing Apotex to disclose process to Merck once protective order in place—Disclosure completing Notice of Allegation generic company required by Regulations, s. 5(3) to serve on manufacturer and which must contain "a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation"—Once protective order obtained, process disclosed as part of notice—Merck, as moving party in proceedings under s. 6(1), having initial evidentiary burden—Merck's second argument also ill-founded—Merck could have decided not to complete record with additional affidavits—Whatever Merck does, Apotex's process could not make its way into evidence unless Apotex itself files it as part of its application record—Introduction of presumption in Regulations, s. 6(6) irrelevant to sequence of events prescribed by Rules of Court—Presumption applies whether evidence confidential or not and, where confidential, whether confidentiality agreed to by parties or ordered by Court—Appeal dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(3) (as am. by SOR/98-166, s. 4), 6(1) (as am. *idem*, s. 5), (6) (as am. *idem*).

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-223-98, Décarý, J.A., judgment dated 2/7/98, 8 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Applicant seeking, in proceedings commenced in July 1995 to have respondent's trade mark struck out—Respondent filed reply in September 1995, but no affidavit material—Proceeding has languished since then, although parties have negotiated—Matter set to be heard in September or October 1998—Respondent now wishing both to file affidavit and cross-examine author of affidavit submitted by applicant—Application filed under old Rules but heard after new 1998 Rules had come into effect—Crux of present issue whether respondent ought to have leave to file affidavit late: right to cross-examine, under new r. 308, would then follow, without need to apply for leave—Time requirements laid down by rules of court not merely targets to be attempted: rules to be observed, particularly when non-compliance with time limits might cause prejudice to one or more of parties—At same time, overriding principle that justice must be done—On application for leave to file affidavit late, Court must consider reasons for delay and intrinsic worth of affidavit (relevance, admissibility, and potential use to court)—Upon request for leave to file document out of time, must be balancing of seriousness of delay against potential

**PRACTICE—Continued**

value of affidavit: *Maxim's Ltd. v. Maxim's Bakery Ltd.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 240 (F.C.T.D.)—Delay herein to some degree mutual, with various attempts to reach settlement—Affidavit critical in order for respondent to mount any real opposition and likely relevant, admissible and potentially useful to court—Delay herein not that serious in view of explanations and fact delay to some extent mutual—In present case, potential value of affidavit material and reason for delay outweigh delay itself—New r. 308 now providing for cross-examination on affidavit as right, change from old R. 704(6), interpreted to require party to trade mark matter wishing to cross-examine show ambiguity or confusion in order to obtain leave—Fact respondent might not have been granted cross-examination under old Rules vesting applicant with no substantive right by which to contest cross-examination—However, while r. 308 allowing cross-examination as right, not excusing past default or failure to move with diligence to cross-examine in 1995 when affidavit and recollections fresh—Prejudice to applicant can be rectified by award of costs, including time spent by counsel to prepare author of affidavit and cost of cross-examination itself, which can only be greater now—In conclusion, considering and balancing all of factors and notwithstanding error on part of respondent, in failing to file affidavit when it ought to have done so, justice of case requiring leave to now file affidavit be granted—Costs of motion and cross-examination to applicant in any event—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704(6) (as am. by SOR/92-726, s. 9)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 308.

AIRCRAFT TECHNICAL PUBLISHERS V. ATP AERO TRAINING PRODUCTS INC. (T-1458-95, Hargrave P., order dated 15/7/98, 9 pp.)

Appeal from order permitting cross-examination on affidavits—Application arising in appeal from decision of Trade-marks Opposition Board proceedings—Harriet Brown & Co. filing reply, supporting affidavits in response to appeal—In February 1998 appellant serving three further affidavits, requesting consent to filing, advising of proposed motion to permit cross-examination on affidavits—Until April 25, 1998, Federal Court Rules then applicable (R. 704(6)) permitting cross-examination on affidavits in trademark appeal proceeding only with leave of Court—In practice leave restricted to cases of ambiguity in affidavit, leave limited to matter considered ambiguous—Cross-examination could not be undertaken before all affidavits filed—No time limit for applying for leave to cross-examine—Despite repeated requests by appellant, Harriet Brown only refusing consent after Federal Court Rules, 1998 in force—Under 1998 Rules, no limitation on right to cross-examine on affidavits filed in appeal of Trade Mark Opposition Board decision proceedings—Rr. 83, 308 permitting cross-examination without necessity for leave, to be completed within 20 days of filing of affidavit—Associate

**PRACTICE—Continued**

Senior Prothonotary's order permitting cross-examination on both affidavits because ambiguity in one—Appeal dismissed—1998 Rules applicable to disposition of this application, motion for extension of time before Associate Senior Prothonotary—Under 1998 Rules, extension of time necessary since 20 days specified for cross-examination as of right on affidavit long since passed—Limitation on scope of cross-examination to ambiguous matters no longer applicable—Appropriate test for extension of time set out in *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.)—Clearly appellant intended to cross-examine on affidavits in question, but not free to do so without leave, as required prior to April 25, 1998, until had filed all evidence—Appellant not delaying in applying for extension of time, leave to file supplementary affidavits, once clear Court order required to file desired evidence—Extension of time not prejudicing Harriet Brown & Co.—While reasoning underlying order in error, in so far as based upon finding ambiguity in one or both affidavits in question, applying test in *Grewal*, result of order not in error in proper exercise of discretion in granting extension of time for cross-examination—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704(6) (as am. by SOR/92-726, s. 9)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 8, 83, 308, 501.

GARBO GROUP INC. V. HARRIET BROWN & CO.  
(T-2432-97, MacKay J., order dated 8/7/98, 8 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Want of Prosecution*

Motion under Federal Court Rules, 1998, r. 167 for order dismissing action on ground undue delay in prosecuting action—R. 167 permitting Court to dismiss proceeding, impose other sanctions on ground undue delay in prosecuting proceeding—Statement of claim filed, served September 1995—Statement of defence, counterclaim served November 1995—No further steps taken until July 1997 when defendant receiving notice of intention to proceed—Affidavit of documents filed in January 1998, served in March 1998—Under former R. 440, such application based on “want of prosecution”—Classic test for “want of prosecution” including inordinate, inexcusable delay seriously prejudicing defendants—Motion dismissed—By adopting terminology of “undue delay”, r. 167 reflecting classic test—“Undue delay” not unlike “inordinate delay”, but at same time implying through term “undue” concept of inexcusable delay resulting in serious prejudice—When classic test applied herein, “undue delay” not established—No evidence defendants seriously prejudiced by delay—Applying approach reflected in *Hagwilget Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1996), 115 F.T.R. 268 (F.C.T.D.), balancing of interests not warranting dismissal of action—R. 167 authorizing imposition of other sanctions on ground of undue delay—While requiring

**PRACTICE—Continued**

plaintiff to move under r. 384 to have action managed as specially managed proceeding not another sanction, appropriate to impose as condition of dismissal of motion—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 167, 384—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 440.

RUGGLES V. FORDING COAL LTD. (T-1948-95, Gibson J., order dated 18/8/98, 6 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Summary Judgment*

Application for partial summary judgment against plaintiffs—Plaintiffs engaging in design, manufacture, sale of children's building toys, accessories sold under trade mark “Lego”—“Lego” brick or block design, composition same since 1958—Plaintiffs alleging bricks having distinctive look, making them immediately identifiable to purchasers, users—Seeking trade mark protection for this “look” in design referring to as “Lego Indicia trade mark”—Defendant manufacturing, distributing, selling toy construction bricks in association with “Mega Blocks” trade mark, including “Micro” line of bricks similar, if not identical in size, shape, often colour, to “Lego” bricks—“Micro” line first marketed in Canada in 1991—Packages state “works with leading brand”, “works with other brands”—Amended statement of claim alleging defendants applying “Lego Indicia trade mark” to its building bricks, other parts since approximately 1991—Alleging breach of Trade-marks Act, ss. 7(b), (d), 22—Amended statement of defence denying “Lego Indicia” trade mark; pleading at most Lego Indicia trade mark clearly descriptive of sole or primary functional feature of Lego components; Lego Indicia trade mark solely or primarily functional, not properly protectable as trade mark—Defendants alleging, if trade mark rights can be acquired in “Lego Indicia trade mark” not distinctive of Lego or of Lego products—Denying engaging in misleading advertising—In relation to s. 7(b) claim, defendants relying on evidence directed primarily to alleged relationship between “Lego Indicia trade mark” and disclosures, claims, illustrations of three expired Canadian patents—Defendants relying on *Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 185 (F.C.T.D.) for proposition patentee cannot assert trade mark rights to way expired patent directing public to make invention—In granting summary judgment in that case, Richard J. citing U.S. Federal District Court decision between same parties on same subject, since reversed on appeal—Defendants not filing any evidence in response to allegations regarding similarity of trade dress and get-up, impact of use of expressions “works with leading brand”, “works with other brands”—Application dismissed—Federal Court Rules, RR. 432.1-432.7 governing applications for summary judgment—R. 432.3(1) mandating Court shall grant summary judgment if satisfied no genuine issue for trial—Onus on applicant for summary judgment carrying

**PRACTICE—Continued**

with it evidentiary burden where, as on this application, substantial dispute as to facts or inferences to be drawn therefrom—Evident from opening words of R. 432.2(1) if evidence not presented by applicant on any aspect or ground of motion for summary judgment where substantial dispute as to facts or allegations of inferences to be drawn therefrom, no burden transferred to respondent—In absence of any such evidence, adverse inference drawn from failure to lead evidence—Taken as whole, evidence adduced by defendants on this application unimpressive—Appears to speak to Lego's claim under s. 7(b), but to bear no relationship to claims under ss. 7(d), 22—Defendants failed to meet onus on it on this application—Adverse interest drawn against defendants—Plaintiffs satisfying requirements of R. 432.2(1), demonstrating genuine issues for trial with respect to each of claims under s. 7(b), (d), 22(1)—Although evidence unimpressive, that finding alone not warranting order granting costs out of normal range or providing for payment of costs forthwith—Motions for summary judgment, in appropriate cases, should not be discouraged by extraordinary awards of costs—Plaintiffs awarded costs on ordinary scale—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432.2 (as enacted by SOR/94-41, s. 5), 432.3 (as enacted *idem*)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7, 22.

KIRKBI AG v. RITVIK HOLDINGS INC. (T-2799-96, Gibson J., order dated 23/6/98, 35 pp.)

**PARTIES***Intervention*

Canadian Human Rights Commission (CHRC) applying to intervene in proceeding commenced by CBC to quash CHRC's decision extending time for filing of respondent's complaints—Respondent cannot afford counsel—Where rights of interveners not affected by litigation, and interveners cannot add anything new, Court ought not to allow itself to become bogged down through addition of participants in litigation—But here, Commission's participation ought to result in more concise, less complicated proceeding than if respondent tried to respond to applicant's arguments—Generally person, entity showing sufficient interest and able to bring to bear different perspective which would assist Court, should be added as intervener—Must look at issue involved, decide whether Commission can make useful contribution without taking litigation away from parties or otherwise imposing injustice—Issue whether Commission properly exercised discretion in granting extension of time within which to bring complaint—Procedure unknown to respondent—Commission having real interest in, substantially affected by determination providing guidelines for exercise of discretion—Open to administrative tribunal to defend own procedure—Commission's position would not be adequately defended by respondent acting for herself—Improper outcome would directly affect Commis-

**PRACTICE—Continued**

sion—Court might not be able to hear, decide case on merits unless Commission intervenes, allowing interests of justice to be better served—Application allowed.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. GRAHAM (T-2297-96, Hargrave P., order dated 12/8/98, 10 pp.)

Motion by Fisheries Council of British Columbia to intervene in proceeding in which Yale Indian Band challenging right of Minister of Fisheries to issue Aboriginal communal salmon fishing licence, effect of which to allow Yale Band and 24 lower Fraser River Indian bands to fish Fraser River in area on either side of Yale, using traditional fishing methods—Yale Band looking upon area as within traditional territory, resulting in alleged infringement of Aboriginal title by both government, Lower Fraser Bands—Dispute not over public salmon resource, but private dispute in which Yale Band says it alone should be allowed to fish for its share of salmon allocated to overall Aboriginal fishery, in traditional territory—Fisheries Council representing cross-section of commercial fishing industry—Onus on potential intervener to show legitimate interest in outcome, that it can bring to proceeding relevant, different, new expertise other parties not having, allowing Court to fully, effectually adjudicate matter—As no issue as to either alteration of catch allocation to particular Aboriginal fishery, or to overall control by Minister of Aboriginal fishing on Fraser, Fisheries Council's interest not obvious—Historic, current rights, obligations of Yale Band versus those of Lower Fraser Bands at issue—Intervener requiring continued access to salmon fishery as common property—As such relying upon authority of Department of Fisheries and Oceans to properly manage salmon resource—Intervener submitting directly interested in existence of Aboriginal title to territory including river fishery—Believing number of issues of law arising out of proceeding including application of principles introduced by Supreme Court of Canada in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 and how impinging on river fishery; consent required of holder of Aboriginal fishing rights, presumably in context of management by Minister of Fisheries; existence, scope, consequences of Aboriginal food fishing right; scope allowed to Minister in issuing Aboriginal communal fishing licences; substantive, procedural reconciliation of law respecting Aboriginal rights with traditional case law governing judicial review of administrative action—R. 109 allowing Court discretion to give leave to intervene—Intervener must take proceeding as exists; may not litigate new issues—To import issues intervener believing pertinent would broaden proceeding far beyond that envisioned by parties, at far greater expense than envisioned by parties—Motion to intervene denied—Furthermore onus on intervener to convince Court proceedings would be enhanced by intervention—*Canadian Council of Professional Engineers et al. v. Memorial University of Newfoundland* (1997), 135 F.T.R. 211 (F.C.T.D.) setting out three conditions to be

**PRACTICE—Continued**

read conjunctively to determine whether proceedings enhanced by intervention—Unclear whether applicant must satisfy all criteria as Court has been willing to join party simply because rights directly affected as pointed out in *Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification)*, [1991] 1 F.C. 416 (C.A.)—Perhaps answer lies with concept of balancing competing interests i.e. balancing contribution interveners might make against disruption, increase in magnitude, complexity of case, length of proceedings increase in cost—As to interest in private dispute, Fisheries Council not able to bring any special expertise on history, legend, politics, moral obligations otherwise not available—Balance against Fisheries Council from point of view of being affected by outcome—Priority to fish, existence, scope, consequences of Aboriginal food fishery, Minister's authority to grant communal fishing licence not at issue—To impose viewpoint as to reconciliation of law respecting Aboriginal rights with traditional case law governing judicial review of administrative action, would complicate proceedings—Fisheries Council not bringing any new, useful point of view to proceedings—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 109.

YALE INDIAN BAND V. AITCHELITZ INDIAN BAND  
(T-776-98, Hargrave P., order dated 24/6/98, 17 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion to strike originating notice of motion seeking order quashing Solicitor General's decision to publish, distribute RCMP document indicating applicant subject of Interpol Notice arising from unspecified 1995 incident—Applicant also seeking order requiring RCMP to advise all foreign authorities Interpol Notice should be disregarded—As to whether Solicitor General making reviewable decision within Federal Court Act, ss. 2, 18.1, respondent submitting Secretary of State not within s. 2 definition of "federal board, commission or other tribunal" given absence of enabling statute under which might exercise discretion, make decision to publish Interpol Notice—But s. 2 also referring to exercise of jurisdiction pursuant to Crown prerogative—Surely in publishing Interpol Notice, RCMP not on frolic of own unsupported by any authority—Certainly Solicitor General directing RCMP through Commissioner of RCMP: Royal Canadian Mounted Police Act, s. 5—Judge could decide power exercised derived from remaining Crown prerogatives—Respondent also submitting Solicitor General's action neither administrative decision nor exercise of discretionary power—If publishing Interpol Notice merely procedural, no review—For courts to have jurisdiction, decision must inherently have legal consequences—Publication of Interpol Notice could be characterized as something beyond mere collection of information to be entered in file—Decision does have clear legal consequences as

**PRACTICE—Concluded**

applicant learned when arrested by American authorities—Not merely collecting of information, but decision having legal consequences—Such serious issues of law ought not to be dealt with, on motion to strike out proceeding such as present, for not completely futile claim—Respondent not showing exceptional case, bereft of possibility of success, in which Court ought to do other than to hear matter as judicial review proceeding—Motion dismissed—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 5 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp), c. 8, s. 2)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

MCLELLAN V. CANADA (SOLICITOR GENERAL)  
(T-583-98, Hargrave P., order dated 23/7/98, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE****LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review as to whether Classification Grievance Committee failed to meet required duty of procedural fairness—Court adopting analysis of McKeown J. in *Chong et al. v. Canada (Attorney General) et al.* (1995), 104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.) concerning standard of fairness in grievance procedure—Grievance procedure dispute resolution mechanism between employee, management concerning job classification—Classification grievance process not intended to be adversarial system—Not subject to adjudication under Public Service Staff Relations Act—Standard of fairness defined by McKeown J. consistent with grievor's interests—Judicial review limited to Committee's failure to disclose, prior to making decision, management's position applicant's activities concerning contacts developmental, performed on voluntary basis—Onus on applicants to prove classification wrong—Important factual distinction between expert report not disclosed to grievor in *Hale v. Canada (Treasury Board)* (1996), 112 F.T.R. 216 (F.C.T.D.) and management's characterization of nature of applicant's external contact duties herein—Applicant had sufficient knowledge of issues—No further disclosure necessary to assure "meaningful participation" in Classification Grievance Procedure—Applicant failing to establish contact activities duties assigned to, performed by him—No violation of principle of fairness in circumstances of case—Committee's recommendations reached fairly in manner consistent with grievance procedure—Application dismissed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

BULAT V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1191-97,  
Lufy J., order dated 8/7/98, 8 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review raising following question: who is responsible for repaying to Receiver General benefit

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

received by claimant following claimant's dismissal, when dismissal found to be wrongful dismissal for which employer required to pay, as compensation, portion of remuneration of which claimant deprived: claimant or employer?—Unemployment Insurance Act, s. 37 providing that wrongfully dismissed claimant who received benefits in respect of weeks for which compensation paid by employer must repay amount of benefits received—In these circumstances, s. 38(1) requiring employer to ascertain from Canada Employment and Immigration Commission (the Commission) and, where applicable, deduct amount of benefits repayable by employee from compensation and remit amount to Receiver General—Employer not deducting amount of benefits nevertheless paid and not remitting amount to Receiver General liable to pay penalty not specified in subsection, but which could very well be repayment of amounts Receiver General lost due to employer's negligence—Breach of employer's obligation not serving to release claimant from obligation under s. 37 to repay what claimant received—In instant case, employer and claimant agreeing on compensation in amount of \$8,000 by way of settlement, with no further details—Commission claiming overpayment set at \$4,500 from claimant—Claimant objecting on ground employer and not himself

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

responsible for repayment—Umpire concluding as no evidence in record indicating employer deducted amounts, s. 38(2) did not apply and employer not responsible for payment of overpayment—Application for judicial review allowed in part—Inference in instant case claimant reduced claim against employer because claimant knew employer liable to Commission for repayment of overpayment—Impossible to believe employer, duly advised of its legal obligations by Commission and duly informed by employee that employee had deducted amount of overpayment from claim, did not know what it was doing when it settled employee's claim for lower amount—Conclusion applying only to case at bar—Umpire's decision set aside and matter referred back to Umpire with instructions to dismiss claimant's appeal with regard to allocation, but to subtract amount of \$2,772 from overpayment which must be repaid by claimant—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 37 (as am. by S.C., 1990, c. 40, s. 27), 38 (as am., *idem*).

LAUZON V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-836-97, Décaré J.A., judgment dated 26/6/98, 7 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire soulevant la question suivante: qui du prestataire ou de son employeur est responsable de rembourser au receveur général le montant des prestations reçues par le prestataire alors qu'il était sous le coup d'un congédiement, lorsqu'il s'avère que ce congédiement était abusif et que l'employeur a été contraint de verser à titre d'indemnité une partie du salaire dont le prestataire avait été privé?—L'art. 37 de la Loi sur l'assurance-chômage prévoit que le prestataire congédié injustement qui a reçu des prestations relatives à des semaines à l'égard desquelles l'indemnité lui est versée par son employeur, doit rembourser le montant des prestations reçues—L'art. 38(1) impose à l'employeur, dans ces circonstances, de vérifier auprès de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et, le cas échéant, de déduire de l'indemnité le montant des prestations remboursables par l'employé et de remettre ce montant au receveur général—L'employeur qui ne retient pas le montant des prestations pourtant payées et ne le verse pas au procureur général s'expose à une sanction que ce paragraphe ne précise pas, mais qui pourrait bien être le remboursement des sommes que par son incurie il a fait perdre au receveur général—Le manquement de l'employeur à son obligation n'a pas comme corollaire de libération du prestataire de l'obligation que lui impose l'art. 37 de rembourser ce qu'il a reçu—En l'espèce, l'employeur et le prestataire, par transaction, se sont entendus sur une indemnité de 8 000 \$, sans autre précisions—La Commission réclame au prestataire un trop-payé établi à 4 500 \$—Le prestataire s'objecte au motif que c'est son employeur qui est responsable de ce remboursement—Le juge-arbitre conclut que, puisqu'il n'y a aucune preuve au dossier que l'employeur aurait effectué les retenues, l'art. 38(2) ne s'applique pas et l'employeur n'est pas responsable du paiement du trop-payé—Demande de contrôle judiciaire accueillie en partie—L'inférence qui s'impose en l'espèce est que le prestataire a réduit sa réclamation contre son employeur parce qu'il savait que ce dernier devait assumer envers la Commission l'obligation de rembourser le trop-payé—Il n'est pas possible de croire que l'employeur,

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

dûment avisé de ses obligations légales par la Commission et dûment informé par son employé que ce dernier déduisait le trop-payé de sa réclamation, ne savait pas ce qu'il faisait lorsqu'il a réglé à la baisse avec son employé la réclamation de ce dernier—Cette conclusion ne vaut que pour le présent litige—La décision du juge-arbitre sera annulée et le dossier sera renvoyé au juge-arbitre, avec instruction de rejeter l'appel du prestataire eu égard à la répartition, mais de soustraire du trop-payé dont le remboursement est exigible du prestataire la somme de 2 772 \$—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 37 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 27), 38 (mod., *idem*).

LAUZON C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-836-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 26-6-98, 7 p.)

## BREVETS

Requête présentée en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l'intimée Apotex pour le médicament appelé chlorhydrate de ciprofloxacine (cipro) jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 1,322,334 (334)—Requête présentée en réponse à l'avis d'allégation envoyé en 1995 dans lequel Apotex alléguait l'invalidité du brevet 334 au motif qu'il ne révèle pas une invention différente de celle qui est revendiquée dans le brevet 1,218,067 (067)—Bayer qualifie le troisième avis d'allégation d'abus de procédure en raison de l'ordonnance d'interdiction visant le brevet 334, qui est maintenant une décision finale, et de l'absence de progrès importants dans le cadre de l'appel de l'ordonnance d'interdiction visant le brevet 067—Bayer soutient aussi que la décision éventuelle relative aux demandes d'ordonnance d'interdiction visant les quatrième et cinquième avis d'allégation ainsi que la déclaration rendent l'instance théorique, ce qui constitue un gaspillage d'énergie pour toutes les parties en cause—La présentation de plus d'un avis d'alléga-

**BREVETS—Suite**

tion devant la Cour, à condition que ceux-ci soient distincts les uns des autres, ne peut être considérée comme un abus de procédure—En se fondant sur l'arrêt de la C.A.F. *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 76 C.P.R. (3d) 1 (C.A.F.), on ne pourrait sérieusement invoquer l'abus de procédure au moment de l'envoi de cet avis d'allégation—Aucun élément de preuve n'a été présenté dans le cadre de l'instance au sujet des questions de fond soulevées dans les demandes visant les quatrième et cinquième avis d'allégation ainsi que la déclaration—Un examen rapide de ces avis et de la déclaration de Bayer, sans autre élément de preuve, ne permet pas d'affirmer sérieusement que la présente instance est théorique—L'affirmation du caractère théorique n'est pas une preuve d'abus de procédure—Le caractère théorique est une chose, l'abus de procédure en est une autre—Si les instances qui concernent les troisième, quatrième et cinquième avis d'allégation étaient liées au point de rendre la présente instance théorique, l'une ou l'autre des parties aurait pu, par souci d'efficacité ou pour d'autres raisons, donner suite à la suggestion formulée par le juge Strayer dans *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.) portant que grâce à la bonne volonté et au bon sens des parties, le juge de première instance pourrait, le cas échéant, ordonner dans ce genre d'affaire que la preuve et les arguments invoqués de part et d'autre soient examinés dans la même instance en interdiction ou simultanément—Sur la question principale, Bayer n'a pas prouvé que l'allégation d'Apotex relative à l'invalidité du brevet 334 est injustifiée—En conséquence, la demande en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction est rejetée—Bayer s'est fondée sur la présomption légale de validité prévue à l'art. 43 de la Loi sur les brevets—D'après la preuve, les deux brevets concernent le même composé, soit la cipro—La première revendication du brevet 334 vise une composition comprenant comme principe actif une quantité de cipro efficace pharmaceutiquement avec un diluant ou un support acceptable en pharmacie—Bayer a reconnu l'absence d'activité inventive ressortant du brevet 334, à l'exception du composé lui-même—Application de *Commissaire des brevets v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49 où la C.S.C. a statué que l'ajout d'un véhicule inerte à un composé original n'était rien d'autre que de la dilution et qu'il n'en résultait pas une invention différente du composé lui-même—Dans *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536, la C.S.C. a réitéré le principe qu'en l'absence d'activité inventive autre que celle qui ressort du brevet original, une composition ne constitue pas une invention—Par conséquent, pour qu'un brevet distinct soit délivré à l'égard de la composition, indépendamment de savoir si le composé est un médicament ou indépendamment de l'application ou non de l'art. 41, il doit y avoir une activité inventive autre que celle qui se rattache au composé lui-même—Les art. 58 à 60 des Règles sur les brevets couramment appliqués par le Bureau des brevets pour exiger

**BREVETS—Suite**

des requérants qu'ils déposent des demandes complémentaires à l'égard de différentes réalisations en l'absence d'unité d'invention, ne peuvent servir à prolonger les droits de monopole conférés à un breveté, ce qui créerait une grave anomalie dans la Loi—La Loi sur les brevets, telle qu'interprétée par la jurisprudence, doit l'emporter sur une pratique administrative—En conclusion, la preuve, évaluée à la lumière de *Farbwerke Hoechst*, suffit à réfuter la présomption de validité de l'art. 43, du moins pour les fins de la présente instance sommaire—Loi sur les brevets, L.R.C. (1970), ch. P-4, art. 41, 43—Règles sur les brevets, C.R.C., ch. 1250, art. 58, 59, 60—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

BAYER INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1596-95, juge Lutfy, ordonnance en date du 20-7-98, 27 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant à forcer le ministre à tenir le registre conformément au Règlement et à la jurisprudence—Les demanderesse sollicitent: 1) un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de tenir à jour le registre des brevets prévu par le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) en conformité avec ledit Règlement; 2) une injonction interdisant au ministre de consigner au registre les brevets qui renferment uniquement des revendications portant sur des procédés ou des intermédiaires ou des revendications par ailleurs dépourvues de pertinence; 3) un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de supprimer du registre tout brevet qui y figure présentement et qui comporte des revendications portant uniquement sur des procédés ou des intermédiaires ou qui comporte des revendications par ailleurs dépourvues de pertinence; 4) un bref de *mandamus* enjoignant au ministre de modifier le «formulaire IV» prescrit par le Règlement de manière à ce que le titulaire du brevet soit tenu de certifier que le brevet dont il demande l'inscription au registre comporte une revendication pour le médicament en soi ou pour son utilisation—Allusion au contexte et aux faits de l'affaire *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] 3 C.F. 752 (1<sup>re</sup> inst.)—La présente demande représente, dans une certaine mesure, l'inverse de la demande en cause dans l'affaire susmentionnée—Les demanderesse reprochent au ministre de ne pas être allé assez loin dans son expurgation du registre en ne radiant pas tous les brevets renfermant uniquement des revendications portant sur des procédés—Qui plus est, le ministre n'a rien fait pour radier les brevets qui renfermaient uniquement des revendications portant sur des intermédiaires—La demande est rejetée—L'objet de la demande ne se prête pas à un contrôle judiciaire—L'objet de la demande n'est pas un «programme», mais la ligne de conduite générale suivie par le ministre à l'égard de la tenue du registre—La ligne de conduite du ministre se prête davantage à un contrôle dans le cadre de consultations publiques et dans le cadre général du processus politi-

**BREVETS—Suite**

que—Le législateur fédéral, en édictant l'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets, et le gouverneur en conseil, en promulguant, en application de ce paragraphe, le régime réglementaire dont le registre constitue un élément, ne pouvaient concevoir que la façon dont le ministre tient à jour le registre pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire—Les demanderesse, des fabricants de médicaments génériques, ne sont pas «directement touchées» au sens de l'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale par la façon dont le ministre tient le registre à jour—Les demanderesse ne sont pas des «secondes personnes» ayant des intérêts déterminés en jeu au sens du Règlement en vertu duquel le ministre tient le registre à jour—Il ne suffit pas que les demanderesse aient un intérêt général en ce qui concerne la façon dont le ministre tient le registre à jour; elles doivent démontrer qu'elles sont «directement touchées»—Les demanderesse disposent d'autres façons de saisir la Cour de la question lorsqu'elles mentionnent expressément un ou plusieurs brevets prévus dans une présentation de drogue nouvelle et qu'une instance est introduite contre elles conformément aux dispositions du Règlement—Par conséquent, même si l'objet de la présente demande peut régulièrement faire l'objet d'un contrôle judiciaire, les demanderesse n'ont pas la qualité pour introduire la demande—Même si cette analyse n'est pas nécessaire, la Cour examine les questions de fond soulevées par la demande ainsi que la question de la réparation appropriée—Compte tenu des éléments de preuve présentés, les difficultés et les coûts associés à l'expurgation complète du registre ne pouvaient être des facteurs déterminants—L'absence d'éléments de preuve de la part du ministre amène à conclure que le ministre n'était pas en mesure de présenter des éléments de preuve établissant que la décision de ne pas expurger complètement le registre en conformité avec les décisions de notre Cour était fondée sur des motifs légitimes et non sur des considérations étrangères—Compte tenu des conseils que le ministre a reçus de l'examineur des brevets du Bureau canadien de la propriété intellectuelle suivant lesquels il ne faudrait qu'entre 15 et 20 jours ouvrables pour vérifier le registre au complet et compte tenu de l'absence de preuve de la part du ministre, si l'on faisait abstraction des considérations déjà évoquées dans les motifs, les demanderesse auraient droit à une réparation—Réparation appropriée, s'il en est—L'obligation que l'art. 3 du Règlement impose au ministre de tenir à jour un registre des renseignements fournis aux termes de l'art. 4 est une obligation d'ordre public—Il s'agit d'une obligation envers le public en général, et non exclusivement ni même principalement envers les premières et les secondes personnes—L'obligation imposée au ministre est de nature purement administrative et ministérielle—Les demanderesse disposent d'autres recours suffisants—L'exécution forcée de l'obligation que l'art. 3 du Règlement impose au ministre n'est pas une question qui justifie la délivrance d'un bref de *mandamus* en faveur des demanderesse eu égard aux faits de la présente affaire—Même conclusion, essentiellement pour les mêmes motifs, en ce

**BREVETS—Suite**

qui concerne le bref de prohibition—Si l'on devait conclure que les demanderesse ont la qualité pour agir relativement à une question relevant des tribunaux, la réparation qui serait accordée serait une ordonnance déclarant que le ministre doit tenir le registre en conformité avec la loi et que, compte tenu de l'ensemble de la preuve soumise, il ne le fait pas—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 3 (mod. par DORS/98-166, art. 2), 4 (mod., *idem*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.4 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).

APOTEX INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2070-97, juge Gibson, ordonnance en date du 29-7-98, 19 p.)

**PRATIQUE**

Appel concernant des questions de procédure dans le cadre du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Les appelantes (Merck) ont déposé une liste de brevets à l'égard de leurs brevets canadiens n<sup>os</sup> 1,161,380 et 1,199,322 pour leurs comprimés de simvastatine—L'intimée Apotex Inc. allègue que la formulation envisagée pour les comprimés de simvastatine ne contreferaient pas les brevets de Merck—Apotex a présenté une requête visant à obtenir une ordonnance de confidentialité et une ordonnance fixant l'échéancier pour la production de la preuve par affidavits une fois que l'ordonnance de confidentialité serait en place—Merck a accepté les modalités de l'ordonnance de confidentialité—Le juge des requêtes a prononcé l'ordonnance fixant l'échéancier pour la production de la preuve par affidavits—Merck s'oppose à l'ordonnance pour les raisons suivantes: 1) il ne faudrait pas permettre à Apotex de lui communiquer son procédé sans fournir un affidavit à l'appui de cette communication; 2) Merck ne devrait pas être forcée de déposer sa propre preuve par affidavits à l'égard du procédé d'Apotex avant que cette dernière ne dépose sa preuve par affidavits—Le premier argument de Merck confond la communication de la preuve et le dépôt de la preuve—L'ordonnance du juge des requêtes ne fait que permettre à Apotex de communiquer son procédé une fois que l'ordonnance de confidentialité sera en place—La communication complète l'avis d'allégation que le fabricant de médicaments génériques est tenu, selon l'art. 5(3) du Règlement, de signifier au fabricant et qui doit contenir «un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle [l'allégation] se fonde»—Une fois l'ordonnance de confidentialité obtenue, le procédé est communiqué à titre de partie de l'avis—Merck, en qualité de requérante dans la procédure introduite en vertu de l'art. 6(1), a la charge initiale de présentation de la preuve—Le second argument de Merck est également mal fondé—Merck pourrait avoir décidé de ne pas compléter son dossier avec des affidavits complémentaires—Quoi que décide de faire Merck, le procédé d'Apotex

**BREVETS—Fin**

ne peut faire partie de la preuve que si Apotex le dépose elle-même dans le cadre de son dossier de requête—L'introduction de la présomption de l'art. 6(6) du Règlement ne modifie en rien le déroulement de la procédure prévu par les Règles de la Cour—La présomption s'applique que l'information soit confidentielle ou non et, dans le cas où elle est confidentielle, que la confidentialité ait été convenue entre les parties ou ordonnée par la Cour—Appel rejeté—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(3) (mod. par DORS/98-166, art. 4), 6(1) (mod., *idem*, art. 5), (6) (mod., *idem*).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-223-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 2-7-98, 8 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

Appel en matière de citoyenneté—Pratique—Demande du ministre tendant à l'autorisation de déposer un avis de comparution dans un appel en matière de citoyenneté et à une ordonnance procédurale portant audition de l'appel sous le régime de la partie V des Règles de la Cour fédérale (1998)—Avis d'appel en date du 24 avril 1998—En juin 1998, quand l'avocat représentant le ministre a signifié un avis de comparution, le greffe de la Cour fédérale à Toronto en a refusé le dépôt et lui a renvoyé les documents—Les nouvelles Règles de la Cour fédérale (1998) sont entrées en vigueur le 25 avril 1998—Est-ce que ce sont les anciennes ou les nouvelles Règles qui s'appliquent en cas d'avis d'appel déposé avant le 25 avril 1998?—Application de la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Chan*, [1998] A.C.F. n° 742 (1<sup>re</sup> inst.) (Q.L.), dans laquelle le juge Rothstein a conclu que l'audition des appels en matière de citoyenneté, lorsque l'appel a été déposé à la Cour avant l'entrée en vigueur des Règles de la Cour fédérale (1998), devrait se dérouler sous forme de procès *de novo*, et la partie V des Règles de la Cour fédérale (1998), devrait s'appliquer aux appels en matière de citoyenneté déposés à la Cour après l'entrée en vigueur des nouvelles Règles—Voir également: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Lok*, [1998] A.C.F. n° 888 (1<sup>re</sup> inst.) (Q.L.)—C'est la date du dépôt de l'appel qui compte, et non pas nécessairement l'accomplissement de toutes les mesures de mise en état sous le régime des anciennes Règles—Les nouvelles Règles prévoient un ensemble d'actes de procédure étroitement liés qui ne peuvent guère s'intégrer à l'ancien régime des appels en matière de citoyenneté—La conclusion logique à tirer est qu'il faut se conformer aux dispositions des art. 43 et 44 de la Loi d'interprétation et protéger les droits de ceux qui ont déposé leur appel conformément à la Loi avant le 25 avril 1998—En conséquence, le greffe de la Cour fédérale à Toronto a refusé à juste titre le dépôt de l'avis de comparution du ministre, puisque ce sont les anciennes Règles qui s'appliquent en cas d'avis d'appel déposé avant le 25 avril

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

1998—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 63—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Partie 5—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. 1-23, art. 43, 44.

DAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-803-98, juge Dubé, ordonnance en date du 25-9-98, 6 p.)

**EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel fondée sur ce que cette dernière n'avait pas compétence en vertu de l'art. 70(1) de la Loi sur l'immigration pour entendre l'appel de la mesure d'expulsion prise par l'arbitre—La demande de contrôle de la mesure d'expulsion prise par l'arbitre pour le motif que le demandeur était demeuré au Canada après avoir perdu la qualité de visiteur a été rejetée en février 1996—Le demandeur a également fait appel de la décision de l'arbitre devant la Section d'appel conformément à l'art. 70(1) de la Loi—La procédure a été suspendue en attendant qu'une décision soit rendue à l'égard de la demande de contrôle judiciaire—Par la suite, la Section d'appel a rejeté l'appel pour défaut de compétence—Demande accueillie—La requête du défendeur visant au rejet de l'affaire pour défaut de compétence exigeait que la Section d'appel détermine si le demandeur était un résident permanent (personne pouvant faire appel de la décision de l'arbitre devant la Section d'appel conformément à l'art. 70(1) de la Loi)—La représentante du défendeur a essentiellement fait remarquer que la Cour fédérale avait rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre—Il était erroné en droit de soutenir que l'issue de l'affaire devant la Section d'appel devait dépendre de la décision rendue dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire—L'art. 69.4(2) de la Loi confère à la Section d'appel, et non à la Cour fédérale, la «compétence exclusive [...] pour entendre et juger sur des questions [...] en matière de compétence»—La décision de la Section d'appel semble avoir été fondée sur le rejet par la Cour fédérale de la demande de contrôle judiciaire—Même si la Section d'appel a rendu sa propre décision au sujet de la question de savoir si le demandeur est un résident permanent, elle a omis de faire connaître par écrit les motifs de sa décision—Cela ne satisfait pas à l'exigence prévue à l'art. 69.4(5) de la Loi et cela constitue une erreur de droit—La requête du défendeur fondée sur le défaut de compétence est renvoyée pour nouvelle décision devant une formation différente de la Section d'appel—La Cour adopte la remarque du juge Noël dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seneca*, [1998] 3 C.F. 494 (1<sup>re</sup> inst.): «On ne peut invoquer le statut d'une personne qui entend interjeter appel d'une mesure de renvoi prise par l'arbitre pour lui nier le droit d'appel prévu par l'art. 70(1)a) lorsque toute conclusion concernant son statut découle nécessaire-

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

ment d'une conclusion de fait ou de droit tirée par l'arbitre. L'hypothèse selon laquelle l'intéressé n'a pas de statut parce qu'il n'a pas été admis "légalement" à l'origine ne saurait le priver de son droit d'appel sur cette question précise»—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.4 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 63), 70(1) (mod. par L.R.C. (1995) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

HALL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1726-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 6-8-98, 9 p.)

Demande d'annulation de la décision de la Section d'appel d'annuler une ordonnance de sursis d'exécution à la suite d'une audience tenue en octobre 1997—En 1983, le demandeur, un immigrant reçu, a été reconnu coupable de meurtre au premier degré et a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans aucune possibilité de libération conditionnelle pendant vingt-cinq ans—Une mesure d'expulsion a été prise contre lui—La Section d'appel a sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion pendant une période de cinq ans après la mise en liberté conditionnelle totale du demandeur—En août 1997, le ministre a demandé à la Section d'appel de rendre une ordonnance modifiant les conditions du sursis d'exécution qu'elle avait imposées—Les parties ont été avisées que la demande du ministre serait entendue en octobre 1997—Demande accueillie—Les règles de justice naturelle n'ont pas été respectées—Deux points figuraient à l'ordre du jour de l'audience d'octobre 1997: la demande du ministre en vue de la modification des conditions du sursis et l'examen oral ordonné par la Section d'appel pour voir si le demandeur avait respecté les conditions de l'ordonnance de sursis—La Section d'appel avait l'intention de s'assurer que le demandeur respectait les conditions du sursis—Dans sa décision, la Section d'appel a déclaré sans équivoque que le demandeur avait respecté les conditions du sursis—Ce fait aurait dû être suffisant pour trancher la question soumise à la Section d'appel en octobre 1997—La Section d'appel a conclu que le sursis devrait malgré tout être annulé parce que l'avenir du demandeur au Canada ne semblait pas bien s'annoncer—Les règles de justice naturelle exigeaient que la décision soit annulée—Si la Commission désirait réexaminer les sursis initial, elle avait compétence pour le faire, mais les règles de justice naturelle exigeaient que le demandeur soit avisé de l'intention de la Commission et ait la possibilité d'être entendu—À aucun moment avant l'audience le ministre n'a demandé qu'un examen oral ait lieu—Dans les faits, c'est la présidente de l'audience qui a décidé de procéder à un examen oral—L'examen de la transcription de l'audience révélait que le demandeur n'avait pas renoncé à son droit de soulever la question de la justice naturelle.

STOCKING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5331-97, juge Nadon, ordonnance en date du 6-7-98, 12 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

Demande de sursis à la déportation des demandeurs, citoyens du Bangladesh—En octobre 1994, la demanderesse M<sup>me</sup> Begum a donné naissance à une fille sept jours après qu'une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle fut émise à l'endroit, d'elle, son mari et leur fils—En janvier 1998, elle donnait naissance à un deuxième enfant au Canada—Les demandeurs ont déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à la suite du refus, en mai 1998, de leur demande de dispense en vertu de l'art. 114(2) de la Loi—Les demandeurs invoquent les conséquences désastreuses et irrémédiables pour l'unité familiale—Ils invoquent aussi l'entente Canada-Québec en matière d'immigration et soumettent que l'officier qui a rejeté la demande ne se serait pas prononcé sur une question d'ordre juridique, soit les obligations imposées par la Charte du Québec aux parents à l'égard de leurs enfants (art. 39 et 47)—Requête rejetée—Les parents ont le choix de décider s'ils laissent les enfants au Canada ou s'ils les ramènent au Bangladesh avec eux—Donc, l'argument relatif aux art. 39 et 47 de la Charte ne peut tenir—Aucune preuve que les parents ne rencontreront pas leurs obligations et responsabilités et que leur renvoi les empêcherait d'assurer la direction morale et matérielle de la famille—De plus, rien n'empêche les demandeurs de poursuivre leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire après leur retour dans leur pays d'origine—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)—Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 39, 47.

AWAL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3094-98, juge Rouleau, ordonnance en date du 3-7-98, 7 p.)

Requête du demandeur en sursis à l'exécution de la mesure de renvoi pour le motif qu'il est probable qu'il soit soumis à la détention et à la torture par les autorités nigérianes dans l'éventualité de son retour, tant parce qu'il est un Ogoni et un membre d'un groupe de résistance que parce qu'il est une personne qui a en vain présenté une revendication du statut de réfugié à l'étranger—Requête rejetée—Deux questions de compétence: 1) Pouvoir de la Cour de surseoir à l'exécution d'une mesure d'expulsion lorsque la validité de la mesure elle-même n'est pas en question; 2) Pouvoir de la Cour de contrôler des décisions prises concernant l'exécution de mesures d'expulsion—Pour ce qui est de la première question, il existe une jurisprudence contradictoire—Le demandeur prétend essentiellement qu'il est illégal pour le défendeur de le renvoyer du Canada dans des circonstances où, à son retour, il est probable qu'il soit détenu sans procès et soumis à la torture par les autorités nigérianes, contrairement aux art. 7 et 12 de la Charte—Puisque cela saperait la compétence de la Cour sur la présente demande si le demandeur était renvoyé au Nigeria avant que celle-ci ne soit tranchée, la Cour a compétence pour surseoir à l'exécution du renvoi jusqu'à ce qu'il ait été

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

statué sur la demande: comparer *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696, aux p. 708 et 709 (C.A.)—La seconde question de compétence concerne la soumission au contrôle judiciaire de la décision prise par l'agent chargé d'exécuter la loi enjoignant au demandeur de se présenter aux fins de renvoi, lorsque la validité de la mesure d'expulsion elle-même n'est pas contestée—Si le demandeur ne peut contester la validité de son renvoi au Nigeria à ce stade, de quelle autre façon est-ce qu'il peut protéger son droit de ne pas être exposé par Immigration Canada à la torture et à la détention illégale aux mains des autorités nigérianes?—Notre droit a pour principe capital que des personnes ne devraient pas se voir refuser une mesure de redressement efficace pour faire valoir leurs droits légaux, particulièrement ceux qui sont garantis par la Constitution—En conséquence, la Cour a compétence pour contrôler la validité des directives données pour le renvoi du demandeur au Nigeria et pour ordonner sa suspension lorsque, comme en l'espèce, le demandeur allègue qu'il est probable qu'il soit torturé ou détenu par les autorités nigérianes dans l'éventualité de son retour—L'exercice du pouvoir discrétionnaire est guidé par le critère à trois volets établi dans l'affaire *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 C.F. 535 (C.A.)—La question de savoir si le renvoi du Canada d'une personne vers un pays où elle est probablement soumise à la torture ou à une détention prolongée sans procès va à l'encontre des art. 7 ou 12 de la Charte est une question sérieuse—Compte tenu des éléments de preuve, la Cour n'est pas convaincue, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est probable que le demandeur connaisse ces malheurs dans l'éventualité de son renvoi au Nigeria—La demande de contrôle judiciaire ne soulève donc ni une sérieuse question ni une cause raisonnablement soutenable—En conséquence, la Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour surseoir à l'exécution du renvoi du demandeur—Il n'est pas nécessaire d'examiner les éléments préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients du critère énoncé dans la décision *Toth*—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.

UKPONMWAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4044-98, juge Evans, ordonnance en date du 13-8-98, 7 p.)

*Personnes non admissibles*

Avis selon lequel le demandeur présente un danger—Demande de contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre, qui avait conclu que le demandeur constituait un danger pour le public conformément à l'art. 77(3.01) de la Loi—La demande de résidence permanente présentée au Canada a été approuvée provisoirement, puis

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

rejetée pour le motif que le demandeur était non admissible en raison de deux condamnations prononcées au criminel (soit le fait d'être membre d'une organisation criminelle ou d'une triade et chantage)—Avant l'introduction de l'appel, le demandeur avait fait l'objet d'une mesure d'expulsion parce que l'arbitre avait conclu qu'il relevait du cas visé à l'art. 27(2)a) de la Loi—Puis, il a été décidé que le demandeur présentait un danger—Demande accueillie—En l'absence de motifs, la décision doit être à première vue considérée comme abusive—La jurisprudence montre clairement qu'en pareil cas, une déclaration de culpabilité à elle seule ne justifie pas un avis selon lequel il y a danger—La conclusion selon laquelle l'individu constitue ou risque éventuellement de constituer un danger doit être justifiée—Rien ne permet de ne pas tenir compte des explications et de la preuve fournies par le demandeur au sujet des circonstances dans lesquelles les deux infractions avaient été commises—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2)a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 77(3.01) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 15).

LAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2842-97, juge Reed, ordonnance en date du 31-7-98, 11 p.)

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Requête en vue d'obtenir un bref de prohibition et une injonction contre la tenue d'une enquête d'un arbitre de l'immigration jusqu'à ce que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire soit tranchée—Le requérant fait l'objet d'une enquête de l'immigration—Selon les allégations, le requérant serait membre d'une catégorie non admissible parce qu'il a été déclaré coupable d'infractions aux États-Unis d'Amérique qui, si elles avaient été commises au Canada, seraient punissables d'un emprisonnement égal ou supérieur à dix ans, et il est accusé de meurtre au premier degré dans l'État de l'Illinois, ce qui constitue une infraction punissable de la peine de mort s'il en est déclaré coupable—De plus, une procédure d'extradition pour répondre à une accusation de meurtre au premier degré est en instance—Le requérant entend faire interdire la tenue de l'enquête pour le motif qu'elle est un abus des procédures et qu'elle constitue de fait une double incrimination—La Cour ne pourrait décerner un bref de prohibition ou une injonction pour empêcher la poursuite de l'enquête entreprise que si elle était convaincue que l'arbitre était sur le point de faire quelque chose qui outrepasserait sa compétence et serait ainsi contraire à la loi ou à la Constitution: *Blanus c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 107 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Étant donné qu'il n'y a pas de preuve établissant que le décideur a outrepassé sa compétence ni qu'il a enfreint la loi, le bref de prohibition ne peut être accordé—Quant à la demande subsidiaire d'injonction, le critère à trois volets pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une injonction interlocutoire établi dans

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'arrêt *R.J.R. MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, s'applique—Aucune décision n'a été rendue après le début de la première enquête—Une fois la première enquête entamée, l'intimé a demandé le retrait de l'ordre enjoignant la tenue d'une enquête en raison de l'introduction d'une procédure d'extradition—Étant donné qu'aucune décision n'a été rendue, hormis celle de mettre fin à la première enquête, le requérant ne risque pas une double incrimination—L'institution d'une «deuxième» enquête après le retrait et la fin de la première enquête ne constitue pas un abus des procédures—L'enquête effectuée en vertu de l'art. 27(1) et (2) de la Loi sur l'immigration est autorisée par l'art. 34—La multiplicité des instances, l'enquête et l'extradition, ne constitue pas un abus des procédures—La tenue d'une «deuxième» enquête ne constitue pas un abus des procédures en soi, ni même si l'on tient compte de la question de la procédure d'extradition—Le requérant n'a pas démontré que sa cause était défendable—La preuve d'un préjudice irréparable en l'espèce est purement conjecturale—Il n'existe aucune preuve concernant ce qu'il adviendrait du requérant si la décision de le renvoyer du Canada était prise—La simple poursuite de l'enquête de l'immigration et son résultat ne causeraient pas de préjudice irréparable, même si la décision rendue entraînait la prise d'une mesure d'expulsion—Le fait d'être renvoyé du Canada, lorsqu'on s'y trouve illégalement, ne constitue pas un préjudice irréparable—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5), 27(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16), 34.

YOUSIF C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2511-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 23-7-98, 11 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) qui a annulé une mesure d'expulsion—La défenderesse, citoyenne des Philippines, a indiqué dans sa demande de résidence permanente que son état matrimonial était «célibataire» et qu'elle n'avait pas d'enfant—En signant sa demande, la défenderesse acceptait d'informer les autorités de l'Immigration canadiennes si son état matrimonial changeait ou si elle avait des enfants avant son départ pour le Canada, ce qui signifiait qu'elle était consciente que toute déclaration fautive ou dissimulation d'un fait important pouvait entraîner son exclusion ou son renvoi du Canada—Le mariage ultérieur et la naissance d'un enfant n'ont pas été signalés aux autorités de l'Immigration canadiennes, ni avant la délivrance du visa, ni à l'arrivée au Canada—La défenderesse ayant obtenu son droit d'établissement attestant qu'elle n'avait aucune personne à sa charge et qu'elle était «célibataire»—Deux ans plus tard, la défende-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

resse a présenté un engagement d'aide au nom de son époux et de son enfant—Par la suite, un rapport a été établi en vertu de l'art. 27(1)e) de la Loi sur l'immigration alléguant que la défenderesse avait obtenu le droit d'établissement par des moyens frauduleux ou irréguliers, dans la mesure où elle avait omis d'indiquer aux autorités de l'Immigration qu'elle avait une famille, empêchant ainsi les agents de déterminer si le fait d'octroyer à la défenderesse le statut de résident permanent était compatible avec la Loi et son règlement—Une mesure d'expulsion a été prononcée—La SAI a fait droit à l'appel et a annulé la mesure d'expulsion—La SAI a-t-elle commis une erreur de droit en présumant qu'elle avait compétence pour entendre et trancher l'appel de la défenderesse à l'égard de la mesure d'expulsion la concernant?—L'élément capital est la question de savoir si le fait de conclure que l'immigrant est une personne décrite à l'art. 27(1)e) annule le visa qui autorise à entrer au pays pour obtenir le statut de résident permanent, empêchant ainsi l'immigrant en question d'exercer des droits d'appel devant la Section d'appel—Demande rejetée—La décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seneca*, [1998] 3 C.F. 494 (1<sup>re</sup> inst.) s'applique—Le demandeur ne peut accepter la validité de la décision prise en vertu de l'art. 27 en vue de faire approuver la mesure de renvoi tout en contestant cette validité dans le cadre d'une instance soumise à la SAI afin d'interjeter appel de ladite mesure—Si le visa était nul *ab initio*, cela signifie, par définition, que la mesure de renvoi en suspens n'a pas été prise en accord avec le droit, en la prononçant en vertu de l'art. 27(1), plutôt qu'en vertu de l'art. 27(2), lequel vise les personnes autres que les résidents permanents—La SAI avait compétence pour entendre l'appel—Question certifiée: lorsqu'un arbitre a conclu qu'une personne a obtenu le droit d'établissement sur la foi d'un visa obtenu irrégulièrement au sens de l'art. 27(1)e) et qu'une mesure de renvoi est prise contre elle, cette personne peut-elle interjeter appel de cette mesure devant la SAI en vertu de l'art. 70(1)?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5), 27(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16), 70(1) (mod. par L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. CHICO (IMM-3545-97, juge MacKay, ordonnance en date du 7-7-98, 11 p.)

Demande de sursis d'exécution de la mesure d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur trois demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire; i) d'une décision par laquelle le ministre avait conclu que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada conformément à l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration; ii) d'une décision par laquelle le ministre avait décidé de renvoyer le demandeur du Canada; iii) d'une décision de l'agent chargé du renvoi de renvoyer le demandeur le 10 août 1998—Le demandeur est

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

citoyen salvadorien—Il a obtenu le droit d'établissement au Canada en 1984 à titre de réfugié au sens de la Convention—En mai 1993, un rapport a été établi en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration, alléguant que le demandeur était un résident permanent visé à l'art. 27(1)d)(ii), en ce sens qu'il était une personne déclarée coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement égal ou supérieur à cinq ans—En août, une mesure d'expulsion a été prise—En juillet 1994, la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI) a rejeté l'appel—En 1995, la SSR a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—En décembre 1995, il a été décidé que le demandeur n'appartenait pas à la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada—En janvier 1998, le demandeur a été arrêté pour être renvoyé du Canada, mais il a été mis en liberté sous condition—Autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire accordée, requête visant à faire rouvrir l'appel devant la SAI accueillie—En juin 1998, le représentant du ministre a conclu que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada conformément à l'art. 70(5)—Le demandeur a eu deux enfants avec une citoyenne canadienne—Le demandeur avait la garde de sa fille, alors que son fils avait été placé dans un foyer du ministère provincial—Observations limitées aux questions du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients—En ce qui concerne le préjudice irréparable, le demandeur a principalement soutenu que sa famille serait séparée d'une façon irrévocable s'il était expulsé—Il maintient que s'il est expulsé, il ne pourra pas amener les enfants avec lui au Salvador—Les avis sont partagés en ce qui concerne la question de savoir si la séparation familiale à elle seule constitue un préjudice irréparable aux fins de l'octroi d'un sursis d'exécution d'une mesure de renvoi du Canada—Selon la preuve, si le demandeur est renvoyé au Salvador, il disposera d'un certain nombre de choix en ce qui concerne les deux enfants—Le renvoi ne causera pas automatiquement la séparation irrévocable de sa famille—Le demandeur n'a pas établi que son expulsion lui causera un préjudice irréparable du fait de la séparation de sa famille—Le demandeur a invoqué un argument secondaire, à savoir que s'il est expulsé, la SAI n'aura plus compétence pour connaître de l'appel et partant qu'il subira un préjudice irréparable—Compte tenu de *Tsang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), lorsqu'il est conclu en vertu de l'art. 70(5) que le demandeur constitue un danger, le demandeur n'aura plus le droit d'en appeler devant la SAI si l'audience n'a pas commencé avant le 10 juillet 1995 (date de l'entrée en vigueur de l'art. 70(5))—Si le demandeur réussit à établir que l'audition de l'appel a commencé avant le 10 juillet 1995, la SAI continuera à avoir pleinement compétence en *equity*—S'il ne réussit pas à le faire, le demandeur perd son droit d'appel selon *Tsang*—Dans un cas comme dans l'autre, la mesure d'expulsion ne causera pas de préjudice irréparable—Le demandeur n'a pas réussi à établir l'exis-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tence d'un préjudice irréparable—La prépondérance des inconvénients favorise le défendeur—Requête rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d)(ii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13)—Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la Loi sur la citoyenneté et modifiant la Loi sur les douanes en conséquence, L.C. 1995, ch. 15, art. 13(4).

PORTILLO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-337-98, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 7-8-98, 15 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente de renvoi de renvoyer le demandeur en Somalie—Le demandeur, un ressortissant de la Somalie, a obtenu le droit d'établissement au Canada comme réfugié au sens de la Convention en 1990—Le 19 juillet 1996, il a été reconnu coupable de port d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et d'avoir proféré des menaces de tuer ou blesser quelqu'un—Il a fait l'objet d'un rapport en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration—Il a été avisé que le ministre exprimerait peut-être un avis en application des art. 70(5) et 53(1)d)—Il a été invité à fournir des observations, des renseignements ou des éléments de preuve concernant les risques auxquels il serait exposé à son retour dans le pays dont il s'était enfui qui pourraient l'emporter sur le danger qu'il pourrait constituer—En 1997, le délégué du ministre a exprimé l'avis que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada—Pour tirer cette conclusion, le délégué du ministre a examiné un rapport contenant une évaluation détaillée du risque, mais concluant que le danger que le demandeur constituait pour la société canadienne l'emportait sur le danger auquel il pourrait être exposé à son retour en Somalie—Une mesure d'expulsion a été prise en 1998—Le demandeur n'a pas contesté la validité de la mesure d'expulsion—La personne qui demande une ordonnance de sursis d'exécution doit prouver; 1) qu'il existe une question sérieuse à juger; 2) qu'elle subirait un préjudice irréparable si la mesure était exécutée; 3) que la prépondérance des inconvénients joue en sa faveur: *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm L.R. (2nd) 123 (C.A.F.)—Demande rejetée—Le demandeur n'a pas démontré qu'il existait une question sérieuse à juger et que la prépondérance des inconvénients ne favorisait pas l'exécution immédiate de la mesure d'expulsion—Au soutien de son argument relatif à la question sérieuse, le demandeur s'est appuyé exclusivement sur l'affaire *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 315 (1<sup>re</sup> inst.)—L'affaire *Farhadi* est différente de l'espèce puisque la procédure ayant mené à la formulation de l'avis de danger dans cette affaire ne constituait pas une évaluation du risque, alors qu'on a fait une évaluation complète du risque en l'espèce—Même s'il était convaincu qu'une évaluation du risque doit être faite avant de renvoyer une personne comme le demandeur dans le pays dont elle a la citoyenneté, le juge Teitelbaum n'a pas accepté la proposition, telle qu'elle a été formulée dans l'affaire

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*Farhadi*, que le demandeur avait droit à une évaluation et à une décision relatives au risque indépendantes de l'avis de danger—Comme le demandeur a fait l'objet d'une évaluation du risque d'une manière compatible avec les principes d'équité et de justice naturelle, il n'a pas prouvé qu'il existait une question sérieuse à juger—S'agissant de la prépondérance des inconvénients, le principal facteur à prendre en considération n'était pas le risque auquel serait exposé le demandeur s'il était renvoyé dans le pays dont il a la citoyenneté, mais le danger qu'il constituait pour le Canada et les citoyens canadiens—Vu le genre d'acte criminel qui a été commis et la façon dont cet acte criminel peut toucher le citoyen canadien, la prépondérance des inconvénients ne favorisait pas le demandeur—Le fait que le demandeur pouvait être en danger ou pouvait être exposé à un préjudice irréparable n'était pas un motif suffisant pour ne pas l'expulser du Canada—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.)), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5), 53(1*d*), 70(5) (mod., *idem*, art. 13).

BARRE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3467-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 29-7-98, 15 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR concluant que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention, ainsi que d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant une requête contestant la compétence de la SSR d'examiner sa revendication—Le demandeur, un musulman chiite, citoyen de l'Afghanistan, a allégué être persécuté du fait de son ethnie et de sa religion—Il est arrivé au Canada en 1987—Il a été reconnu coupable de trafic d'héroïne et de possession de stupéfiant en vue du trafic—Il a revendiqué le statut de réfugié au point d'entrée ainsi qu'en janvier 1988 lors d'une enquête de l'immigration—Enquête ajournée aux fins d'un interrogatoire sous serment—L'interrogatoire sous serment a eu lieu, mais aucune décision n'a été rendue au sujet de la revendication et le cas du demandeur a finalement fait partie de l'«arriéré»—Le 1<sup>er</sup> janvier 1989, la Loi sur l'immigration a été modifiée de sorte que, entre cette date et le 31 janvier 1993, les revendications faisaient l'objet d'une présélection par un arbitre et par un membre de la section du statut, dans le cadre d'une «audience sur le minimum de fondement»—Le 7 octobre 1992, une enquête a été effectuée par un arbitre—Après deux ajournements, l'enquête a repris en présence d'un arbitre seulement—Une mesure d'expulsion conditionnelle a été prise et l'arbitre, agissant seul, a déféré la revendication à la SSR—Décision rendue dix jours après que la Loi eut été modifiée de façon que les renvois à la SSR soient faits par un agent principal ou par une formation chargée de tenir une audience relative à la question du

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

minimum de fondement, sauf en ce qui concerne les cas prévus à l'art. 110—L'art. 110 prévoit que les enquêtes commencées avant la date d'entrée en vigueur de la modification se poursuivent comme si la disposition en question n'avait pas été modifiée—Le renvoi était apparemment fondé sur les dispositions transitoires de l'art. 112—En vertu de l'art. 112, toute revendication présentée entre le 1<sup>er</sup> janvier 1989 et la date d'entrée en vigueur de l'art. 112 et dont il n'a pas encore été décidé si elle avait un minimum de fondement est déferée à la SSR—À la suite du renvoi, il a été conclu, le 3 octobre 1996, que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention, même s'il craignait avec raison d'être persécuté—La formation a conclu que la condamnation pour trafic de stupéfiant avait pour effet d'exclure le demandeur de la définition de «réfugié au sens de la Convention» en vertu de l'art. 1*Fc*)—Par la suite, le demandeur a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance portant que la SSR n'avait pas compétence pour entendre la revendication—La SSR a rejeté la requête, en concluant qu'elle avait compétence et, subsidiairement, qu'elle était dessaisie de l'affaire—1) Entre le 1<sup>er</sup> janvier 1989 et le 31 janvier 1993, le cas du demandeur faisait partie de l'arriéré des revendications dont la recevabilité devait être déterminée dans le cadre d'une audience relative à la question du minimum de fondement tenue devant un arbitre et un membre de la section du statut—Le demandeur pouvait uniquement faire l'objet d'un renvoi à la SSR à la suite d'une audience relative à la question du minimum de fondement—Étant donné que la revendication avait été présentée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989, l'art. 110 s'appliquait et l'enquête entreprise en octobre 1992 devait se poursuivre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue après l'audience relative à la question du minimum de fondement—L'art. 110 exige uniquement que l'enquête soit commencée avant la date d'entrée en vigueur; le fait que l'enquête avait été ajournée au moment où la Loi a été modifiée, en 1993, n'est pas pertinent, étant donné que le demandeur pouvait encore faire l'objet d'une enquête: *Sahayarajah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n<sup>o</sup> 831 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—La revendication a été présentée en 1988, avant que les modifications soient effectuées en 1989—Le fait que le demandeur a simplement réitéré sa demande en 1992 ne veut pas dire que les dispositions transitoires de l'art. 112 s'appliquent à la revendication—Une partie ne renonce pas à s'opposer à la compétence du simple fait qu'elle omet de soulever la question au cours des procédures initiales devant la SSR—Une objection soulevée dans le cadre d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire est formulée en temps opportun—2) La question de savoir si la SSR a commis une erreur en concluant qu'elle était dessaisie de l'affaire n'avait plus aucun intérêt pratique—Toute décision rendue par la Cour au sujet de la question de savoir si la SSR a commis une erreur en concluant qu'elle était dessaisie n'aura pas pour effet de régler une controverse influant sur les droits des parties—3) Compte tenu de *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*l'Immigration*), [1998] 1 R.C.S. 982 dans lequel il avait été statué que le trafic des drogues ne constituait pas une violation de l'art. 1F*c*), le demandeur ne peut pas être exclu en vertu de l'art. 1F*c*) à cause des infractions dont il a été reconnu coupable—En l'excluant pour ce motif, la SSR a commis une erreur de droit—4) Si la SSR n'avait pas compétence, le demandeur ne peut pas se fonder sur la conclusion de fait que la SSR a tirée, à savoir qu'il avait raison de craindre d'être persécuté, et il ne peut pas soutenir que la Cour devrait conclure qu'il est réfugié—Étant donné que la SSR n'avait pas compétence, il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire étant donné qu'au mieux, le demandeur se présenterait de nouveau devant la SSR—Le demandeur n'a subi aucun préjudice du fait que la SSR a examiné son cas, même si la procédure relative au renvoi était viciée—Le demandeur était une personne non admissible pour l'application du Règlement sur l'arriéré, puisque le règlement ne s'applique pas aux personnes visées à l'art. 19(1)*c*) de la Loi sur l'immigration—Même si la Cour n'a pas le pouvoir, en vertu de l'art. 18.1(3), de déclarer que le demandeur est un réfugié, elle peut renvoyer l'affaire à la SSR en lui demandant de rendre cette décision lorsqu'elle est convaincue que, si ce n'avait été de l'erreur de droit qui a été commise, la SSR aurait conclu que le demandeur est un réfugié—La Cour ordonne le renvoi de l'affaire à la SSR et demande à la SSR de conclure que le demandeur est un réfugié au sens de la Convention—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)*c*) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)—Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49, art. 110, 112—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.C. n° 6, art. 1F*c*).

HOSSEINI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3873-96, IMM-4581-97, juge MacKay, ordonnance en date du 12-8-98, 21 p.)

Possibilité de refuge intérieur (PRI)—Le tribunal de la CISR a conclu qu'il n'existait pas de preuve convaincante selon laquelle il était interdit aux personnes tel le demandeur, jeune Tamoul arrivant du nord du Sri Lanka, de s'établir à Colombo, et Colombo constituait une PRI viable—Toutefois, la preuve dans la documentation dont disposait le tribunal indique que la police a, en novembre 1996, introduit un nouveau règlement permettant seulement un séjour de trois jours à Colombo pour les Tamouls arrivant du nord—Dans les circonstances, le tribunal n'a pas tenu compte des éléments de preuve lorsqu'il a conclu que Colombo constituait une PRI pour le demandeur—De plus, le tribunal a eu tort de dire qu'il incombait au demandeur de mettre à l'épreuve la viabilité de la PRI avant de demander la protection de substitution au Canada—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

ALVAPILLAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4266-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 13-8-98, 3 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande d'annulation de la décision de la SSR rejetant la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention des demandeurs—Le demandeur craint d'être persécuté en raison de son appartenance à un groupe social (à savoir les hommes d'affaires prospères du Venezuela opposés à la corruption et refusant de verser des pots-de-vin) et du fait de ses convictions politiques (il croit en l'État de droit et s'oppose à la corruption)—Demande rejetée—Par une opinion dissidente dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, le juge La Forest exclut les victimes d'actes d'extorsion des groupes sociaux au sens de la Convention—En l'espèce, le groupe visé par les manœuvres d'extorsion comprend non seulement les personnes qui s'opposent à la corruption, mais également celles qui ne s'y opposent pas ou celles qui versent des pots-de-vin même si elles sont opposées à la corruption—Les mesures de persécution (extorsion) ne visent pas uniquement ou principalement les personnes opposées à la corruption—Il n'y a pas le moindre lien entre la catégorie des personnes victimes d'extorsion et un groupe social au sens de la Convention—Les preuves versées au dossier ne permettent pas d'affirmer que les persécutions visent précisément les personnes opposées à la corruption—Tout homme d'affaires prospère peut être visé par des actes d'extorsion—L'auteur présumé des actes de persécution ne s'en prend pas au demandeur parce que celui-ci s'élève contre la corruption, mais tout simplement parce que c'est un homme d'affaires prospère—Le dossier ne contenait guère d'éléments permettant de conclure à la corruption au sein du gouvernement, ou qu'elle est par ailleurs officiellement tolérée par le gouvernement—En l'espèce, les demandeurs n'ont porté à la connaissance des autorités étatiques du Venezuela que les exigences initiales des extorqueurs, et non pas les mauvais traitements qui leur ont été infligés lorsqu'ils ont refusé de payer—Implicitement, pour la SSR, les demandeurs n'avaient pas établi que les autorités vénézuéliennes ne pourraient pas les protéger si on leur donnait l'occasion de le faire—Les motifs susmentionnés s'appliquent à la demande.

GARCIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-444-98, juge Reed, ordonnance en date du 5-8-98, 9 p.)

Appel de la décision par laquelle l'agent d'immigration a refusé de permettre au demandeur de présenter, pour des raisons d'ordre humanitaire, une demande de droit d'établissement alors qu'il se trouvait au Canada—Le demandeur soutient que la décision devrait être annulée parce que 1) l'agent d'immigration n'aurait pas dû tenir compte du fait qu'il avait été exclu par la SSR de la protection des réfugiés au sens de la Convention conformément à l'art. 1F*a*) de la Convention; 2) si l'agent était en droit de tenir compte de ce fait, il a apprécié les éléments de preuve de façon abusive, méconnaissant la preuve dont il était saisi ou qui aurait dû lui être produite; 3) la décision conduit directement au

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

renvoi du demandeur vers l'Iran, et un tel renvoi constituerait une violation de l'art. 12 de la Charte—Le demandeur, citoyen iranien, avait servi sous le régime du Shah comme juge militaire—Il a quitté l'Iran trois jours avant la révolution iranienne de 1979—Entre 1979 et 1986, il a vécu dans plusieurs pays, il est arrivé au Canada en 1986 et il a revendiqué le statut de réfugié—Bien que la revendication du statut de réfugié présentée par le demandeur eût un minimum de fondement, il a été jugé qu'il n'était pas admissible au Canada sur le plan pénal en application de l'art. 19(1)c) de la Loi sur l'immigration, et qu'il n'était pas admissible pour des raisons d'ordre médical en application de l'art. 19(1)a) de la Loi—Il a été renvoyé devant la SSR en vue d'une instruction approfondie—Bien que la SSR ait conclu que le demandeur risquerait d'être persécuté dans l'éventualité de son renvoi en Iran, elle a également conclu qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il était exclu de la protection en application de l'art. 1Fa) de la Convention—La SSR a conclu que le demandeur avait notamment participé au prononcé des peines capitales contre des opposants politiques, ne se préoccupait pas de savoir si des témoins avaient été torturés, avait sciemment participé à des actes de persécution en prononçant des peines capitales contre des fondamentalistes musulmans—La demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de la SSR a été rejetée par la CAF en mars 1993—Le défendeur a par la suite procédé à un examen «de dernier recours» fondé sur des «raisons d'ordre humanitaire pour déterminer si le demandeur pouvait présenter, pour ces raisons, une demande de droit d'établissement alors qu'il se trouvait au Canada—Il s'agit essentiellement d'une évaluation semblable à celle qui a lieu sous le régime de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Demande rejetée—1) L'agent d'immigration a de façon appropriée examiné la conclusion tirée par la SSR en application de l'art. 1Fa) lorsqu'il a décidé de l'examen «de dernier recours» fondé sur des raisons d'ordre humanitaire—Le processus décisionnel implique l'examen de tous les facteurs pertinents, et la conduite passée du demandeur, n'est qu'un facteur de ce genre—2) L'appréciation par l'agent d'immigration des éléments de preuve n'était pas abusive—L'agent d'immigration était en droit de limiter son évaluation aux documents dont il disposait—La transcription de l'audition tenue en 1992 devant la SSR doit être écartée aux fins de la présente demande puisqu'elle ne faisait pas partie du dossier dont l'agent disposait lorsqu'il a pris sa décision—L'argument selon lequel «l'appréciation par l'agent d'immigration des éléments de preuve était abusive» repose en partie sur une mauvaise caractérisation de la décision, considérée comme effectuant le renvoi du demandeur du Canada—La décision attaquée est différente et distincte de la mesure de renvoi—En conséquence, la mesure de renvoi, et non la décision de refuser l'examen de raisons d'ordre humanitaire, fait vraiment l'objet d'une contestation constitutionnelle: *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 315 (1<sup>re</sup> inst.)—Puisque la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Cour n'est pas saisie de la mesure de renvoi, elle ne saurait exercer son pouvoir discrétionnaire pour convertir la présente demande en celle qui aurait dû être présentée pour aborder la question fondée sur la Charte—Il convient de noter que le demandeur a vécu ailleurs depuis la chute du Shah, et qu'il existait des possibilités pour lui dont il a, avec intransigeance, refusé de se prévaloir—Étant donné la nature discrétionnaire de la décision en matière de «raisons d'ordre humanitaire», la Cour ne saurait conclure que la décision reposait sur des conclusions de fait erronées tirées de façon abusive et arbitraire, ou sans tenir compte des documents versés au dossier, ni qu'elle reposait sur une erreur de droit—La conclusion qu'il existe des motifs sérieux de croire qu'une personne a commis des crimes contre l'humanité se rapporte à la question de savoir si un tel pouvoir discrétionnaire devrait être exercé—En l'absence de motifs permettant de douter de la justesse de la décision de la SSR, l'agent d'immigration était en droit de s'appuyer sur cette décision et le refus ultérieur par la Cour d'appel fédérale de permettre que cette décision fasse l'objet d'un contrôle—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. 12—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, art. 1Fa)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a) (mod., par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), c) (mod., *idem*), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

ZAND-VAKILI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1612-98, juge Reed, ordonnance en date du 10-8-98, 7 p.)

*Résidents permanents*

Selon l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration, ne sont pas admissibles au Canada en tant qu'immigrants reçus, les personnes dont l'admission risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou les services de santé—Le fils du demandeur présente un déficit intellectuel modéré—Décision que son admission au Canada risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et que, par conséquent, il ne pouvait pas être admis—Un des facteurs évalués est le coût de l'éducation spécialisée qu'il faudrait lui assurer dans le cadre de l'enseignement public—La législation provinciale a prévu, au sein du système scolaire, le cas des enfants ayant des besoins particuliers, qu'il soient surdoués ou inadaptés intellectuellement—L'éducation spécialisée dispensée par l'école publique aux enfants avec déficience intellectuelle ne constitue pas un service social au sens de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—Il faut, au sens large, entendre par service social toutes les prestations sociales que l'État accorde aux individus—Dans un sens plus restreint, on entendra par service social le bien-être social proprement dit—Si c'est

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

dans son acception la plus large que ce terme devait être entendu à l'art. 19(1)a(ii), il n'aurait pas été nécessaire d'évoquer les services de santé en tant que catégorie distincte—Si c'est dans son sens le plus large que devait être compris ce terme tel qu'utilisé à l'art. 19(1)a(ii), cette disposition aurait parlé de «services sociaux, y compris les services de santé» et non pas de «services sociaux ou de santé»—La distinction entre les services de santé et les services sociaux porte à penser qu'il y a également lieu de distinguer l'enseignement, y compris l'enseignement spécialisé assuré au sein du système scolaire—Le demandeur soutient que la scolarité est à la fois un droit, en ce qui concerne les étudiants, et une obligation légale en ce qui concerne les enfants d'âge scolaire—On remarque que l'enseignement public constitue un droit solidement enraciné garanti aux enfants du Canada, alors qu'on ne considère pas en général que les services sociaux constituent au même degré un droit—Les services sociaux constituent, à l'inverse, des prestations que la société canadienne offre aux personnes dans le besoin, souvent sous condition de ressources ou sous condition de recouvrement—Le demandeur fait également valoir que l'explication que les représentants de l'État avaient donnée, lors de l'adoption de la législation en 1977, sur le sens qu'il convenait d'attribuer à la notion de services sociaux, confirme qu'il y a lieu d'entendre par services sociaux les services de bien-être dont bénéficient les personnes qui ne sont pas en mesure de subvenir à leurs propres besoins—Le demandeur fait remarquer qu'aux termes de la plupart des législations provinciales, sinon de toutes, les services éducatifs, y compris ceux qui s'adressent aux enfants ayant en ce domaine des besoins particuliers, relèvent d'un régime législatif différent et d'un ministère distinct de ceux dont relèvent les programmes sociaux et les services sociaux—Le défendeur soutient en réponse que, dans de nombreuses affaires, la Section de première instance a reconnu que les programmes d'éducation spécialisée fonctionnant dans le cadre de l'enseignement public sont effectivement des services sociaux au sens de l'art. 19(1)a(ii)—À de rares exceptions près, il s'agissait d'affaires dans lesquelles n'avait pas été développé l'argument selon lequel les programmes d'éducation spécialisée dans le cadre de l'enseignement public ne sont pas des services sociaux—Dans l'affaire *Yogeswaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), F.T.R. 151 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), cette thèse a été plaidée, mais l'affaire a été tranchée selon une interprétation qui n'est pas celle retenue en l'espèce—Dans cette autre cause, une question a été certifiée afin que la Cour d'appel tranche le débat—Au cas où il ne serait pas donné suite à l'appel interjeté dans l'affaire *Yogeswaran*, le défendeur a eu l'occasion de présenter ses observations concernant la certification éventuelle d'une question—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a(ii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

THANGARAJAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3789-97, juge Reed, ordonnance en date du 5-8-98, 8 p.)

## COURONNE

## CONTRATS

Action en paiement du montant restant dû sur le prix d'un contrat de démolition de l'ancien quai commercial de Cap-Chat sur le fleuve Saint-Laurent et d'une somme additionnelle pour les pertes que le défaut du ministère des Travaux publics de respecter ses engagements lui avait fait encourir—Réclamation parallèle d'Aldège Banville pour dommages personnellement subis par suite de ce même défaut—La défenderesse a allégué que le contrat n'avait pas été intégralement exécuté et que le Ministère avait eu raison de ne pas payer—En février 1993, la société demanderesse dut faire cession de ses biens—L'ensemble de ses biens meubles et immeubles était cédé à la Caisse Populaire Desjardins de St-Robert de Rimouski qui cédait à son tour à Banville 75 % des droits et intérêts qu'elle pouvait avoir dans l'action toujours pendante entre la demanderesse et la Couronne—Le juge du procès rejeta l'action au motif que les recours exercés étaient prescrits ou sans valeur parce que manifestement inexistantes ou fondées sur des cessions illégales aux termes de la Loi sur la gestion des finances publiques—Appel accueilli en partie—Le juge Marceau, J.C.A.: Le rejet de l'action s'imposait pour le recours intenté par l'appelant, Aldège Banville, en son nom personnel, le recours étant de nature délictuelle et le demandeur n'ayant pas établi que l'acte délictuel avait été cause directe du dommage personnel qu'il avait subi au niveau de sa réputation et de sa solvabilité, et n'ayant pas intenté son recours à l'intérieur du délai de prescription établi par la loi québécoise—Le rejet de l'action intentée par la demanderesse n'est pas fondé—Le délai de prescription applicable est le délai de cinq ans prévu à l'art. 2260 du Code civil pour les recours en responsabilité contractuelle, et non le délai de deux ans prévu à l'art. 2261—Quant aux cessions «illégales», le problème de leur validité ne se posera qu'après un jugement reconnaissant l'existence d'une dette envers la société, le cas échéant, et encore là, uniquement pour les parties en cause: le syndic, la Caisse populaire, et, bien sûr, Banville, le seul actionnaire de la société—Il n'est pas vrai que le transfert serait totalement inopposable à l'intimée—Même si une dette est contestée en justice, si son existence prétendue est directement rattachée à un marché, il est impossible de dire qu'elle n'est pas visée par l'exception prévue à l'art. 68(1)a de la Loi sur la gestion des finances publiques—Il est aussi faux de dire qu'une cession ne peut être absolue même si elle ne couvre que 75 % de la créance—Enfin, même s'il a déjà été jugé que l'avis requis est une condition stricte de validité, cette condition est suffisamment et valablement remplie par les amendements apportés dans les actes de procédure—Le juge Desjardins, J.C.A.: La décision *Carex Ltd. c. Canada* (1983), 46 N.R. 505 (C.A.F.) (où on a jugé bien fondé le rejet d'une action en recouvrement d'une dette de la Couronne, intentée par un cessionnaire, pour le motif que les formalités de la cession prévues à l'art. 81(1), (2) de la Loi sur la gestion des finances publiques n'avaient pas été respectées) ne s'applique pas en l'espèce—L'action en

**COURONNE—Fin**

l'espèce a été intentée à l'origine conjointement par la demanderesse et son PDG et seul actionnaire, Banville, et non par le cessionnaire—Pour l'heure, il importe d'établir si la Couronne est débitrice du montant réclamé—Dans l'affirmative, il appartiendra au premier juge de déterminer, en temps opportun, si la cession est opposable à l'intimée—Code civil du Bas-Canada, art 2260, 2261—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 68(1), 81(1),(2).

ENTREPRISES A.B. RIMOUSKI INC. C. CANADA (A-874-96, juges Marceau, Desjardins, J.C.A., jugement en date du 26-6-98, 18 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel en vertu de l'art. 82.1 de la Loi sur la taxe d'accise de la décision du ministre confirmant que les appareils de loterie vidéo (les ALV) de la demanderesse étaient des «articles de jeu ou d'amusement, à pièces de monnaie» et étaient assujettis à une taxe conformément à l'art. 2 de l'Annexe I de la Loi—La Société des loteries de l'Atlantique a reçu le mandat de gérer et de diriger la loterie informatisée et de faire fonctionner un système central d'informatique—Au Nouveau-Brunswick, les ALV appartiennent à des particuliers qui les installent, les entretiennent et les réparent en contrepartie d'un pourcentage prédéterminé du produit net d'un ALV—Les propriétaires d'ALV doivent être membres de l'Association des opérateurs de machine automatique du Nouveau-Brunswick (l'AOMANB) afin de pouvoir offrir les services de leurs appareils à la Société—En novembre et en décembre 1990, la demanderesse a consenti à acheter 100 ALV de modèle 8720A d'un fabricant américain agréé par la Société—Elle a été tenue de verser dix pour cent de taxe d'accise, soit 51 950 \$, conformément à l'art. 23 et à l'art. 2 de l'Annexe I de la Loi—La demanderesse s'est opposée dès le début au prélèvement de la taxe, en soutenant que les ALV ne sont pas des articles de jeu ou d'amusement, mais du matériel électronique de traitement de l'information pour des billets de loterie automatisée—Demande de remboursement rejetée—Les ALV sont-ils assujettis à la taxe en vertu de la Loi sur la taxe d'accise en tant que «[a]rticles de jeu ou d'amusement de toutes sortes, à pièces de monnaie»?—Les lois fiscales doivent s'interpréter en conformité avec les règles d'interprétation ordinaires qui s'appliquent à tous les autres textes de loi—Les mots doivent recevoir leur sens ordinaire, en contexte et en harmonie avec l'esprit et l'objet du texte de loi et compte tenu de l'intention du législateur—Les tribunaux se sont penchés sur le sens d'articles de jeu ou d'amusement et ils ont eu recours à une interprétation fondée sur l'objet dans différents contextes—La disposition en litige en l'espèce ne vise pas un méfait précis comme les

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

jeux d'argent et elle n'est pas de nature pénale—Le but de la disposition est de taxer certains articles à pièces de monnaie qui servent au jeu ou à l'amusement—Sans le dépôt de pièces, un ALV ne peut être mis en marche—Lorsque le ALV fonctionne, un joueur peut prendre part à l'un des nombreux jeux de pari—Les recettes des ALV sont calculées nettes des gains—Chaque ALV est muni d'un assemblage de cartes logiques, composé d'une carte logique, d'une carte mémoire de sauvegarde et d'une carte de communication—Les puces informatiques nécessaires au jeu sont emmagasinées dans l'ALV—L'ALV demeure essentiellement un article qui permet à des clients de jouer à des jeux et à des jeux d'argent—Les ALV sont des appareils à pièces de monnaie que l'on utilise pour jouer à des jeux, que ce soit en ligne avec l'ordinateur central ou non—Même s'ils contiennent des composantes électroniques, les ALV sont visés par l'expression «articles de toutes sortes»—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 23(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 55), 81.2 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 38; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52), Annexe I, art. 2 (abrogé par L.C. 1990, ch. 45, art. 13).

047438 N.B. INC. C. CANADA (T-572-93, juge Cullen, jugement en date du 24-6-98, 18 p.)

Appel par voie de procès *de novo* à l'égard d'une décision du TCCE, la demanderesse alléguant avoir versé par erreur en 1990 la taxe de vente fédérale (TVF) sur des services de gaufrage et d'encodage—La demanderesse fabrique des cartes de plastique et offre des services de gaufrage et d'encodage—Ces activités se répartissent en deux secteurs: 1) fabrication; 2) services de gaufrage et d'encodage—Dans le cadre des activités de fabrication, une facture est envoyée au client une fois que les cartes sont fabriquées; cette facture ne vise pas le gaufrage et l'encodage des cartes qui sont effectués par la demanderesse elle-même, par le client ou par un concurrent—La demanderesse a versé la TVF sur les cartes facturées à ses clients—Le gaufrage et l'encodage sont effectués à l'aide des renseignements et des données fournis et détenus par le client—La demanderesse a aussi versé la TVF sur les services de gaufrage et d'encodage exécutés pour ses clients—En 1990, le chiffre d'affaires de la demanderesse s'établissait comme suit: 5 % pour les cartes de plastique «vierges», 10 % pour les services de gaufrage et d'encodage de cartes de plastique non fabriquées par elle, 85 % pour les cartes de plastique «finies», incluant la fabrication, le gaufrage et l'encodage—En 1992, la demanderesse a soumis une demande de remboursement de TVF de 329 263 \$, alléguant avoir versé ces taxes par erreur au motif que ses clients étaient des fabricants titulaires de licence et que le gaufrage était un service professionnel exonéré de la taxe—Revenu Canada a refusé la demande de remboursement—Le TCCE a accueilli l'appel uniquement à l'égard des transactions concernant le gaufrage et l'encodage par la demanderesse de cartes de plastique fabriquées par

## DOUANES ET ACCISE—Suite

d'autres fabricants titulaires de licence—Le TCCE a conclu que la fabrication, le gaufrage et l'encodage constituaient un procédé continu—Questions: 1) Le gaufrage et l'encodage de cartes fabriquées par la demanderesse font-ils partie de la fabrication des cartes pour les fins de l'imposition de la TVF en vertu de l'art. 50(1) de la Loi sur la taxe d'accise? 2) Les clients de la demanderesse étaient-ils les «fabricants ou producteurs» des cartes au sens de l'art. 2(1*b*) de la Loi? 3) La demanderesse était-elle redevable du paiement de la TVF à titre de «fabricant marginal» au sens de l'art. 2(1*f*) de la Loi? et, pour ce qui est des cartes de plastique fournies par des fabricants non titulaires de licence aux termes d'un contrat visant la main-d'œuvre en vue du gaufrage et de l'encodage, 4) Ces services ont-ils été fournis aux termes d'un contrat visant la main-d'œuvre au sens de l'art. 45.1 de la Loi? 5) Dans l'affirmative, les clients fabricants non titulaires de licence étaient-ils des «fabricants ou producteurs» au sens de l'art. 2(1*b*) de la Loi?—Appel accueilli en partie—1) La jurisprudence relative à la définition du mot «fabrication» a établi que le procédé de fabrication peut comporter plus d'une étape—De plus, la «fabrication» doit résulter de la création d'un article qui a un usage quelconque ou qui peut remplir une fonction nouvelle ou différente—En appliquant aux faits de l'espèce les principes énoncés dans la jurisprudence, les services de gaufrage et d'encodage fournis par la demanderesse à l'égard des cartes qu'elle a fabriquées sont visés par la définition de «fabrication» énoncée par la C.S.C. dans *La Reine v. York Marble, Tile & Terrazzo Ltd.*, [1968] R.C.S. 140—Selon le système de la demanderesse, les cartes de plastique créées à l'étape initiale du procédé de fabrication ne peuvent remplir aucune fonction utile—Le procédé de gaufrage et d'encodage a entraîné la création d'une carte pleinement fonctionnelle, personnalisée en vue de son utilisation finale, faisant donc partie intégrante de la fabrication des cartes de plastique—D'après la preuve, le titre de propriété des cartes n'est pas transféré au client au moment de la facturation, et les services de gaufrage et d'encodage ne constituent pas une activité commerciale séparée et distincte relative à des marchandises dont les clients sont propriétaires—2) Les clients de la demanderesse sont des «fabricants ou des producteurs» au sens de l'art. 2(1*b*)—La jurisprudence confirme que l'existence d'un «droit de vente ou d'un autre droit» est l'un des facteurs prépondérants pour déterminer si l'acheteur de marchandises fabriquées est un «fabricant ou producteur»—Il a été jugé «qu'un droit de vente» existe lorsque les circonstances établissent que l'acheteur des marchandises fabriquées a le droit exclusif d'acheter les marchandises en cause—Autres facteurs pertinents: mesure dans laquelle l'acheteur donnait des instructions précises, achetait ou fournissait de l'équipement utilisé en vue de la fabrication des marchandises, ou exerçait par ailleurs un contrôle sur le procédé de fabrication—En l'espèce, les clients jouissaient du droit unique et exclusif d'acheter les cartes gaufrées et encodées fabriquées par la demanderesse—Les clients exerçaient aussi un degré élevé de

## DOUANES ET ACCISE—Suite

contrôle sur l'ensemble du procédé de fabrication, y compris l'étape du gaufrage et de l'encodage—Le dessin exclusif, les renseignements, le matériel et l'équipement dont le client est propriétaire occupaient une place préminente tout au cours de l'étape de gaufrage et d'encodage du procédé de fabrication—La demanderesse a donc versé par erreur la TVF sur les services de gaufrage et d'encodage de cartes qu'elle fabriquait—3) La demanderesse n'est pas un «fabricant marginal»—4) Les parties ont convenu que l'art. 45.1 de la Loi s'appliquait aux circonstances où la demanderesse gaufrerait et encodait des cartes qui lui étaient fournies par un client fabricant non titulaire de licence—L'art. 45.1 impose à la demanderesse l'obligation de payer la TVF lorsqu'un contrat visant la main-d'œuvre a été conclu entre elle et un fabricant non titulaire de licence pour des services de gaufrage et d'encodage—La demanderesse n'a donc pas versé erronément la TVF pour le gaufrage et l'encodage de cartes de plastique qui lui étaient fournies par un fabricant non titulaire de licence aux termes d'un contrat visant la main-d'œuvre—En conclusion, la demanderesse a versé par erreur la TVF sur les services de gaufrage et d'encodage de cartes de plastique qu'elle a fabriquées—Toutefois, la demanderesse était redevable de la TVF pour le gaufrage et l'encodage de cartes de plastique qui lui avaient été fournies par un fabricant non titulaire de licence en vertu d'un contrat visant la main-d'œuvre, et elle n'a pas payé cette taxe par erreur—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 2(1) «fabricant ou producteur» (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 15, art. 1; L.C. (1990), ch. 45, art. 1), art. 45.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 15, art. 17), art. 50(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 42, art. 4).

GIESECKE & DEVRIENT SECURITY CARD SYSTEMS, INC.  
C. CANADA (T-2728-95, juge McGillis, jugement en date du 3-7-98, 28 p.)

Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance ([1998] F.C.J. n° 446 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)) n'a pas permis à l'appelante de déduire du «prix de vente» visé aux art. 42 et 50 de la Loi sur la taxe d'accise les paiements rectificateurs accordés par l'appelante à des grossistes, qui vendaient à rabais ses produits à certains acheteurs spécialisés—L'appelante vendait des solvants, des diluants et divers fluidifiants pour automobile—Elle s'en remettait à un réseau de grossistes indépendants pour la distribution de ses produits—Les grossistes avaient droit à une remise sur le prix de vente des produits qu'ils vendaient à certains acheteurs spécialisés appelés «acheteurs des marchés de spécialité»—Ces acheteurs achetaient en plus grandes quantités et payaient donc le plus souvent un prix moindre que celui qui était demandé à la clientèle de base de l'appelante comme les ateliers de débosselage—Le «programme des marchés de spécialité» avait été conçu pour la protection des grossistes—Après qu'un crédit avait été accordé au grossiste, l'appelante défalquait du montant de

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

ses ventes taxables le montant de la subvention, réduisant d'autant le montant de taxe qu'elle devait payer—Le MRN a refusé les réductions du prix de vente consenties aux grossistes et a exigé de l'appelante le paiement de la taxe de vente intégrale—Le Tribunal canadien du commerce extérieur a donné gain de cause à l'appelante—Le juge de première instance a infirmé la décision du Tribunal—En interprétant la disposition d'imposition, l'art. 50(1a), selon son sens courant et ordinaire, force est de conclure que l'intention du législateur fédéral était d'imposer une taxe sur le «prix de vente» des marchandises vendues—L'expression «prix de vente» n'exclut pas nécessairement de façon implicite le calcul d'une remise de prix, si une telle remise est par la suite consentie sur le «prix de vente»—L'art. 50(1a) vise le moment où la «taxe de vente» est «payable», et non celui où elle est «calculée»—Au moment de la transmission de la propriété aux grossistes, l'appelante et ses grossistes étaient liés par un contrat valide aux termes duquel une réduction du prix de vente ou un crédit applicable à celui-ci était dû—Il ne restait plus qu'à calculer le montant précis de cette remise—La réduction de prix était donc implicite au moment de la transmission de la propriété—Les rajustements de prix n'ont pas été consentis aux grossistes pour encourager et récompenser leur participation au programme des marchés de spécialité de l'appelante—Les grossistes ne recevaient pas une «prime», une subvention ou une commission en fonction du nombre de ventes conclues avec des acheteurs des marchés de spécialité—La subvention accordée était davantage de la nature d'un crédit visant à permettre aux grossistes de livrer une concurrence efficace sur le marché des acheteurs spécialisés, qui s'attendent normalement à payer un prix moindre que celui que paient les clients au détail ordinaires—L'appelante était forcée de demander aux grossistes le prix de liste intégral pour réduire ensuite ce prix une fois qu'une vente définitive était conclue—L'appel est accueilli—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 15, art. 16, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 13), 50(1a).

CANADA C. BASF COATINGS & INKS CANADA LTD.  
(A-281-98, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 2-7-98, 9 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Requête en vue d'obtenir une ordonnance de contrôle judiciaire partiel d'une ordonnance concernant le paiement d'une partie du cautionnement pour dépens et des intérêts courus sur cette somme que le greffe détient—L'action de la défenderesse (l'assureur) en vue de recouvrer les montants versés à l'assuré (le NM *Beograd*) pour les dommages à la cargaison causés par l'abordage avec le *Federal Danube* a

**DROIT MARITIME—Fin**

été rejetée en première instance; appel rejeté en C.A.F.; pourvoi accueilli devant la Cour suprême du Canada, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès et adjugé à la demanderesse ses dépens devant la Cour suprême et la C.A.F.—En avril 1998, la demanderesse et les défendeurs ont déposé leurs requêtes respectives conformément à la Règle 315, demandant à la Cour d'attribuer à l'un ou l'autre ou au deux, en totalité ou en partie, les montants déposés par la demanderesse en cautionnement pour les dépens des défendeurs dans le premier procès—Le protonotaire a rejeté en totalité la requête de la demanderesse, en indiquant que la C.S.C. n'avait pas ordonné le rétablissement des parties au *statu quo ante*—De même, le protonotaire a indiqué que les ordonnances de cautionnement rendues en vertu de la Règle 446 ne devraient pas être modifiées, étant donné qu'aucune ordonnance de cautionnement future ne pouvait avoir un effet rétroactif pour couvrir les frais déjà engagés par le défendeur dans les procédures précédentes—Le protonotaire a également rejeté, en partie, la requête des défendeurs, étant donné que la C.S.C. ne leur avait pas adjugé les dépens pour le premier procès, mais il a accepté la demande subsidiaire que les sommes d'argent versées ne soient pas touchées pour le moment—Le protonotaire a également décidé que la demande de la demanderesse devrait être refusée et que le montant du cautionnement devrait demeurer à la Cour jusqu'à ce que le juge en dispose de façon définitive lors du nouveau procès—La demanderesse conteste la décision du protonotaire, soutenant qu'au moins une partie du cautionnement qu'elle a versé devrait lui être remise—Appel rejeté—Application de la norme d'intervention prévue dans *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. (425) (C.A.)—La décision du protonotaire ne nécessite pas d'intervention car elle n'était pas fondée sur un mauvais principe ni sur une mauvaise appréciation des faits—La question des dépens n'a pas d'influence déterminante sur l'issue du principal en l'espèce—Il est bien établi que les dépens au procès devraient être laissés à l'appréciation du juge du nouveau procès—Selon l'issue, il appartiendra au juge de première instance de décider de la question des dépens et du montant versé jusqu'à ce jour—Dans l'intervalle, le protonotaire est justifié de refuser d'ordonner tout paiement et de maintenir le *statu quo*—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 446 (mod. par DORS/90-846, art. 14).

PORTO SEGURO CAMPANHIA DE SEGUROS GERAIS C.  
BELCAN S.A. (T-2057-85, juge Joyal, ordonnance en date du 11-8-98, 6 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire sur la question de savoir si le comité de règlement des griefs de classification a

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

manqué à l'équité procédurale exigée—La Cour a adopté l'analyse faite par le juge McKeown dans *Chong et al. c. Canada (Procureur général) et al.* (1995), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), concernant la norme d'équité à respecter dans une procédure relative aux griefs—La procédure de règlement des griefs est un mécanisme de règlement des différends entre un employé et la direction concernant la classification d'un poste—Le processus de règlement des griefs de classification n'a pas été conçu dans le but d'opposer deux parties—Il n'est pas soumis à l'arbitrage prévu par la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—La norme d'équité définie par le juge McKeown est compatible avec les droits du fonctionnaire s'estimant lésé—Le contrôle judiciaire se bornait à l'omission du comité de faire part au demandeur, avant de prendre sa décision, du point de vue de la direction que les activités du demandeur au chapitre des contacts étaient axées sur le développement et poursuivies sur une base volontaire—C'est aux demandeurs qu'il incombe de prouver qu'une classification est erronée—Il existait une importante distinction factuelle entre le rapport d'expert qui n'a pas été communiqué au fonctionnaire s'estimant lésé dans l'affaire *Hale c. Canada (Conseil du Trésor)* (1996), 112 F.T.R. 216 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et la qualification par la direction de la nature des fonctions du demandeur concernant les contacts avec l'extérieur en l'espèce—Le demandeur avait une connaissance suffisante des questions—Aucun renseignement supplémentaire ne devait être communiqué pour «véritablement participer» à la procédure de règlement des griefs de classification—Le demandeur n'a pas prouvé que ses activités au chapitre des contacts étaient des fonctions qui lui avaient été attribuées et qu'il exerçait—Il n'y a pas eu d'atteinte au principe de l'équité dans les circonstances de l'espèce—Les recommandations du comité ont été faites équitablement et d'une manière compatible avec la procédure de règlement des griefs—Demande rejetée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

BULAT C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1191-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 8-7-98, 10 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****PÉNALITÉS**

Appel d'un jugement de la Cour de l'impôt accueillant l'appel de l'intimée contre la cotisation établie en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu pour défaut de se conformer à une demande péremptoire de paiement—L'art. 224(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu autorise le ministre à exiger d'une personne «tenue de faire un paiement» au débiteur fiscal qu'elle verse au receveur général les fonds autrement payables au débiteur fiscal—L'art. 224(4) impose une pénalité de nature civile pour le défaut de se conformer à la

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

demande, cette pénalité étant égale au montant exigé en vertu de l'art. 224(1)—En 1987, le débiteur fiscal a souscrit à un REER autogéré auprès de l'intimée—Les fonds ont été placés dans un certificat de placement garanti (CPG) de cinq ans—Lorsque la demande péremptoire de paiement a été signifiée, le CPG était échu depuis presque un an; le débiteur fiscal avait donné instruction à l'intimée d'annuler le régime, d'en déposer le produit dans un compte d'épargne à intérêt quotidien ou de le lui verser directement après en avoir déduit la retenue d'impôt à la source—L'intimée a refusé de se conformer à la demande péremptoire de paiement—Le ministre a délivré un avis de cotisation—La Cour de l'impôt a conclu que le REER n'avait pas été liquidé, mais qu'il avait été continué en tant que fiducie, et qu'aucune somme n'était payable par l'intimée au débiteur fiscal—Elle a conclu que l'art. 224(1) s'appliquait seulement à une personne qui a l'obligation de payer une dette—En tant que fiduciaire, l'intimée ne devait rien au débiteur fiscal et elle n'était pas tenue de lui faire un paiement—1) L'intimée devait-elle se conformer à la demande péremptoire de paiement délivrée en vertu de l'art. 224(1)? 2) si oui, l'intimée était-elle tenue de payer à l'appelante, en vertu de l'art. 224(4), le montant qu'elle devait verser au receveur général aux termes de la demande délivrée en vertu de l'art. 224(1)?—Appel accueilli—Le sens ordinaire du mot «tenu» dans un contexte juridique est d'indiquer le fait qu'une personne est responsable en droit—La demande de l'art. 224(1) n'est pas restreinte aux relations débiteur-crédancier, comme l'est une ordonnance de saisie-arrêt: *Discovery Trust Co. v. Abbott* (1982), 38 B.C.L.R. 55 (C.S.)—La demande s'applique à tout cas où le fiduciaire est «tenu de faire un paiement au contribuable»—La Cour de l'impôt a commis une erreur en restreignant l'application des termes «tenue de faire un paiement» aux seuls cas où une relation débiteur-crédancier existe—La seule question pertinente est: l'intimée avait-elle en droit la responsabilité de faire un paiement au débiteur fiscal le 1<sup>er</sup> février 1994?—L'intimée avait cette responsabilité—Les modalités du REER du débiteur fiscal visent la création d'une fiducie, en vertu de laquelle le débiteur fiscal est le constituant et le bénéficiaire d'une fiducie et l'intimée est le fiduciaire—Le débiteur fiscal a, à titre de constituant et de bénéficiaire d'une fiducie, le droit, pouvant être exercé à sa discrétion, de retirer l'ensemble ou une partie du patrimoine de la fiducie sur préavis écrit de trente jours à l'intimée—Les instructions du débiteur fiscal étaient claires: après l'échéance du CPG, il désirait recevoir le produit net du REER pour l'utiliser et en disposer comme bon lui semblait—Le débiteur fiscal avait un droit contractuel, susceptible d'exécution, de se faire verser le produit net—L'intimée avait une obligation réciproque de lui faire le paiement requis—Cette obligation légale suffisait pour que l'intimée devienne «une personne tenue de faire un paiement» au débiteur fiscal au sens de l'art. 224(1)—La signification lexicographique ordinaire de «payable» est: lorsqu'un demandeur est en mesure, sur le plan juridique, de faire exécuter le paiement:

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

*Canada (Procureur général) c. Yannelis* (1995), 130 D.L.R. (4th) 632 (C.A.F.)—Le produit du REER était payable au débiteur fiscal au moment où ce dernier a demandé le paiement après l'échéance du CPG—En conséquence, lorsque la demande visée par l'art. 224(1) a été délivrée, les trois conditions préalables de cet article avaient été remplies—La demande péremptoire de paiement était valide—L'intimée devait s'y conformer—L'intimée n'ayant pas fait valoir d'explication ou de motif de dispense de nature à lui éviter l'application de l'art. 224(4), le ministre avait raison d'établir la cotisation—Le juge McDonald, J.C.A. (souscrivant au résultat): il existe un argument solide selon lequel, étant donné les obligations en équité incombant à un fiduciaire, l'art. 224(1) devrait être restreint à une relation créancier-débiteur, sauf disposition expresse prévoyant qu'il s'applique à un fiduciaire—Il serait utile que la loi énonce clairement que son intention est d'obliger le fiduciaire à manquer à son obligation à ce titre—L'application de l'art. 224(1) au fiduciaire est limitée—La seule raison pour laquelle l'intimée est assujettie à l'application de l'art. 224(1) est que le débiteur fiscal a donné instruction au fiduciaire de lui verser directement le produit de son REER et que cette instruction a été donnée lors de la période de 90 jours suivant la réception par l'intimée de la lettre faisant état de la demande de Revenu Canada—L'intimée est donc devenue une personne tenue de faire un paiement au débiteur fiscal—Si les conditions de la fiducie interdisaient au débiteur fiscal d'en toucher le montant, l'intimée ne serait pas assujettie à l'art. 224(1)—De même, s'il n'y avait eu aucune demande de paiement de la part du débiteur fiscal, l'art. 224(1) ne s'appliquerait pas—L'art. 224(1) signifie que le fiduciaire est assujetti à cette disposition seulement si le paiement demandé est effectué directement au débiteur fiscal et non pas à quelqu'un d'autre—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 224(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 101), (4).

CANADA C. NATIONAL TRUST CO. (A-969-96, juge en chef Isaac, jugement en date du 3-7-98, 29 p.)

**INJONCTIONS**

Appel d'une décision rejetant une requête en sursis d'exécution d'une injonction—La Cour avait prononcé une injonction permanente interdisant aux appelantes de fabriquer et de distribuer toute composition pharmaceutique contenant de la zidovudine, et ordonnant la remise pour destruction des inventaires existants de capsules de zidovudine—Les deux appelantes fabriquent et distribuent des capsules de zidovudine depuis de nombreuses années—Elles se sont toutes les deux acquises une solide réputation en ce qui concerne leurs produits—Elles ont également toutes les deux négocié des contrats de longue durée au sujet de leurs produits avec plusieurs hôpitaux canadiens et ont accru considérablement leurs ventes à l'exportation—Les appels sont accueillis—Le juge Marceau, J.C.A. (avec l'appui du juge Linden, J.C.A.): si l'appel réussit, les appelantes

**INJONCTIONS—Fin**

subiront un important manque à gagner—Comme les intimés n'ont offert aucun engagement au sujet des dommages-intérêts, les appelantes n'auront aucun moyen d'être indemnisées de leurs pertes—Le préjudice financier ne suffit pas en soi pour justifier le sursis de l'injonction—Les pertes irréparables que les appelantes subiront pour avoir été forcées de se retirer temporairement du marché dépasseront la valeur des stocks et de la privation des ventes et des profits pour un temps limité—Une perte de part de marché comporte nécessairement, en raison de la nature du marché en question, de graves répercussions qui continueront à se faire sentir longtemps après le prononcé d'un jugement favorable à l'issue de l'appel—Les appelantes subiront un préjudice grave et irréparable—Comme les appels soulèvent de graves questions, le sursis d'exécution peut être refusé uniquement si le report d'exécution des injonctions risque de causer aux intimés un préjudice tout aussi irréparable pour le cas où l'appel serait jugé mal fondé et où la prépondérance des inconvénients ne favoriserait pas l'octroi du sursis—Le juge des requêtes n'a pas conclu que les intimés risquaient de subir un préjudice irréparable—Le seul dommage est le manque à gagner subi par les appelantes, et un tel dommage pourrait être réparé intégralement par le paiement d'une somme équivalant aux recettes des ventes—Le juge Robertson, J.C.A.: le courant jurisprudentiel commençant par l'arrêt *Laboratoire Pentagone Limitée. v. Parke, Davis & Company*, [1968] R.C.S. 269 (C.S.C.), sur lequel le juge des requêtes a fondé son refus d'accorder le sursis demandé, a été largement inversé par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R.J.R.—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, et *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 (C.S.C.)—Les appelantes subiront un préjudice irréparable si le sursis demandé n'est pas accordé—Ce préjudice risque de persister longtemps après que les appelantes auront obtenu gain de cause—Le préjudice est irréparable parce qu'il n'y a personne qui pourrait réparer les pertes—Les intimés ne subiraient pas de préjudice irréparable si l'on permettait aux appelantes de commercialiser leur produit respectif—La balance penche en faveur des appelantes, en ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, compte tenu du refus des intimés de s'engager à payer les dommages se rapportant aux pertes causées par le maintien en vigueur de l'injonction pendant toute la durée d'un appel à l'issue duquel elles obtiendraient gain de cause—L'argument des intimés suivant lequel un tel engagement les exposerait à une responsabilité illimitée n'est pas convaincant, ne serait-ce que parce qu'ils auraient été obligés de donner un tel engagement s'ils avaient réussi à obtenir une injonction interlocutoire au début du procès—L'argument que la loi n'exige pas cet engagement n'est pas convaincant—Il est dans l'intérêt de la justice de préserver le statu quo en attendant qu'une décision soit rendue au sujet des appels.

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD. (A-294-98, A-295-98, A-310-98, juges Marceau et Robertson, J.C.A., jugement en date du 24-7-98, 10 p.)

## PRATIQUE

## AFFIDAVITS

La demanderesse sollicite la radiation de la marque de commerce de la défenderesse dans le cadre d'une instance introduite en juillet 1995—La défenderesse a déposé une réponse en septembre 1995, mais aucun affidavit—Les procédures s'éternisent depuis, même si les parties essaient de négocier un règlement—L'audition de l'affaire est prévue pour septembre ou octobre 1998—La défenderesse souhaite maintenant à la fois déposer un affidavit et contre-interroger l'auteur de l'affidavit soumis par la demanderesse—La requête a été déposée sous le régime des anciennes Règles, mais a été entendue après l'entrée en vigueur des nouvelles Règles—Le débat tourne essentiellement autour de la question de savoir si la défenderesse doit être autorisée à déposer son affidavit en retard: en vertu de la nouvelle règle 308, elle aurait ensuite le droit de procéder à un contre-interrogatoire sans avoir à en obtenir l'autorisation—Les délais prescrits par les règles de la Cour ne sont pas un simple objectif à atteindre: elles sont des règles à suivre, plus particulièrement lorsque l'inobservation d'un délai pourrait causer un préjudice à une ou plusieurs parties—Par ailleurs, le principe primordial est que justice doit être faite—Saisie d'une demande d'autorisation de dépôt tardif d'un affidavit, la Cour doit examiner les raisons du retard et la valeur intrinsèque de l'affidavit (pertinence, admissibilité et utilité possible pour le tribunal)—Saisie d'une demande d'autorisation de déposer un document après l'expiration d'un délai, la Cour doit mettre en balance la gravité du retard et la valeur potentielle de l'affidavit (*Maxim's Ltd. c. Maxim's Bakery Ltd.*, (1991) 32 C.P.R. (3d) 240 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))—Les retards sont jusqu'à un certain point imputables aux deux parties, qui ont fait diverses tentatives pour en arriver à un règlement—L'affidavit est crucial pour permettre à la défenderesse de faire une véritable opposition et est probablement pertinent, admissible et potentiellement utile à la Cour—Le retard n'est pas très grave, compte tenu des explications fournies et du fait qu'il est jusqu'à un certain point imputable aux deux parties—En l'espèce, la valeur potentielle de l'affidavit et la raison du retard l'emportent sur le retard lui-même—La règle 308, qui permet maintenant de plein droit le contre-interrogatoire sur un affidavit, constitue une nouveauté par rapport à l'ancienne Règle 704(6), qui a été interprétée comme exigeant que la partie à une affaire de marque de commerce qui désire contre-interroger l'autre partie démontre l'existence d'une ambiguïté ou d'une confusion pour pouvoir obtenir l'autorisation qu'elle demande—Le fait que la défenderesse n'a pas réussi à obtenir la permission de procéder à un contre-interrogatoire selon les anciennes Règles ne confère, à ce moment-ci, à la demanderesse aucun droit substantiel qui lui permettrait de contester le contre-interrogatoire—Toutefois, bien que la règle 308 permette de plein droit le contre-interrogatoire, cela n'excuse en rien le manquement ou défaut de contre-interroger avec diligence l'auteur de l'affidavit en 1995, alors que l'affidavit et les souvenirs étaient frais à la

## PRATIQUE—Suite

mémoire—Le préjudice causé à la demanderesse peut être réparé au moyen d'une condamnation aux dépens qui tiendra compte du temps consacré par l'avocat à préparer l'auteur de l'affidavit et des coûts du contre-interrogatoire lui-même, qui ne peut qu'être plus long à ce moment-ci—En conclusion, considérant et soutesant tous les facteurs et en dépit de l'erreur commise par la défenderesse, en l'occurrence son défaut de déposer un affidavit alors qu'elle devait le faire, la justice exige d'autoriser le dépôt de l'affidavit—La défenderesse est condamnée aux dépens de la présente requête et du contre-interrogatoire, quelle que soit l'issue de la cause—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704(6) (mod. par DORS/92-726, art. 9)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 308.

AIRCRAFT TECHNICAL PUBLISHERS C. ATP AERO TRAINING PRODUCTS INC. (T-1458-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 15-7-98, 9 p.)

Appel d'une ordonnance permettant le contre-interrogatoire relatif à des affidavits—Demande formulée dans le contexte de l'appel interjeté à l'égard d'une décision rendue par la Commission des oppositions des marques de commerce—En réponse à l'appel, Harriet Brown & Co. a déposé sa réponse ainsi que des affidavits à l'appui—En février 1998, l'appelante a signifié trois autres affidavits et demandé le consentement relatif à leur dépôt, en plus d'indiquer son intention de présenter une requête visant à permettre le contre-interrogatoire relatif aux affidavits—Jusqu'au 25 avril 1998, les Règles de la Cour fédérale alors en vigueur (Règle 704(6)) permettaient le contre-interrogatoire relatif aux affidavits dans le cadre d'un appel en matière de marques de commerce uniquement avec l'autorisation de la Cour—En pratique, l'autorisation se limitait aux cas où l'affidavit était ambigu et le contre-interrogatoire devait porter uniquement sur la question jugée ambiguë—Aucun contre-interrogatoire ne pouvait être entrepris avant le dépôt de tous les affidavits—Aucun délai ne s'appliquait à la demande d'autorisation relative au contre-interrogatoire—Malgré les demandes répétées de l'appelante, ce n'est qu'après l'entrée en vigueur des Règles de la Cour fédérale de 1998 qu'Harriet Brown a refusé de consentir à la production des affidavits—Les Règles de 1998 n'énoncent aucune restriction quant au droit de contre-interroger l'auteur d'un affidavit déposé dans le cadre d'un appel relatif à une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce—La règle 83 permet le contre-interrogatoire sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation, pourvu qu'il ait lieu dans les 20 jours suivant le dépôt de l'affidavit concerné—Dans son ordonnance, le protonotaire adjoint a autorisé le contre-interrogatoire sur les deux affidavits en raison de l'ambiguïté que comportait l'un d'eux—Appel rejeté—Les Règles de 1998 s'appliquent à la présente demande, comme elles s'appliquaient à la requête en prorogation de délai dont le protonotaire adjoint était saisi—Selon les Règles de 1998, une prorogation de délai

## PRATIQUE—Suite

était nécessaire en l'espèce, étant donné que le délai de 20 jours prescrit à l'égard du contre-interrogatoire autorisé de plein droit au sujet des affidavits était expiré depuis longtemps—La restriction ayant pour effet de limiter la portée du contre-interrogatoire aux questions ambiguës ne s'applique plus—Le critère applicable en ce qui concerne la prorogation du délai a été établi dans l'arrêt *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.)—Il est évident que l'appelante avait l'intention de procéder à un contre-interrogatoire au sujet des affidavits en question, mais qu'elle ne pouvait ainsi procéder sans obtenir d'autorisation, comme elle était tenue de le faire avant le 25 avril 1998, avant d'avoir déposé toute sa preuve—L'appelante n'a pas tardé à demander une prorogation de délai ainsi que l'autorisation de produire des affidavits supplémentaires, lorsqu'il est devenu évident qu'une ordonnance de la Cour était nécessaire aux fins de la production de la preuve souhaitée—La prorogation de délai ne nuit aucunement à *Harriet Brown & Co.*—Même si le motif sous-jacent à l'ordonnance est peut-être erroné, dans la mesure où il repose sur l'existence d'une ambiguïté dans l'un des affidavits en question ou dans les deux, compte tenu du critère établi dans l'arrêt *Grewal*, le résultat de l'ordonnance ne constitue pas une erreur commise dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire quant à l'octroi d'une prorogation du délai relatif au contre-interrogatoire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 704(6) (mod. par DORS/92-726, art. 9)—Règles de la Cour fédérale de 1998, DORS/98-106, règles 8, 83, 308, 501.

GARBO GROUP INC. C. HARRIET BROWN & CO.  
(T-2432-97, juge MacKay, ordonnance en date du 8-7-98, 9 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Jugement sommaire*

Requête en jugement sommaire partiel contre les demandereses—Les demanderesses s'occupent de la conception, de la fabrication et de la vente de jeux de construction pour enfants et d'accessoires vendus sous la marque de commerce «Lego»—La brique «Lego» est restée fondamentalement la même dans sa conception et sa composition depuis 1958—Les demanderesses allèguent que leurs briques ont une apparence distinctive, qui les rend immédiatement identifiables pour les acheteurs et les utilisateurs—Les demanderesses cherchent à obtenir la protection en tant que marque de commerce de cette apparence d'une forme présentée comme la «marque figurative Lego»—La défenderesse fabrique, distribue et vend des briques pour jeux de construction en liaison avec la marque de commerce «Mega Blocks», dont une ligne de briques «Micro» qui sont très semblables, sinon identiques, aux briques «Lego» en ce qui concerne la taille, la forme et, souvent, la couleur—La ligne «Micro» a été commercialisée au Canada en 1991—Les conditionnements

## PRATIQUE—Suite

portent les mentions «compatible avec la marque dominante», «compatible avec les autres marques»—La déclaration modifiée allègue que les défenderesses ont appliqué la «marque figurative Lego» à leurs briques et autres pièces depuis environ 1991—Les demanderesses allèguent une violation des art. 7*b*), *d*), 22 de la Loi sur les marques de commerce—La défense modifiée nie l'existence de la «marque figurative Lego», plaidant que, tout au plus, la marque figurative Lego est une description claire de la seule ou principale caractéristique fonctionnelle des composants Lego et qu'elle est uniquement ou principalement fonctionnelle et ne peut donc être protégée comme marque de commerce—Les défenderesses allèguent que, si des droits de marque peuvent être acquis sur la «marque figurative Lego», celle-ci n'est pas distinctive de Lego ni des produits de Lego—Les défenderesses nient avoir fait de la publicité trompeuse—À l'égard de la demande fondée sur l'alinéa 7*b*), les défenderesses s'appuient sur une preuve axée surtout sur la relation entre la «marque figurative Lego» et les divulgations, les revendications et les illustrations de trois brevets canadiens expirés—Les défenderesses s'appuient sur *Thomas & Betts, Ltd. c. Panduit Corp.*, (1997), 74 C.P.R. (3d) 185 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) pour établir le principe que le breveté ne peut faire valoir des droits afférents à une marque de commerce sur la façon même dont un brevet expiré indique au public de fabriquer l'invention—Le juge Richard, qui a accordé le jugement sommaire dans cette affaire, cite une décision de la Cour fédérale de district américaine dans un litige opposant les mêmes parties sur la même question, décision qui a été infirmée en appel depuis—Aucune preuve déposée par les défenderesses en réponse aux allégations concernant la similitude de la présentation et l'effet de l'utilisation des mentions «compatible avec la marque dominante», «compatible avec les autres marques»—Requête rejetée—Requêtes en jugement sommaire régies par les Règles 432.1 à 432.7 des Règles de la Cour fédérale—La Règle 432.3(1) fait obligation au juge d'accorder le jugement sommaire s'il est convaincu qu'il n'existe aucune question sérieuse à instruire—Le fardeau de la preuve qui incombe à la partie requérant le jugement sommaire entraîne un fardeau de présentation lorsque, comme en l'espèce, les faits ou les inférences à en tirer font l'objet de contestations importantes—Il ressort, de manière évidente, du début de la Règle 432.2(1) que, si le requérant ne présente pas de preuve sur un aspect ou un moyen d'une requête en jugement sommaire alors que les faits, les allégations ou les inférences à en tirer font l'objet de contestations importantes, il n'y a pas de renversement du fardeau—En l'absence d'une telle preuve, possibilité de tirer une conclusion défavorable du fait que le requérant ne présente pas de preuve—Prise dans son ensemble, la preuve présentée par les défenderesses sur cette requête n'est guère convaincante—La preuve semble traiter de la demande de Lego fondée sur l'art. 7*b*), mais n'a aucun rapport avec les demandes fondées sur l'art. 7*d*) et sur l'art. 22—Les défenderesses ne se sont pas acquittées du fardeau qui leur

**PRATIQUE—Suite**

incombait—Conclusion défavorable pour les défenderesses—Les demanderesse ont satisfait à la Règle 432.2(1), en démontrant qu'il existe des questions sérieuses à instruire à propos de chacune des demandes fondées sur les art. 7*b*), *d*), 22(1)—Bien que la preuve ne soit guère convaincante, cette seule conclusion ne justifie pas une ordonnance quant aux dépens qui se situe en dehors de la gamme normale ou qui prévoit le paiement immédiat des dépens—Les requêtes en jugement sommaire, dans les cas qui s'y prêtent, ne doivent pas être découragées par des décisions hors de l'ordinaire sur les dépens—Dépens accordés aux demanderesse selon l'échelle ordinaire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 432.2 (éditée par DORS/94-41, art. 5), 432.3 (éditée, *idem*)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7, 22.

KIRKBI AG C. GESTION RITVIK INC. (T-2799-96, juge Gibson, ordonnance en date du 23-6-98, 35 p.)

**PARTIES***Intervention*

La Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) cherche à agir comme intervenante dans l'instance présentée par la SRC en vue de faire annuler la décision de la CCDP prorogeant le délai dans lequel la défenderesse pouvait porter plainte—La défenderesse n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat—Si le litige ne porte pas atteinte aux droits des intervenants et si ces derniers ne peuvent rien ajouter, la Cour ne devrait pas se permettre d'être retardée par l'addition de parties au litige—Or, en l'espèce, si la Commission agissait comme intervenante, les procédures devraient être plus brèves et moins compliquées que ce ne serait le cas si la défenderesse essayait de répondre elle-même aux arguments de la demanderesse—En général, si une personne ou une entité montre qu'elle a un intérêt suffisant et si elle est en mesure de faire voir l'affaire sous un angle différent, qui aiderait la Cour, elle devrait être autorisée à agir comme intervenante—La Cour doit examiner la question en litige et déterminer si la Commission peut faire une contribution utile sans rien enlever au litige opposant les parties ou sans causer par ailleurs une injustice—Est-ce que la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de la façon appropriée en accordant une prorogation du délai dans lequel la défenderesse pouvait déposer sa plainte?—Il s'agit d'une procédure que la défenderesse ne connaît pas—La Commission a un intérêt réel et elle est directement touchée par toute décision dans laquelle des lignes de conduite sont établies en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire—Il est loisible à un tribunal administratif de défendre sa propre procédure—La position de la Commission ne serait pas adéquatement défendue si la défenderesse agissait elle-

**PRATIQUE—Suite**

même—Un résultat non approprié toucherait directement la Commission—Il se pourrait bien que la Cour ne puisse pas entendre et trancher l'affaire au fond à moins que la Commission n'intervienne, de sorte qu'en fait, la justice serait mieux servie—Demande accueillie.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. GRAHAM (T-2297-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 12-8-98, 10 p.)

Requête présentée par le Fisheries Council of British Columbia, lequel cherche à intervenir dans une instance où la bande indienne Yale conteste le droit du ministre des Pêches de délivrer un permis de pêche au saumon communautaire autochtone, qui a pour effet de permettre à la bande Yale et à vingt-quatre bandes indiennes du bas Fraser de pêcher dans la partie du Fraser couvrant les deux côtés de Yale en utilisant des méthodes de pêche traditionnelles—La bande Yale considère cette zone comme située sur son territoire traditionnel, de sorte qu'il y aurait atteinte à son titre aborigène par le gouvernement et par les bandes du bas Fraser—Il ne s'agit pas d'un litige portant sur une ressource publique de saumons, mais plutôt d'un litige privé dans lequel la bande Yale prétend qu'elle devrait être la seule à se voir accorder le droit de pêcher, pour sa part de la quantité de saumon accordée à l'ensemble de la pêche autochtone, sur son territoire traditionnel—Le Fisheries Council est représentatif de l'industrie de la pêche commerciale—Il revient à celui qui demande le statut d'intervenant de démontrer qu'il a un intérêt légitime dans le résultat et qu'il peut apporter à l'instance des connaissances pertinentes, différentes ou nouvelles que les autres parties n'ont pas et qui permettraient à la Cour de juger l'affaire de manière exhaustive et efficace—Étant donné que la question de la modification du partage des prises dans cette zone de pêche autochtone en particulier ou celle du contrôle dans son ensemble de la pêche autochtone sur le Fraser par le ministre des Pêches ne se posent pas, l'intérêt du Fisheries Council n'est pas évident—Il est question des droits et obligations historiques et actuels de la bande Yale par rapport à ceux des autres bandes du bas Fraser—L'intervenant allègue qu'il a besoin d'un accès continu à la pêche au saumon, en tant que bien commun—Par conséquent, il compte sur l'autorité du ministère des Pêches et des Océans pour que la ressource du saumon soit gérée convenablement—L'intervenant soumet qu'il a un intérêt direct dans l'existence d'un titre aborigène sur un territoire incluant une zone de pêche fluviale—Il croit qu'un certain nombre de questions de droit découlent de l'instance, dont l'application des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, et leurs conséquences sur une zone de pêche fluviale; le consentement requis du détenteur de droits de pêche ancestraux, présumément dans le cadre de la gestion

## PRATIQUE—Suite

par le ministre des Pêches; l'existence, la portée et les conséquences d'un droit de pêche ancestral à des fins alimentaires; le pouvoir conféré au ministre quant à la délivrance de permis de pêche communautaires autochtones; la conciliation, quant au fond et quant à la procédure, du droit relatif aux droits ancestraux et de la jurisprudence traditionnelle régissant le contrôle judiciaire de l'action administrative—La règle 109 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'intervention—Un intervenant doit prendre une instance dans l'état où elle est, et il ne doit pas introduire de nouvelles questions en litige—Introduire les questions que l'intervenant considère pertinentes aurait pour effet d'étendre la portée de l'instance bien au-delà de ce qui a été prévu par les parties et d'entraîner pour celles-ci des frais bien supérieurs à ce qui a été prévu par elles—Requête pour intervention rejetée—De plus, il incombe à l'intervenant de convaincre la Cour que l'intervention aurait pour effet d'améliorer les procédures—Dans *Conseil canadien des ingénieurs et al c. Memorial University of Newfoundland* (1997), 135 F.T.R. 211 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), ont été énoncées trois conditions qu'il faut lire en conjonction pour savoir si les procédures sont améliorées par l'intervention—Il n'est pas clair que celui qui demande le statut d'intervenant doive satisfaire à tous les critères, la Cour s'étant montrée disposée à accepter l'intervention d'une partie au seul motif que ses droits étaient directement touchés, comme il a été souligné dans l'arrêt *Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien)*, [1991] 1 C.F. 416 (C.A.)—La solution réside peut-être dans le concept de pondération des intérêts divergents, c.-à-d. la comparaison entre, d'une part, la contribution que les intervenants pourraient apporter et, d'autre part, le dérangement, l'augmentation de la grosseur et de la complexité du cas, la longueur des procédures et l'augmentation des coûts—Quant à l'intérêt dans ce litige privé, le Fisheries Council ne peut apporter quelque expertise particulière sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales qui autrement ne serait pas disponible—Dans le contexte de l'impact du résultat, la prépondérance va à l'encontre du Fisheries Council—L'accès prioritaire au poisson, l'existence, l'étendue et les conséquences d'une zone de pêche autochtone à des fins alimentaires, et le pouvoir du ministre de conférer un permis de pêche communautaire ne sont pas en litige—Imposer l'existence d'une opinion relativement à la conciliation du droit relatif aux droits ancestraux et de la jurisprudence traditionnelle régissant le contrôle judiciaire de l'action administrative aurait pour effet de compliquer les procédures—Le Fisheries Council n'apporte aucune opinion nouvelle et utile aux fins des procédures—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 109.

BANDE INDIENNE YALE C. BANDE INDIENNE AITCHELITZ (T-776-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 24-6-98, 19 p.)

## PRATIQUE—Suite

## PLAIDOIRIES

*Requête en radiation*

Requête en vue de faire radier un avis de requête introductive d'instance dans lequel le requérant demandait que soit annulée la décision du solliciteur général de publier et de distribuer un document de la GRC indiquant que le requérant a fait l'objet d'un avis d'Interpol par suite d'un incident non précisé qui s'est déroulé en 1995—Le requérant demandait également une ordonnance enjoignant à la GRC d'aviser toutes les autorités étrangères de ne pas tenir compte de cet avis d'Interpol—À la question de savoir si le solliciteur général a pris une décision susceptible de contrôle au sens des art. 2 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, l'intimé a fait valoir que le secrétaire d'État n'est pas un officier fédéral au sens de la définition donnée à l'art. 2, étant donné qu'il n'y a pas de loi habilitante en vertu de laquelle il peut exercer un pouvoir discrétionnaire et prendre la décision de publier l'avis d'Interpol—Cependant, l'art. 2 de la Loi fait également référence à l'exercice d'une compétence en vertu de la prérogative royale—Certainement, la GRC n'a pas publié l'avis d'Interpol simplement pour s'amuser sans s'appuyer sur une autorité quelconque—Assurément, c'est le solliciteur général qui donne ses directives à la GRC, par l'entremise du commissaire de la GRC: voir l'art. 5 de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada—Le juge pourrait décider que le pouvoir qui a été exercé découle des prérogatives de la Couronne du chef du Canada—L'intimé a aussi fait valoir que l'acte posé par le solliciteur général ne constituait ni une décision administrative ni l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—Si la publication de l'avis d'Interpol est simplement un acte procédural, il ne peut y avoir de contrôle judiciaire—Pour que les tribunaux aient compétence, la décision doit avoir un caractère définitif ayant des conséquences juridiques—La publication de l'avis d'Interpol pourrait être caractérisée comme un acte qui va au-delà de la simple collecte de renseignements devant être versés dans un dossier—La décision a manifestement des conséquences juridiques, comme le requérant l'a constaté quand il a été arrêté par les autorités américaines—Il ne s'agit donc pas simplement d'une collecte de renseignements, mais il y a en fait une décision ayant des conséquences juridiques—D'aussi graves questions de droit ne peuvent pas être traitées dans le cadre d'une demande en radiation d'une procédure comme en l'espèce, étant donné que la réclamation n'est pas totalement futile—L'intimé n'a pas démontré qu'il s'agissait d'une affaire exceptionnelle, totalement dénuée de toute possibilité de succès, au sujet de laquelle la Cour doit prendre une décision autre que celle d'entendre la question dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire—Requête rejetée—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 5 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 2—Loi sur la Cour fédérale (L.R.C. (1985), ch. F-7,

**PRATIQUE—Fin**

art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

MCELLAN C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)  
(T-583-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 23-7-98, 9 p.)

**REJET DES PROCÉDURES***Défaut de poursuivre*

Requête en rejet d'action en vertu de la règle 167 des Règles de la Cour fédérale (1998) pour retard injustifié dans la poursuite de l'action—La règle 167 permet à la Cour de rejeter l'instance ou d'imposer d'autres sanctions pour retard injustifié dans la poursuite de l'action—La déclaration a été déposée et signifiée en septembre 1995—La défense et demande reconventionnelle a été déposée et signifiée en novembre 1995—Rien d'autre n'a été fait avant juillet 1997, alors que le défendeur a reçu l'avis d'intention de poursuivre—L'affidavit de documents a été déposé en janvier 1998 et signifié en mars 1998—En vertu de l'ancienne règle 440, une demande semblable aurait été fondée sur le «défaut de poursuivre»—Le critère classique en matière de «défaut de poursuivre» comporte l'idée d'un retard excessif et inexcusable ainsi que d'un préjudice grave aux défendeurs—Requête rejetée—En adoptant l'expression «retard injustifié», la règle 167 reflète le critère classique—Les termes «retard injustifié» ressemblent aux termes «retard excessif», mais impliquent en plus le concept de retard inexcusable causant un préjudice grave—L'application du critère classique en l'espèce n'a pas établi l'existence d'un «retard injustifié»—La preuve ne démontre pas que les défenderesses ont subi un préjudice grave du fait du retard—L'approche ressortant de l'affaire *Bande indienne Hagwilget c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al* (1996), 115 F.T.R. 268 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) a été adoptée et a permis de conclure que la prépondérance des intérêts n'exigeait pas le rejet de l'action—La règle 167 autorise l'imposition de toute autre sanction pour retard injustifié—Bien que le fait d'exiger du demandeur qu'il présente une requête, en vertu de la règle 384, demandant que l'instance soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale ne constitue pas une autre sanction, il est approprié de l'imposer à titre de condition liée au rejet de la requête—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 167, 384—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règle 440.

RUGGLES C. FORDING COAL LTD. (T-1948-95, juge Gibson, ordonnance en date du 18-8-98, 6 p.)

**PREUVE**

Demande visant à faire admettre comme preuve par ouï-dire les dépositions signées de deux citoyens ukrainiens

**PREUVE—Suite**

décédés—Dépositions obtenues en 1994 par un caporal de la GRC dans le cadre de l'enquête menée sur les activités de l'intimé pendant la Seconde Guerre mondiale—C'est par le truchement du témoignage du caporal et de deux interprètes que le demandeur cherche à présenter ces dépositions comme preuve—L'admissibilité d'une preuve par ouï-dire est décidée en conformité avec les enseignements de la Cour suprême du Canada sur les critères de la nécessité et de la fiabilité lorsque les exceptions traditionnelles peuvent ne pas être directement applicables—Les dépositions ont été recueillies cinquante ans après les événements—Les personnes interrogées ne parlaient ni ne comprenaient la langue du policier et vice-versa—Les interrogatoires ne ressemblaient pas à une instance judiciaire—Il n'existe aucun enregistrement des interrogatoires sur bande audio ou vidéo—Il n'existe aucun compte rendu textuel des questions et des réponses—Les dépositions signées n'ont pas été faites sous serment, mais une «mise en garde» renvoyant au Code de procédure criminelle et au Code criminel de l'Ukraine a été signée au début des interrogatoires—La mise en garde impliquait une obligation de témoigner sans mentir; le refus de témoigner était sujet à une peine de rééducation ou une amende—Il existe une contradiction importante entre la partie de la mise en garde qui fait état des conséquences d'un refus de témoigner et la participation volontaire évoquée par le caporal—Étant donné cette confusion, il est impossible de savoir ce que le témoin a réellement compris en signant la mise en garde—La mise en garde n'a pratiquement aucune valeur comme moyen de rehausser la fiabilité des dépositions—Les deux interprètes et le caporal ne se souvenaient guère des interrogatoires—La comparaison de la traduction anglaise officielle des dépositions signées avec les notes personnelles du caporal révèle des omissions qui rendent les dépositions signées moins complètes et moins fiables que les notes prises par le caporal—La preuve par ouï-dire ne possède aucun des indices de fiabilité mentionnés dans de récentes décisions—Le fait que les témoins n'ont pas prêté serment est aggravé par la confusion dans la mise en garde—L'absence d'enregistrement mécanique fait en sorte qu'il est impossible d'évaluer les différences entre les notes du policier et celles de l'interprète—Si les divergences entre les notes ne peuvent pas être vérifiées, on ne peut pas décider si les déclarations constituant du ouï-dire ont été faites dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait commis une erreur: *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915—L'influence que les responsables de la sécurité de l'État ukrainien peuvent avoir eue, et ce très peu de temps après l'effondrement de l'Union soviétique, sur la personne interrogée ne pourra jamais être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire—Pour évaluer la fiabilité d'une preuve par ouï-dire, un juge a le droit d'examiner la déposition mais peut décider de ne pas le faire—Le processus entourant l'obtention des dépositions satisfait si peu au critère de la fiabilité que le juge Lutfy a décidé de ne pas examiner les dépositions en dehors des parties qui ont été produites comme preuve—Il n'était

**PREUVE—Fin**

pas convaincu que les personnes interrogées avaient des «moyens de connaissance particuliers» (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531), expression qui désigne quelque chose d'autre qu'une personne censée avoir une connaissance personnelle d'un événement—Il n'était pas convaincu qu'un examen des dépositions intégrales pourrait le faire changer d'avis sur leur fiabilité—Le processus en deux étapes était approprié dans les circonstances particulières de l'espèce, mais peut ne pas l'être dans d'autres situations.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KISLUK (T-300-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 4-8-98, 12 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande d'annulation d'un ordre de paiement délivré conformément à l'art. 251.1(1) du Code canadien du travail pour le motif que l'inspecteur qui avait délivré l'ordre n'avait pas compétence, étant donné que l'entreprise visée ne relevait pas de la compétence législative fédérale ou, subsidiairement, parce que les exigences de l'équité procédurale n'avaient pas été respectées—L'entreprise de transport par autobus de la demanderesse avait notamment fourni, jusqu'au 2 juin 1995, un service de location d'autobus sur demande pour des voyages à l'extérieur de la province—Moins de 1 p. 100 des voyages par affrètement effectués au cours d'une période d'un an étaient des voyages interprovinciaux—Les voyages interprovinciaux représentaient 1,5 p. 100 des bénéfices de la demanderesse, et 2 p. 100 du nombre total de kilomètres effectués—La demanderesse ne participait pas à la pratique existant à l'égard des «correspondances intercompagnies», selon laquelle des billets pouvaient être émis par un transporteur pour des points situés en dehors de la région desservie au moyen d'ententes de transfert et de partage des bénéfices conclues entre les principaux transporteurs—Des employés avaient déposé auprès de Développement des ressources humaines Canada des plaintes dans lesquelles ils demandaient à être rémunérés pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin 1993 au 2 juin 1995 à l'égard des congés fériés, des heures supplémentaires et des vacances—La demanderesse a refusé de permettre à l'inspecteur de consulter ses livres de paie—En refusant de collaborer, elle cherchait à faire entendre l'affaire par les tribunaux, de façon que la question de savoir si l'entreprise relevait de la compétence fédérale puisse être réglée—L'ordre de paiement était fondé sur les calculs effectués à l'aide des renseignements fournis par les demandeurs individuels—L'inspecteur n'a pas fourni à la demanderesse les renseignements obtenus par les demandeurs, bien que cette dernière les lui eût demandés—La demanderesse soutient que l'omission de lui fournir pareils renseignements constituait une violation des règles d'équité procédurale—Demande accueillie—Le principe de justice naturelle en cause est le droit à une audience—Étant donné qu'elle avait souvent refusé de participer au processus, de façon que

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

l'affaire soit portée devant les tribunaux, la demanderesse ne peut pas maintenant alléguer qu'elle a été traitée d'une façon inéquitable parce que l'inspecteur ne lui a pas communiqué les renseignements dont il disposait—Il n'est pas possible d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle lorsque la violation, le cas échéant, a été occasionnée par la conduite de la demanderesse—L'art. 86 du Code prévoit que la partie III s'applique uniquement aux employés qui travaillent dans une entreprise fédérale—L'art. 2 définit les «entreprises fédérales» comme étant les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment les installations ou ouvrages reliant une province à une autre, ou débordant les limites d'une province—L'entreprise de la demanderesse serait assujettie au Code uniquement s'il était possible de démontrer qu'elle est visée par l'art. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867 à titre d'entreprise reliant la Nouvelle-Écosse à une autre province, ou s'étendant au-delà des limites de la Nouvelle-Écosse—Il faut déterminer la nature essentielle des activités, à savoir si l'entreprise est «essentiellement» de nature interprovinciale—La nature essentielle de l'entreprise de la demanderesse était de fournir des services de transport par autobus aux personnes de Halifax et des environs—Les tribunaux ont souvent statué qu'une entreprise relève du pouvoir de réglementation fédéral même si une petite partie de ses activités commerciales sont de nature interprovinciale ou internationale—Toutefois, l'indice primordial, lorsqu'il s'agit de déterminer si une entreprise de transport est essentiellement de nature fédérale, consiste encore à déterminer si les services interprovinciaux constituent une partie continue régulière des activités de l'entreprise—En effectuant pareille détermination, il ne faut pas se fonder sur le «pourcentage d'activités interprovinciales»—Même un service interprovincial irrégulier peu important peut être suffisant pour qu'il soit possible de conclure qu'une entreprise est régulière et continue, s'il est établi que la demanderesse «est prête n'importe quand» à fournir pareil service, qu'elle a veillé à obtenir les licences et les permis nécessaires, et que les voyages interprovinciaux sont suffisamment fréquents: *R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.* (1964), 46 D.L.R. (2d) 700 (H.C. Ont.)—La demanderesse était prête à fournir un service de transport par affrètement interprovincial, mais elle ne l'a fait que 30 fois sur une période d'un an, ce qui représente moins de 1 p. 100 de l'ensemble des services de transport par affrètement—Le faible nombre et la fréquence limitée des voyages interprovinciaux irréguliers effectués par la demanderesse montrent que les activités «interprovinciales» de l'entreprise de la demanderesse étaient exceptionnelles, plutôt que «normales ou habituelles» ou «régulières et continues»—Le fait que la demanderesse ne s'occupait pas de «correspondances intercompagnies» laisse également entendre que son entreprise n'était pas de nature interprovinciale—Le service de transport interprovincial par affrètement occasionnel peu fréquent et irrégulier de la demanderesse est simplement

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

accessoire à ce qui était essentiellement une entreprise de transport locale: *R. c. Manitoba Labour Board, Ex parte Invictus Ltd.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 517 (B.R. Man.)—L'entreprise de la demanderesse n'était pas visée par l'art. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867 pendant la période pertinente, et elle n'était pas visée par la définition de l'expression «entreprises fédérales» figurant à l'art. 2 du Code—L'ordre de paiement était inconstitutionnel—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.),

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

(mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, item 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2 «entreprises fédérales» (mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 17), 86, 251.1(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 42, art. 37).

ZINCK'S BUS CO. C. CANADA (T-1175-97, juge Wetston, ordonnance en date du 29-7-98, 13 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9