



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 1, Part 2

1995, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [1995] 1 F.C., 237-458

Renvoi [1995] 1 C.F., 237-458

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

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

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT
Secretary
DENISE CÔTÉ

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Digests D-11

Bellefeuille v. Commercial Transport (Northern) Ltd. (T.D.) 237

Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — Application for judicial review — R. 1606 requiring filing of application record within 60 days of filing originating notice of motion — Applicant attempting to file application record four months late — Court issuing show cause order why application should not be dismissed for “undue delay” under R. 1617 — Undue delay meaning significant period of delay without reasonable excuse — “Significant” fairly short in context of judicial review application — Four months considered significant — R. 1617 drafted in context of public concern for delay in court system — Counsel’s views of practice

Continued on next page

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

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
Secrétaire
DENISE CÔTÉ

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, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-13

Bellefeuille c. Commercial Transport (Northern) Ltd. (1^{re} inst.) 237

Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Demande de contrôle judiciaire — La Règle 1606 exige le dépôt du dossier de la demande dans les 60 jours du dépôt de l'avis de requête — Le requérant a tenté de déposer le dossier de sa demande avec un retard de quatre mois — La Cour a rendu une ordonnance intimant au requérant de démontrer pourquoi sa demande ne devrait pas être rejetée pour «retard injustifié» conformément à la Règle 1617 — Le retard injustifié consiste en un retard considérable sans excuse raisonnable — «Considérable» est un laps de temps relativement court dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire — Un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of Appeal Division, operating under different Rules, when it had jurisdiction under Federal Court Act, s. 28, not reasonable excuse — Concept of undue delay not requiring prejudice.

Canada (Attorney General) v. Sears (C.A.)..... 393

Unemployment insurance — Application for judicial review of Umpire's decision respondent's weekly benefit calculated based on former full-time employment only — Upon loss of full-time employment, respondent's eligibility for U.I. benefits deferred due to receipt of severance pay — Securing part-time employment — Benefit rate calculated based on 20 weeks of part-time employment — Unemployment Insurance Act, s. 13 providing qualifying weeks last 20 weeks of insurable employment — Amendments to Regulations, s. 57(2)(a) not detracting from reasoning of Marceau J.A. in *Canada (Attorney-General) v. Fortin* — Only lost employment considered in calculating benefits — Purpose of Act to provide financial support while seeking employment, not to discourage claimants from accepting part-time work — Receipt of severance pay should not deprive claimant of entitlement otherwise flowing from loss of full-time position.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Salinas-Mendoza (T.D.) 251

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Detention review by Adjudicator under Immigration Act, s. 103 — Adjudicator erred in considering self bound by Provincial Court decision under Criminal Code to conditionally release respondent pending hearing of sexual assault charge — Legislative context, burden of proof, evidentiary standards under Criminal Code and Immigration Act different.

Canadian Broadcasting Corp. v. Boland (T.D.)..... 323

Armed forces — Applications for judicial review of Judge Advocate's decisions banning publication of evidence filed at court martial of soldier charged with killing prisoner in Somalia — Judge Advocate, applying test in *R. v. Oakes*, rejecting total ban, granting ban on more limited terms — Court martial having common law jurisdiction to make non-publication orders — Orders ineffective if civilian media not bound — Real, substantial risk fair trial impossible without non-publication orders — Criminal Code, s. 648 not applicable

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

retard de quatre mois est considéré comme étant considérable — La Règle 1617 reflète la frustration du public devant la lenteur du processus judiciaire — L'idée que se fait l'avocat de la pratique devant la Section d'appel, qui est régie par des Règles différentes, lorsqu'elle exerçait sa compétence en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale, n'est pas une excuse raisonnable — Le concept du retard injustifié n'exige pas qu'il y ait préjudice.

Canada (Procureur général) c. Sears (C.A.)..... 393

Assurance-chômage — Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que le taux des prestations hebdomadaires de l'intimé doit être calculé uniquement d'après son ancien emploi à temps plein — Au moment de la perte de son emploi à temps plein, l'admissibilité de l'intimé aux prestations de l'assurance-chômage a été reportée parce qu'il a reçu une indemnité de départ — Il s'est procuré un emploi à temps partiel — Le taux de ses prestations hebdomadaires a été calculé à partir de vingt semaines d'emploi à temps partiel — L'art. 13 de la Loi sur l'assurance-chômage prévoit que les semaines de référence sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable — Les modifications apportées à l'art. 57(2)a) du Règlement ne s'écartent pas du raisonnement adopté par le juge Marceau, J.C.A., dans *Canada (Procureur général) c. Fortin* — Seul l'emploi perdu a été pris en compte pour le calcul des prestations — L'objet de la Loi est de fournir une aide financière aux prestataires jusqu'à ce qu'ils soient en mesure de trouver un emploi, et non de les décourager d'accepter un emploi à temps partiel — Le fait de recevoir une indemnité de fin d'emploi ne devrait pas faire perdre au prestataire les droits que lui donnerait autrement la fin de son emploi à temps plein.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Salinas-Mendoza (1^{re} inst.) 251

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Examen des motifs de la garde effectué par un arbitre en vertu de l'art. 103 de la Loi sur l'immigration — L'arbitre a commis une erreur en se croyant lié par la décision d'une cour provinciale rendue en vertu du Code criminel de libérer l'intimé sous condition en attendant son procès pour agression sexuelle — Le contexte légal, la charge de la preuve et les règles de présentation de la preuve sont différents selon qu'il s'agit d'appliquer le Code criminel ou la Loi sur l'immigration.

Société Radio-Canada c. Boland (1^{re} inst.)..... 323

Forces armées — Demandes de contrôle judiciaire contre les décisions du juge-avocat portant interdiction de publier des preuves versées au dossier de la cour martiale jugeant un soldat accusé d'avoir tué un prisonnier en Somalie — Le juge-avocat, appliquant le critère dégagé par l'arrêt *R. c. Oakes*, n'a pas ordonné l'interdiction intégrale, mais une interdiction partielle — Les cours martiales ont compétence en common law pour rendre des ordonnances de non-publication — Ces ordonnances ne serviraient à rien si elles n'avaient pas force obliga-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in court martial proceeding but Judge Advocate having jurisdiction to make order identical to that under Code.

Broadcasting — CBC seeking judicial review of non-publication orders in court martial of Canadian soldier on ground prevented from discharging mandate under Broadcasting Act — Bans preventing media from identifying role played by other accused in death of Somalian prisoner and from publishing photographs taken during torture — Civilian media bound — Orders justified as real, substantial risk fair trial otherwise impossible.

Éditions JCL Inc. v. 91439 Canada Ltée (C.A.) 380

Copyright — Damages — Appeal from award of damages for conversion in copyright infringement action — Under Copyright Act, s. 38 appellant ordered to pay value of copies of infringing work printed, but not sold — Appeal allowed in part — Infringing copies having no value at time of destruction as (1) purpose of proceedings to remove them from circulation; (2) no evidence of use to copyright holder; (3) relief requested destruction of copies at appellant's expense — As respondent suffering no detriment, appellant receiving no benefit, conversion caused by destruction not creating right to damages — Value of sold copies not established in proportion to plagiarism — Remainder after infringing portions deleted of no value — Expenses incurred to promote copies sold reducing damages awarded for conversion — In accordance with duty to ensure damages awarded for conversion not duplicating damages awarded to recover profits, latter deducted from amount awarded for conversion.

Civil Code — Art. 1056c permitting compound interest — Trial Judge erred in concluding awarded only in extraordinary circumstances — Transforming rule into exception — As appellant's good faith factor considered in exercise of discretion, no reason to intervene.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

toire pour les médias civils — Risque véritable et considérable qu'un procès équitable soit impossible sans les ordonnances de non-publication — L'art. 648 du Code criminel ne s'applique pas aux cours martiales, mais le juge-avocat a compétence pour rendre une ordonnance semblable à l'ordonnance de non-publication prévue dans cette disposition.

Radiodiffusion — Recours en contrôle judiciaire exercés par la SRC contre les ordonnances de non-publication rendues dans le cadre d'un procès en cour martiale d'un soldat canadien par ce motif qu'elles l'empêchaient de remplir sa mission qu'elle tient de la Loi sur la radiodiffusion — Ces ordonnances interdisaient aux médias d'identifier le rôle joué par les autres accusés dans la mort du prisonnier somalien et de publier les photographies des scènes de torture — Elles sont exécutoires à l'égard des médias civils — Elles sont justifiées en raison du risque véritable et considérable qu'un procès équitable soit impossible en leur absence.

Éditions JCL Inc. c. 91439 Canada Ltée (C.A.) 380

Droit d'auteur — Dommages-intérêts — Appel de l'octroi de dommages-intérêts pour usurpation du droit de propriété dans une action pour violation du droit d'auteur — Par application de l'art. 38 de la Loi sur le droit d'auteur, l'appelante a été condamnée à payer la valeur des exemplaires de l'œuvre contrefaite imprimés, mais non vendus — Appel accueilli en partie — Les exemplaires contrefaits n'avaient aucune valeur au moment de leur destruction car (1) la procédure engagée visait à les retirer de la circulation; (2) aucune preuve n'établissait l'usage que le titulaire de droit de propriété aurait pu en faire; (3) le redressement recherché était la destruction des exemplaires aux frais de l'appelante — L'intimée n'ayant point subi de préjudice et l'appelante n'ayant point reçu d'avantage, l'usurpation qu'avait été le pilonnage ne donnait pas droit à des dommages-intérêts — La valeur des exemplaires vendus n'a pas été établie en fonction du pourcentage de plagiat — Ce qui resterait de l'œuvre, une fois écartés ses éléments contrefaits, n'aurait aucune valeur — Les dépenses encourues pour la promotion des exemplaires vendus ont été déduites des dommages-intérêts accordés pour l'usurpation — Conformément à l'obligation du tribunal de s'assurer que les dommages en usurpation ne font pas double emploi avec les dommages en recouvrement de profits qui sont par ailleurs accordés, ces derniers ont été soustraits de la somme accordée pour l'usurpation.

Code civil — L'art. 1056c permet l'octroi d'intérêts majorés — Le juge du procès a eu tort de conclure qu'ils n'étaient accordés que dans des circonstances exceptionnelles — Il a transformé en exception ce qui devrait être la règle — La bonne foi de l'appelante ayant été prise en compte dans l'exercice de la discrétion, il n'y a pas lieu d'intervenir.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Imperial Cabinet (1980) Co. v. Canada (T.D.)..... 260

Practice — Limitation of actions — Applications for leave to extend limitation period to file statement of claim — Applicants, Manitoba cabinet makers, subject to federal sales tax under Excise Tax Act — Unaware of one-third tax deduction as memorandum of ruling was sent to Manitoba but destroyed by Revenue Canada officials upon being read — Seeking extension of time under Manitoba Limitation of Actions Act to begin statute-barred action — Memorandum material fact under Act, s. 20(2) — Cause of action based on destruction of message, arising when material facts discovered — Reasonable chance of success — Reasonable diligence exercised — Extension granted.

Practice — Pleadings — Amendments — Plaintiffs seeking time extension to amend statements of claim — Existing actions appeals of decision of Canadian International Trade Tribunal under Excise Tax Act, s. 81.24 — S. 81.28(3)(a) bar to adding new parties, causes of action.

Crown — Torts — Negligence — Applicants seeking extension of limitation period to file statement of claim against Crown, individuals for negligent misrepresentation — MNR cannot be sued in representative capacity — Individual employees of Revenue Canada cannot be sued in Federal Court as cause of action based on provincial law — Cause of action, resulting from destruction of message, on continuum between operational negligence and malfeasance — Applicants suffering loss as denied tax calculation method used in rest of Canada — Reasonable foreseeability test applied.

Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 284

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Refugee Claimants Designated Class Regulations exempting backlog claimants from full refugee status determination hearing provided determined to have credible basis for claim, exclusionary criteria not met — S. 3(2)(f) excluding those leaving Canada after coming into force of Regulations, and remaining outside Canada for more than seven days — S. 3(2)(f) *ultra vires* as based predominantly on irrelevant factors — Governor in Council's regulation-making power subject to Immigration Act, s. 6(2): composition of such classes must be in accordance with Canada's humanitarian tradition toward displaced, persecuted — Exclusion from backlog

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Imperial Cabinet (1980) Co. c. Canada (1^{re} inst.)..... 260

Pratique — Prescription — Demandes de prolongation du délai pour déposer une déclaration — Les requérantes, fabricants manitobains d'armoires, étaient assujetties à la taxe de vente fédérale en vertu de la Loi sur la taxe d'accise — Elles ignoraient l'existence d'un abattement d'impôt d'un tiers parce que la note de service faisant état de la décision prise à cet égard, bien qu'elle ait été envoyée au Manitoba, a été détruite par les fonctionnaires de Revenu Canada dès qu'ils en eurent pris connaissance — Les requérantes ont demandé la prolongation du délai, prévu par la Loi sur la prescription du Manitoba, pour intenter une action frappée de prescription — La note de service constitue un fait pertinent au sens de l'art. 20(2) de la Loi — La cause d'action fondée sur la destruction du message en question a pris naissance lors de la découverte des faits pertinents — Possibilités raisonnables de succès — Les requérantes ont fait preuve de diligence raisonnable — Prolongation accordée.

Pratique — Plaidoiries — Modifications — Les demandesses ont demandé la prolongation du délai pour modifier leurs déclarations — Les actions en cours étaient des appels interjetés contre une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu de l'art. 81.24 de la Loi sur la taxe d'accise — L'art. 81.28(3)(a) vient empêcher l'adjonction de nouvelles parties et causes d'action.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Les requérantes demandent la prolongation du délai pour déposer contre la Couronne et certains particuliers des déclarations leur reprochant d'avoir fait des déclarations inexactes par négligence — Le ministre du Revenu national ne peut être actionné en tant que représentant de ses subordonnés — Les particuliers employés de Revenu Canada ne peuvent être poursuivis devant la Cour fédérale puisque la cause d'action repose sur une loi provinciale — La cause d'action découlant de la destruction du message se situe entre la négligence opérationnelle et l'acte illégal — Les requérantes ont subi une perte du fait de s'être vu refuser la possibilité d'utiliser une méthode de calcul de la taxe employée partout ailleurs au Canada — Application du critère de la prévisibilité raisonnable.

Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.)..... 284

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arrière de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion — L'art. 3(2)(f) exclut les personnes qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours — L'art. 3(2)(f) est *ultra vires* pour le motif qu'il est principalement fondé sur des fac-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

merely for leaving Canada for more than seven days inconsistent with purpose of legislation.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Refugee Claimants Designated Class Regulations exempting backlog claimants from full refugee status determination hearing provided determined to have credible basis for claim, exclusionary criteria not met — S. 3(2)(f) excluding those leaving Canada after coming into force of Regulations, and remaining outside Canada for more than seven days — S. 3(2)(f) not violating Charter, s. 7 — Subjecting claimant to regular refugee determination process, in accordance with fundamental justice, not infringing security of person.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Refugee Claimants Designated Class Regulations exempting backlog claimants from full refugee status determination hearing provided determined to have credible basis for claim, exclusionary criteria not met — S. 3(2)(f) excluding those leaving Canada after coming into force of Regulations, and remaining outside Canada for more than seven days — Applicant alleging discrimination against persons without citizenship — Neither “personal characteristic” nor “immutable personal characteristic” — Consequences of s. 3(2)(f) resulting from choice of backlog claimants to leave Canada for more than seven days — Whether applicant aware of paragraph 3(2)(f) irrelevant to whether effects of provision discriminatory.

Kampman v. Canada (Treasury Board) (T.D.)..... 306

Public Service — Termination of employment — Registered Nurse at federal penitentiary contravened Code of Discipline — Released as loss of enhanced reliability status made her incapable of performing duties of position — When hearing PSEA, s. 31(2) appeal from dismissal recommendation by deputy head, Appeal Board can review decision to revoke status as part of review of recommendation — In revoking enhanced reliability status, deputy head must comply with principles of procedural fairness — No requirement to give warning and opportunity to correct conduct before status revoked as applicant not long-term employee, circumstances urgent such that continued presence at institution intolerable.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

teurs non pertinents — Le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est assujéti à l'art. 6(2) de la Loi sur l'immigration: la composition de pareilles catégories doit être conforme à la tradition humanitaire du Canada envers les personnes déplacées et persécutées — L'exclusion d'une personne de l'arriéré simplement parce qu'elle a quitté le Canada pendant plus de sept jours est incompatible avec le but de la loi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion — L'art. 3(2)(f) exclut les personnes qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours — L'art. 3(2)(f) ne viole pas l'art. 7 de la Charte — Le fait d'assujettir le demandeur de statut à la procédure normale de détermination du statut de réfugié, conformément à la justice fondamentale, ne viole pas la sécurité de la personne.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion — L'art. 3(2)(f) exclut les personnes qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours — Le requérant a allégué qu'il y avait discrimination contre des personnes qui n'ont pas la citoyenneté — Il ne s'agit ni d'une «caractéristique personnelle» ni d'une «caractéristique personnelle immuable» — Les effets de l'art. 3(2)(f) résultent du choix que font les demandeurs de statut qui font partie de l'arriéré de quitter le Canada pendant plus de sept jours — Que le requérant soit ou non au courant l'art. 3(2)(f) est sans rapport avec la question de savoir si les effets de la disposition étaient discriminatoires.

Kampman c. Canada (Conseil du Trésor) (1^{re} inst.) 306

Fonction publique — Fin d'emploi — Une infirmière autorisée dans un pénitencier fédéral a contrevenu au Code de discipline — Elle a été congédiée parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable de remplir les fonctions de son poste — Le comité d'appel saisi d'un appel d'une recommandation de renvoi faite par l'administrateur général, sous le régime de l'art. 31(2) de la LEFP, peut réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de la recommandation — Lorsqu'il révoque la cote de fiabilité approfondie, l'administrateur général doit se conformer aux principes de l'équité procédurale — Il n'existait aucune obligation d'avertir la requérante ni de lui donner l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote parce qu'elle n'était pas une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Penitentiaries — Registered Nurse at federal penitentiary socializing with ex-convict on parole and failing to report matter to superiors, thereby committing major infraction against Code of Discipline — Enhanced reliability status revoked, released as incapable of performing duties of position — “Incapacity” within PSEA, s. 31(1) can arise from loss of enhanced reliability status when status condition of employment — Within deputy head’s discretion to decide could no longer trust employee — In unusual circumstances, no requirement to give warning and opportunity to correct conduct before status revoked — Employee entitled to procedural fairness when deputy head considering revocation of status.

Sunshine Village Corp. v. Canada (Superintendent of Banff National Park) (T.D.)..... 420

Environment — Applicability of EARP Guidelines to long-range development of ski resort in Banff National Park initially approved in 1978, before adoption of EARP Guidelines — Non-retroactivity of Guidelines — Applicability of EARP Guidelines to subsequent implementation of plan components and amendments thereto — Meaning of “proposal,” “implementation” examined — Duplication of review process to be avoided, for sake of finality.

Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The) (T.D.)..... 407

Practice — Pleadings — Amendments — Motions to add specific allegations of negligence by Crown agents to general allegations already pleaded in statements of defence in action to recover costs of cleaning up oil spill after collision between two vessels, to counterclaim for damages and to plead indemnification by Crown in collision action — Motions allowed — Lack of jurisdiction not established — Amendments not alleging new cause of action as merely adding specificity to allegation of Crown’s negligence — Indemnification claims not statute barred as liability for indemnification by third party not commencing until liability of principal party established — Although counterclaims against Crown new causes of action, not out of time — Any prejudice caused by amendments outweighed by “justness” of allowing amendment.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

employée à long terme et que les circonstances étaient pressantes au point qu’on ne pouvait plus tolérer sa présence dans l’établissement.

Pénitenciers — Une infirmière autorisée dans un pénitencier fédéral a eu des relations sociales avec un ancien détenu en liberté conditionnelle et elle n’en a pas averti ses supérieurs, commettant ainsi une infraction majeure au Code de discipline — Sa cote de fiabilité approfondie a été révoquée et elle a été congédiée parce qu’elle était incapable de remplir les fonctions de son poste — L’«incapacité» visée à l’art. 31(1) de la LEFP peut découler de la perte de la cote de fiabilité approfondie lorsque cette cote constitue une condition d’embauche — Le pouvoir discrétionnaire de l’administrateur général l’autorisait à décider qu’il ne pouvait plus se fier à la fonctionnaire — En présence de circonstances extraordinaires, il n’y a pas d’obligation d’avertir la fonctionnaire ni de lui donner l’occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote — La fonctionnaire avait droit au respect de l’équité procédurale lorsque l’administrateur a pris la décision de révoquer sa cote.

Sunshine Village Corp. c. Canada (Directeur du Parc national Banff) (1^{re} inst.)..... 420

Environnement — Applicabilité des Lignes directrices PEEE au développement à long terme d’une station de ski dans le Parc national Banff qui a déjà été approuvé en 1978, avant l’adoption des Lignes directrices PEEE — Non-rétroactivité des Lignes directrices — Applicabilité des Lignes directrices PEEE à la mise en œuvre ultérieure d’éléments du plan et de modifications qui leur sont apportées — Interprétation des expressions «proposition» et «mise en œuvre» — Nécessité d’éviter toute situation de double emploi du processus, pour qu’il ait un caractère définitif.

Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le) (1^{re} inst.)..... 407

Pratique — Plaidoiries — Modifications — Requêtes en vue d’ajouter des allégations précises de négligence de la part des préposés de la Couronne aux allégations générales déjà plaidées dans les défenses déposées dans le cadre de l’action en recouvrement des coûts de nettoyage des dégâts causés par la nappe de pétrole due à la collision entre deux navires, à la demande reconventionnelle en dommages-intérêts et de réclamer, dans le cadre de l’action pour collision, réparation à la Couronne — Les requêtes sont accueillies — Le défaut de compétence n’a pas été établi — Les modifications demandées ne font pas état d’une cause d’action entièrement nouvelle; elles ne font qu’ajouter des précisions à l’allégation de négligence de la part de la Couronne — Les demandes en réparation ne se heurtent pas à la prescription car la responsabilité au niveau de l’indemnisation, de la part d’une tierce partie, n’est déclenchée qu’une fois établie la responsabilité de la partie principale — Bien que les demandes reconventionnelles contre la Couronne soient de nouvelles causes d’action, elles ne sont pas prescrites — L’opportunité d’autoriser les modifications l’emporte sur tout préjudice pouvant découler de celles-ci.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Limitation of actions — Federal Court Act, s. 39 providing provincial laws relating to limitation of actions applying to proceedings against Crown with respect to cause of action arising in province, otherwise limitation period six years — If cause of action arising out of collision occurring outside territorial waters, limitation period six years — Two-year limitation period set by B.C. Limitation Act not applicable under s. 4 as counterclaims relating to subject matter of original action, and just to allow amendments — Any prejudice caused by amendments outweighed by “justness” thereof.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to add specific allegations of negligence by Crown agents to general claims already pleaded in statements of defence, to counterclaim against Crown, to plead indemnification by Crown — Motions allowed — Lack of jurisdiction not established — Where cause of action occurred, whether B.C. Negligence Act applied properly addressed in argument after all evidence adduced — Inappropriate to refuse amendments on ground of lack of jurisdiction when case law, factual context unclear as to whether maritime law providing for liability by joint tortfeasors or based on contributory negligence.

Maritime law — Torts — Contributory negligence — Collision — Oil pollution of B.C. coast — Crown suing to recover clean up costs — Negligence on part of Crown agents (Coast Guard) alleged — Whether contributory negligence recognized in Canadian maritime law — Necessity for legislation to resolve uncertainty — Uncertain whether common law defences applied in maritime law case where contributory or joint negligence alleged.

Ultramar Canada Inc. v. Mutual Marine Office Inc. (T.D.)..... 341

Maritime law — Insurance — General average — Action for apportionment of damages amongst insurance policies — Plaintiff’s barge damaged, spilling part of oil cargo — Costing over \$2,000,000 to salvage barge, cargo; \$3,000,000 for pollution clean-up — Barge deemed total constructive loss — Liability of cargo, hull and machinery, pollution insurers, plaintiff, under law of general average for costs incurred in excess of \$2,000,000 to salvage barge — Salvage expenses incurred to save cargo, hull and to prevent pollution disaster — Cargo, hull underwriters liable under law of general average as preservation of property one reason for expenditure — Cargo

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pratique — Prescription — L’art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que les lois en matière de prescription d’actions qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s’appliquent aux actions intentées contre la Couronne lorsque la cause d’action est née dans cette même province, le délai de prescription étant de six ans dans tous les autres cas — Si la cause d’action découlant de la collision est née hors des eaux territoriales, le délai de prescription sera de six ans — Le délai de prescription de deux ans prévu à l’art. 4 du Limitation Act de Colombie-Britannique ne s’applique pas aux demandes reconventionnelles qui sont «en rapport» avec le sujet même de l’action initiale et il était juste d’autoriser les modifications demandées — L’opportunité d’autoriser les modifications l’emporte sur tout préjudice pouvant découler de celles-ci.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en vue d’ajouter des allégations précises de négligence de la part des préposés de la Couronne aux allégations générales déjà plaidées dans les défenses, en vue de déposer une demande reconventionnelle contre la Couronne et en vue de réclamer réparation à la Couronne — Les requêtes sont accueillies — Le défaut de compétence n’a pas été établi — La question de savoir où est née la cause d’action et si le Negligence Act de Colombie-Britannique s’applique en l’espèce ne saurait être débattue qu’une fois produit l’ensemble de la preuve — On ne saurait rejeter les demandes de modification en invoquant le défaut de compétence car l’état de la jurisprudence et les faits de la cause ne permettent pas de dire avec précision ce que prévoit le droit maritime au chapitre de la responsabilité des co-auteurs d’un délit ou en cas de faute de la victime.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Faute contributive — Collision — Pollution de la côte de la Colombie-Britannique par une nappe de pétrole — La Couronne intente une action en recouvrement des frais de nettoyage — On fait valoir une négligence de la part de préposés de la Couronne (Garde côtière) — Question de savoir si le droit maritime canadien reconnaît la faute contributive — Nécessité de mesures législatives permettant d’éliminer les incertitudes sur ce point — Il n’est pas certain si les moyens de défense de la common law s’appliquent en droit maritime en cas de faute contributive ou commune.

Ultramar Canada Inc. c. Mutual Marine Office Inc. (1^{re} inst.)..... 341

Droit maritime — Assurance — Avarie commune — Action en répartition des dommages entre des polices d’assurance — Dommages causés au chaland de la demanderesse et déversement d’une partie de sa cargaison de pétrole — Frais excédant la somme de 2 000 000 \$ pour sauver le chaland et la cargaison et la somme de 3 000 000 \$ pour récupérer les polluants — Chaland considéré comme une perte réputée totale — Responsabilité des assureurs de la cargaison, des assureurs de la coque et des machines, des assureurs contre les risques de pollution, ainsi que de la demanderesse, en vertu du droit des avaries communes pour les dépenses engagées en excédent de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

underwriter's liability limited to properly calculated contributory value — Excess general average expenses falling on shipowner, subject to collection under insurance policies — No further recourse against hull underwriters, having paid insured value of hull — P & I Club covering pollution risks, liability of owner to compensate salvors for work done to prevent, reduce pollution — Pollution threat neither primary nor sole motivating factor in decision to engage salvor — Plaintiff fully compensated for expenses to prevent, reduce pollution — Ultramar to pay remaining cost of salvage contract.

Maritime law — Salvage — Barge with oil cargo grounded — Pollution disaster risk — Salvor engaged to prevent pollution catastrophe, save hull and cargo — When salvor engaged, no party aware barge damaged to extent of constructive total loss — Hiring of salvor general average act — Extent of cargo, hull underwriters' liability for salvage costs.

SOMMAIRE (Fin)

somme de 2 000 000 \$ pour sauver le chaland — Dépenses de sauvetage engagées pour sauver la cargaison et la coque et éviter un désastre écologique — Les assureurs de la cargaison et de la coque sont responsables en vertu du droit des avaries communes car la préservation des biens a été l'une des raisons des dépenses — La responsabilité des assureurs de la cargaison est limitée à sa valeur contributive calculée adéquatement — Les dépenses d'avarie commune excédentaires retombent sur le propriétaire du navire, sous réserve pour lui de se faire rembourser en vertu des polices d'assurance — Il n'y avait pas d'autre recours possible contre les assureurs de la coque, car ils avaient payé la valeur assurée de la coque — P & I Club offrait une protection contre les risques de pollution et tout engagement d'un propriétaire à indemniser les sauveteurs pour le travail effectué pour prévenir ou réduire la pollution — Le risque de pollution ne fut ni le facteur principal ni le seul facteur qui ait sous-tendu la décision de recourir aux services d'un sauveteur — La demanderesse a été pleinement indemnisée de ses dépenses pour empêcher ou réduire la pollution — Ultramar doit supporter les autres frais découlant du contrat de sauvetage.

Droit maritime — Sauvetage — Échouement d'un chaland et de sa cargaison de pétrole — Risque de désastre écologique — Embauche d'un sauveteur pour éviter une catastrophe écologique et sauver la coque et la cargaison — Lors de l'embauche du sauveteur, aucune des parties ne savait que le chaland était endommagé au point d'être une perte réputée totale — L'embauche d'un sauveteur constituait un acte d'avarie commune — Étendue de la responsabilité des assureurs de la cargaison et de la coque à l'égard des frais de sauvetage.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 1, Part 2

1995, Vol. 1, 2^e fascicule

T-1380-92

T-1380-92

Roger Bellefeuille (*Applicant*)**Roger Bellefeuille** (*requérant*)

v.

c.

Commercial Transport (Northern) Ltd. and Elliot Lake Freight Lines Ltd. (*Respondents*)**Commercial Transport (Northern) Ltd. et Elliot Lake Freight Lines Ltd.** (*intimées*)*INDEXED AS: BELLEFEUILLE v. COMMERCIAL TRANSPORT (NORTHERN) LTD. (T.D.)**RÉPERTORIÉ: BELLEFEUILLE c. COMMERCIAL TRANSPORT (NORTHERN) LTD. (1^{re} INST.)*

Trial Division, Reed J.—Ottawa, July 14; Vancouver, July 21, 1994.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, le 14 juillet; Vancouver, le 21 juillet 1994.

Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — Application for judicial review — R. 1606 requiring filing of application record within 60 days of filing originating notice of motion — Applicant attempting to file application record four months late — Court issuing show cause order why application should not be dismissed for “undue delay” under R. 1617 — Undue delay meaning significant period of delay without reasonable excuse — “Significant” fairly short in context of judicial review application — Four months considered significant — R. 1617 drafted in context of public concern for delay in court system — Counsel’s views of practice of Appeal Division, operating under different Rules, when it had jurisdiction under Federal Court Act, s. 28, not reasonable excuse — Concept of undue delay not requiring prejudice.

Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Demande de contrôle judiciaire — La Règle 1606 exige le dépôt du dossier de la demande dans les 60 jours du dépôt de l’avis de requête — Le requérant a tenté de déposer le dossier de sa demande avec un retard de quatre mois — La Cour a rendu une ordonnance intimant au requérant de démontrer pourquoi sa demande ne devrait pas être rejetée pour «retard injustifié» conformément à la Règle 1617 — Le retard injustifié consiste en un retard considérable sans excuse raisonnable — «Considérable» est un laps de temps relativement court dans le contexte d’une demande de contrôle judiciaire — Un retard de quatre mois est considéré comme étant considérable — La Règle 1617 reflète la frustration du public devant la lenteur du processus judiciaire — L’idée que se fait l’avocat de la pratique devant la Section d’appel, qui est régie par des Règles différentes, lorsqu’elle exerçait sa compétence en vertu de l’art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale, n’est pas une excuse raisonnable — Le concept du retard injustifié n’exige pas qu’il y ait préjudice.

The Court issued an order requiring the applicant to show cause why his application for judicial review should not be dismissed for undue delay in its prosecution. Counsel for the applicant argued that he was misled by a change of the *Federal Court Rules* and by the shift of jurisdiction from the Appeal Division to the Trial Division. His past experience had led him to believe that delay in prosecuting his client’s application would not be prejudicial. The applicant applied to be allowed to proceed to a hearing without filing an application record.

La Cour a rendu une ordonnance intimant au requérant de démontrer la raison pour laquelle sa demande de contrôle judiciaire ne devrait pas être rejetée pour retard injustifié à la faire valoir. L’avocat du requérant affirme avoir été induit en erreur par la modification des *Règles de la Cour fédérale*, et par l’attribution à la Section de première instance d’une compétence autrefois exercée par la Section d’appel. Son expérience l’a amené à croire que le retard à faire valoir la demande de son client ne causerait aucun préjudice. Le requérant a demandé l’autorisation de se faire entendre sans avoir à déposer le dossier de sa demande.

On June 12, 1992, the applicant filed an originating notice of motion in the Trial Division for judicial review of the Canadian Human Rights Commission’s dismissal of his complaint of discrimination based on disability. The *Federal Court Rules* require the application record to be filed within 60 days of the filing of the originating notice of motion. That time limit expired on August 12, 1992. Rule 1617 authorizes the Court, on its own motion, to dismiss an application where there has been undue delay in prosecuting it. On November 3, 1992 the applicant was notified that the time limit for filing the record had expired. No response was received until December 7 when counsel attempted to file an application record. The Court then

Le 12 juin 1992, le requérant a déposé auprès de la Section de première instance un avis de requête visant le contrôle judiciaire du rejet, par la Commission canadienne des droits de la personne, de sa plainte pour discrimination fondée sur son invalidité. Les *Règles de la Cour fédérale* exigent que le dossier de la demande soit déposé dans les 60 jours du dépôt de l’avis de requête. Ce délai a pris fin le 12 août 1992. La Règle 1617 autorise la Cour, de son propre chef, à rejeter une demande en raison du retard injustifié à la faire valoir. Le 3 novembre 1992, le requérant a été avisé de l’expiration du délai applicable au dépôt du dossier. Aucune réponse n’a été reçue avant le 7 décembre, jour où le requérant a tenté de dépo-

directed the applicant to justify an extension of time to file the record. Two judges of the Trial Division and three judges of the Appeal Division found that the applicant had not done so. The Appeal Division agreed that the Trial Division's refusal to grant an extension of time had been a proper exercise of its discretion, but held that the Trial Judge had "erred in dismissing the application for want of prosecution in the absence of either a motion by a party or a show cause order by a judge." The issues were: (1) whether the Appeal Division's order was specific to the facts of this case or meant to establish broad rules for the interpretation of Rule 1617; (2) what is required for notice under Rule 1617; (3) whether a dismissal for undue delay, pursuant to Rule 1617, involves a test similar to that applicable when granting an extension of time for the late filing of an application record, or to the test applicable when a dismissal for want of prosecution under Rule 440 is ordered.

Held, the application for judicial review should be dismissed; the motion that the applicant be allowed to proceed to a hearing without filing an application record should be dismissed.

(1) The requirement of a show cause order was specific to the facts herein. Although many Rules require "notice" in the sense of giving someone "instructions to do something," only two require that a show cause order be issued. If a show cause order were required for notice and an opportunity to be heard under Rule 1617, the Rule should have so expressly stated.

(2) The concept of undue delay in Rule 1617 means a significant period of delay without reasonable excuse. What will be significant is likely to be a fairly short period of time in the context of the procedures set out for dealing with judicial review applications. A delay of four months in filing an application record fits within that definition.

(3) When Rule 1617 was drafted, it was known that the requirements under Rule 440, to dismiss an action for want of prosecution, involved the three-pronged test of inordinate delay, no excuse, and prejudice to the defendant. With that knowledge, the wording chosen for Rule 1617 was "undue delay," carrying with it the requirement that there be significant delay without reasonable excuse. A demonstration of actual or likely prejudice to one of the parties is not required because the Rule is applicable to judicial review proceedings, wherein the reviewing court does not usually have authority to make a decision in any final way; a judicial review application is supposed to be dealt with speedily and may be dismissed for undue delay in prosecution on a less stringent basis than that required for an application under Rule 440. Rule 1617 was

ser le dossier de sa demande. La Cour a alors ordonné au requérant de justifier la prorogation du délai applicable au dépôt du dossier. Deux juges de la Section de première instance et trois juges de la Section d'appel ont conclu que le requérant ne s'était pas justifié. La Section d'appel s'est montrée d'avis que le refus de la Section de première instance d'accorder au requérant une prorogation de délai constituait un exercice régulier du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose, mais elle a conclu que le juge de première instance «a commis une erreur en rejetant la demande pour défaut de poursuivre en l'absence d'une requête par une partie ou d'une ordonnance de justification par un juge». Les questions litigieuses étaient celles-ci: (1) l'ordonnance de la Section d'appel visait-elle uniquement les faits en cause ou visait-elle à établir des règles d'interprétation plus larges à l'égard de la Règle 1617; (2) quelles sont les exigences relatives à l'avis prévu par la Règle 1617; (3) le rejet pour retard injustifié, conformément à la Règle 1617, met-il en cause un critère semblable à celui qui est applicable à la prorogation du délai lorsqu'il y a un retard à déposer le dossier de la demande, ou semblable au critère applicable dans les circonstances où est ordonné le rejet de la demande pour défaut de poursuivre, conformément à la Règle 440.

Jugement: la demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée; la requête visant à autoriser le requérant à procéder à l'audition sans déposer le dossier de sa demande devrait être rejetée.

(1) La nécessité d'une ordonnance de justification est particulière aux faits de l'espèce. Bien que plusieurs Règles exigent un «avis», au sens «d'ordonner [à quelqu'un] de faire quelque chose», deux Règles seulement exigent la délivrance d'une ordonnance de justification. Si une ordonnance de justification était nécessaire pour qu'il y ait préavis et l'occasion de se faire entendre conformément à la Règle 1617, la Règle l'aurait dit expressément.

(2) Le concept du retard injustifié à la Règle 1617 s'applique à un retard considérable sans excuse raisonnable. Ce qui est considérable est vraisemblablement un laps de temps relativement court dans le contexte des procédures prévues pour le règlement des demandes de contrôle judiciaire. Un retard de quatre mois dans le dépôt du dossier de la demande répond certainement à cette définition.

(3) Lorsque la Règle 1617 a été rédigée, on savait que les conditions prévues à la Règle 440, applicables au rejet d'une action pour défaut de poursuivre, mettaient en cause le triple critère du retard excessif, de l'absence d'excuse, et du préjudice causé au défendeur. Le rédacteur étant conscient de cela, il a choisi pour le libellé de la Règle 1617 les mots «retard injustifié», qui emportent la nécessité d'un retard considérable sans excuse raisonnable. La preuve d'un préjudice réel ou vraisemblable causé à l'une des parties n'est pas requise parce que la règle s'applique aux procédures de contrôle judiciaire, alors que le tribunal compétent n'a généralement pas l'autorité de rendre une décision définitive; les demandes de contrôle judiciaire sont censées être traitées rapidement, et leur rejet pour manque de diligence pourrait se produire sur une base moins

drafted in the context of the heightened public concern about delay in the court system.

A four-month delay in filing the application record was a long delay in the procedural framework. A reasonable excuse had not been demonstrated. Counsel's views of the practices of the Appeal Division, operating under different rules, when it had jurisdiction pursuant to *Federal Court Act*, section 28, was no excuse for not complying with the Rules of the Trial Division, after jurisdiction was transferred to it.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 28 (as am. *idem*, s. 8).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 300.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 2), 328, 355, 440, 468, 483 (as am. by SOR/92-726, s. 5), 1617 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 2300.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Bellefeuille v. Canadian Human Rights Commission et al. (1993), 66 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Bellefeuille v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1994] F.C.J. No. 760 (QL) (F.C.A.); *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd. et al.* (1991), 48 F.T.R. 221 (F.C.T.D.); *Law Soc. of Man. v. Eadie*, [1986] 6 W.W.R. 354 (Man. C.A.); *United Kingdom (Department of Transport) v. Smaller (Chris) (Transport) Ltd.* (1989), 103 N.R. 134 (H.L.); *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.); *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *Canada (Attorney General) v. Bernard* (1993), 69 F.T.R. 239 (F.C.T.D.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2 (C.A.); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] F.C.J. No. 25 (QL) (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Church, Thomas, *et al. Justice Delayed*. Willamsburg, Va.: National Center for State Courts, 1978.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982, "notice".
 Sgayias, David, *et al. Federal Court Practice 1994*. Toronto: Carswell, 1993.

ORDER pursuant to Rule 1617 of the *Federal Court Rules* requiring applicant to show cause why

stricte que celle qui est applicable aux demandes fondées sur la Règle 440. La Règle 1617 a été rédigée dans le contexte de l'attention accrue accordée à la lenteur du processus judiciaire.

Un retard de quatre mois à déposer le dossier de la demande constituait un long retard dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire. Une excuse raisonnable n'avait pas été démontrée. L'idée que se fait l'avocat de la pratique de la Section d'appel, à laquelle s'appliquent des règles différentes, lorsqu'elle avait compétence en la matière en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ne saurait être qualifiée d'excuse raisonnable pour ne s'être pas conformé aux Règles de la Section de première instance lorsqu'il y a eu transfert de compétence.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C., 1985, ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 28 (mod., *idem*, art. 8).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 300.1 (édicte par DORS/92-43, art. 2), 328, 355, 440, 468, 483 (mod. par DORS/92-726, art. 5), 1617 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 2300.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Bellefeuille c. Commission canadienne des droits de la personne et autres (1993), 66 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Bellefeuille c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1994] F.C.J. No. 760 (QL) (C.A.F.); *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltd. et autre* (1991), 48 F.T.R. 221 (C.F. 1^{re} inst.); *Law Soc. of Man. v. Eadie*, [1986] 6 W.W.R. 354 (C.A. Man.); *United Kingdom (Department of Transport) v. Smaller (Chris) (Transport) Ltd.* (1989), 103 N.R. 134 (H.L.); *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *Canada (Procureur général) c. Bernard* (1993), 69 F.T.R. 239 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2 (C.A.); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] F.C.J. No. 25 (QL) (C.A.F.).

DOCTRINE

Church, Thomas, *et al. Justice Delayed*. Willamsburg, Va.: National Center for State Courts, 1978.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982, «notice».
 Sgayias, David, *et al. Federal Court Practice 1994*. Toronto: Carswell, 1993.

ORDONNANCE rendue conformément à la Règle 1617 des *Règles de la Cour fédérale* enjoin-

application for judicial review should not be dismissed for undue delay in prosecution, and motion for leave to have case heard without filing an application record. Order to go dismissing judicial review application.

COUNSEL:

Henry S. Brown, Q.C. for applicant.
David D. Sherriff-Scott for respondents.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.
Scott & Aylen, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: This is a troublesome case. It concerns delay. The Court issued an order requiring the applicant to show cause why his application for judicial review should not be dismissed as a result of undue delay in its prosecution. Counsel for the applicant argues that he was misled by a change of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] and by the shift of jurisdiction from the Appeal Division to the Trial Division. His past experience led him to believe that delay in prosecuting his client's application would not be prejudicial. The applicant seeks leave to have his case heard without the filing of an application record.

Background

The applicant filed, in this Court, a motion to have a decision of the Canadian Human Rights Commission set aside. The issues underlying that complaint arose as a result of the applicant becoming ill, in December of 1987. It is not necessary to describe the events in detail except to say that in April 1988 he sought employment from the respondents, Commercial Transport (Northern) Ltd. and Elliot Lake Freight Lines Ltd. This was refused. Eight months later, on December 9, 1988, the applicant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleg-

gnant au requérant de démontrer la raison pour laquelle sa demande de contrôle judiciaire ne devrait pas être rejetée pour retard injustifié à la faire valoir, et requête du requérant visant à obtenir l'autorisation de se faire entendre sans avoir à déposer le dossier de sa demande. Ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire.

AVOCATS:

Henry S. Brown, c.r., pour le requérant.
David D. Sherriff-Scott pour les intimées.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant.
Scott & Aylen, Ottawa, pour les intimées.

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

LE JUGE REED: Il s'agit d'une affaire difficile, qui porte sur le retard. La Cour a délivré une ordonnance intimant au requérant de démontrer la raison pour laquelle sa demande de contrôle judiciaire ne devrait pas être rejetée en raison de son retard injustifié à la faire valoir. L'avocat du requérant affirme avoir été induit en erreur par la modification des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] et par l'attribution à la Section de première instance d'une compétence autrefois exercée par la Section d'appel. Son expérience l'a amené à croire que le retard à faire valoir la demande de son client ne causerait aucun préjudice. Le requérant demande l'autorisation de se faire entendre sans avoir à déposer le dossier de sa demande.

Historique

Le requérant a déposé auprès de cette Cour une requête visant l'annulation d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne. Les questions ayant donné lieu à la plainte ont pris naissance en raison de la maladie du requérant, en décembre 1987. Il n'est pas nécessaire de décrire les événements dans leurs moindres détails; il suffit de dire qu'en avril 1988, le requérant a cherché un emploi auprès des intimées, Commercial Transport (Northern) Ltd. et Elliot Lake Freight Lines Ltd. Il a essuyé un refus. Huit mois plus tard, le 9 décembre

ing that he had been discriminated against because of his illness (disability). That complaint was dismissed in May of 1992.

On June 12, 1992, the applicant filed an originating notice of motion for judicial review in the Trial Division, pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended. Such applications are governed by *Federal Court Rules* 1600-1620. A useful summary of these is found in Sgayias, Kinnear, Rennie and Saunders, *Federal Court Practice 1994*, at page 724.

Those Rules require, among other things, the filing of an application record by the applicant within 60 days of the filing of the originating notice of motion. That time limit expired, for the applicant, on August 12, 1992. Rule 1617 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] authorizes the Court, on its own motion, to dismiss an application where there has been undue delay:

Rule 1617. (1) The Court may, on application or its own initiative, by order, dismiss an application for judicial review by reason of the applicant's undue delay in prosecuting it.

(2) The applicant and other parties shall be given at least 10 days notice and an opportunity to be heard before an order is made under paragraph (1). [Underlining added.]

On November 3, 1992, a letter was sent to counsel for the applicant, on behalf of the Court. This pointed out that the time for filing an application record had expired:

On June 12, 1992, you filed an Originating Notice of Motion pursuant to Section 18.1 of the *Federal Court Act*. We have not received the application record and the time limit for filing the record has expired under Rule 1606.(1):

Application Records

Rule 1606.(1) The applicant shall, within 60 days after filing the notice of motion,

(a) file the number of copies of its application record required under Rule 1609(2); and

(b) serve a copy of its application record on all other parties.

1988, le requérant a porté plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant qu'il avait été victime de discrimination en raison de sa maladie (invalidité). Cette plainte a été
a rejetée au mois de mai 1992.

Le 12 juin 1992, le requérant a déposé auprès de la Section de première instance un avis de requête introductive d'instance en vue d'un contrôle judiciaire, conformément à l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 et ses modifications. Ces demandes sont régies par les Règles 1600 à 1620 des *Règles de la Cour fédérale*. On en trouve un utile résumé dans l'ouvrage de Sgayias, Kinnear, Rennie et Saunders intitulé *Federal Court Practice 1994*, à la page 724.

Ces Règles exigent, notamment, que le requérant dépose un dossier de sa demande dans les 60 jours du dépôt de l'avis de requête introductive d'instance. Ce délai a expiré, en ce qui concerne le requérant, le 12 août 1992. La Règle 1617 [édicte par DORS/92-43, art. 19] autorise la Cour à rejeter, de son propre chef, une demande en raison du retard injustifié à la faire valoir:

Règle 1617. (1) La Cour peut, sur demande ou de son propre chef, ordonner le rejet d'une demande de contrôle judiciaire en raison du retard injustifié de la partie requérante à la faire valoir.

(2) L'ordonnance mentionnée à l'alinéa (1) ne sera pas rendue avant que la partie requérante et les autres parties n'aient reçu un préavis de 10 jours et n'aient eu l'occasion de se faire entendre. [Non souligné dans l'original.]

Le 3 novembre 1992, la Cour a adressé une lettre à l'avocat du requérant, lui soulignant l'expiration du délai applicable au dépôt du dossier de la demande:

[TRADUCTION] Le 12 juin 1992, vous avez déposé un avis introductif de requête en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Nous n'avons pas reçu le dossier de la demande et le délai que prescrit la Règle 1606.(1) pour le dépôt de ce dernier a expiré:

Dossiers de la demande

Règle 1606.(1) La partie requérante doit, dans un délai de 60 jours à compter du dépôt de l'avis de requête:

a) déposer son dossier selon le nombre de copies exigé par la règle 1609(2);

b) en signifier copie aux autres parties.

The Court has directed the Registry to advise you that if you fail to comply within the next ten (10) days, the matter will be sent to the Court and may be dismissed for want of prosecution. [Underlining added.]

No response was received within the ten-day period, although counsel for the applicant did attempt to file an application record on December 7, 1992. This led to another communication, by letter, on behalf of the Court, to counsel. This letter was dated December 14, 1992 and reads:

This is to confirm my telephone conversation with you on December 10, 1992 during which I advised you of the Honourable Mr. Justice Joyal's directions.

"Court directs that before proceeding further with the application, the applicant file in this Court under affidavit form evidence to justify an extension of delay to file record—The 60 day delay expired on or about August 12th 1992. Record filed December 7, 1992, close to four months late. Applicant is required to offer explanations." [Underlining added.]

What happened thereafter is set out in decisions by the Trial Division (T-1380-92) dated February 25, 1993 [(1993), 66 F.T.R. 1], and the Appeal Division (A-204-93) dated May 25, 1994 [[1994] F.C.J. No. 760 (QL)]. I do not think it necessary to repeat the events described therein. It is sufficient to note that two judges of the Trial Division and three judges of the Appeal Division found that the applicant (through his counsel) had not demonstrated reasons sufficient to justify the granting of an extension of time within which to file an application record.

The Appeal Division agreed that the Trial Division's refusal to grant the applicant an extension of time had been a proper exercise of its discretion. At the same time, the Appeal Division held that the Trial Judge had "erred in dismissing the application for want of prosecution in the absence of either a motion by a party or a show cause order by a judge." Two questions arise from this decision: (1) what is required for notice under Rule 1617, and (2) whether a dismissal for undue delay, pursuant to Rule 1617, involves a test similar to that applicable when granting an extension of time for the late filing of an application record, or to the test applicable when a dismissal for want of prosecution under Rule 440 is ordered. Connected to these issues is the question

La Cour a ordonné au Greffe de vous faire savoir que si vous ne vous conformez pas à cette exigence dans les dix (10) jours qui suivent la date de la présente, l'affaire sera transmise à la Cour et pourra être rejetée pour défaut de poursuivre. [Non souligné dans l'original.]

Aucune réponse n'a été reçue au cours du délai de dix jours, bien que l'avocat du requérant ait tenté de déposer le dossier de la demande le 7 décembre 1992. Ce silence a donné lieu à une autre lettre de la Cour à l'avocat du requérant, en date du 14 décembre 1992, rédigée en partie comme suit:

[TRADUCTION] Je confirme par la présente la conversation téléphonique que j'ai eue avec vous le 10 décembre 1992 et dans laquelle je vous ai fait part des instructions du juge Joyal.

«Il est ordonné qu'avant que la demande soit étudiée plus avant, le requérant dépose devant la présente Cour, sous forme d'affidavit, des preuves justifiant l'octroi d'une prorogation du délai imparti pour déposer le dossier—Le délai de 60 jours a expiré le 12 août 1992, ou aux environs de cette date. Le dossier a été déposé le 7 décembre 1992, avec près de quatre mois de retard. Le requérant est tenu de fournir des explications.» [Non souligné dans l'original.]

La suite des événements est exposée dans la décision de la Section de première instance (T-1380-92) en date du 25 février 1993 [(1993), 66 F.T.R. 1], et dans celle de la Section d'appel (A-204-93) en date du 25 mai 1994 [[1994] F.C.J. No. 760 (QL)]. Je ne crois pas nécessaire de répéter les événements qui y sont relatés. Il suffit de noter que deux juges de la Section de première instance et trois juges de la Section d'appel ont conclu que le requérant (par l'intermédiaire de son avocat) n'avait pas démontré des motifs suffisants pour justifier la prorogation du délai imparti pour le dépôt du dossier d'une demande.

La Section d'appel s'est montrée d'avis que le refus de la Section de première instance d'accorder au requérant une prorogation de délai constituait un exercice régulier de son pouvoir discrétionnaire. En même temps, la Section d'appel a conclu que le juge de première instance «a commis une erreur en rejetant la demande pour défaut de poursuite en l'absence d'une requête par une partie ou d'une ordonnance de justification par un juge.» Cette décision soulève deux questions: (1) quelles sont les exigences relatives à l'avis prévu par la Règle 1617, et (2) le rejet pour retard injustifié, conformément à la Règle 1617, met-il en cause un critère semblable à celui qui est applicable à la prorogation du délai lorsqu'il y a retard à déposer le dossier de la demande, ou sembla-

whether the Appeal Division's order, in this case, was specific to the facts of this case or was meant to establish broader rules of interpretation for Rule 1617.

Notice Requirement Under Rule 1617

In so far as the notice requirements are concerned, I have concluded that the requirement of a show cause order is specific to the facts of this case. My reasons for this conclusion follow. Notice is required in many provisions in the Rules: notice of change of a solicitor (Rule 300.1(3) [as enacted *idem*, s. 2]); notice of resumed hearing (Rule 328); notice of discontinuance (Rule 406(1)); notice to admit documents (Rule 468(3)); notice of time and place for trial (Rule 483 [as am. by SOR/92-726, s. 5]). In all these cases, the word "notice" is used in its ordinary, dictionary meaning to give someone "instructions to do something" or to give a "warning" to "heed" or take "cognizance" of certain matters.¹ By way of contrast, there are two occasions when the Rules require that a show cause order be issued: when allegations of contempt are made (Rule 355(4)) and when applications are made *ex parte* for the execution of a judgment by garnishment on a third party (Rule 2300). It is hard to understand why, if a show cause order is required in order for notice and an opportunity to be heard, under Rule 1617, the text of that Rule was not expressly drafted to so require—for example, along the lines of Rule 355(4).

In the present case, the letter of November 3, 1992, did not clearly refer to Rule 1617, it referred to delay in filing the application record. Equally, the directions from the Court on December 10 (confirmed by letter of December 14) focused primarily on the need to justify the delay in the filing of the application record. While one might assume that counsel would

¹ *Concise Oxford Dictionary of Current English* (1982).

ble au critère applicable dans les circonstances où est ordonné le rejet de la demande pour défaut de poursuivre, conformément à la Règle 440. Reliée à ces questions se trouve la question de savoir si l'ordonnance de la Section d'appel, en l'espèce, visait uniquement les faits en cause, ou si elle entendait établir des règles d'interprétation plus larges à l'égard de la Règle 1617.

a

b

Nécessité d'un préavis en vertu de la Règle 1617

En ce qui concerne les exigences visant le préavis, j'ai conclu que la nécessité d'une ordonnance de justification est particulière aux faits de l'espèce. Je m'explique; plusieurs dispositions des Règles exigent un avis: avis de constitution d'un nouvel avocat (Règle 300.1(3) [édicte, *idem*, art. 2]); avis de reprise de l'audition (Règle 328); avis de désistement (Règle 406(1)); avis en vue de l'admission de documents (Règle 468(3)); avis de fixation du temps et du lieu de l'instruction (Règle 483 [mod. par DORS/92-726, art. 5]). Dans tous ces cas, le mot «avis» est employé dans son sens lexicographique ordinaire, c'est-à-dire qu'il signifie [TRADUCTION] «ordonner de faire quelque chose» ou donner un «avertissement» ou intimer de «prendre note» ou de «prendre connaissance» de certaines choses¹. Par opposition, il y a deux circonstances dans lesquelles les Règles exigent la délivrance d'une ordonnance de justification: lorsqu'il est allégué qu'il y a outrage au tribunal (Règle 355(4)) et en présence de demandes *ex parte* visant à faire exécuter un jugement au moyen de la saisie-arrêt exercée contre un tiers (Règle 2300). Il est difficile de comprendre pourquoi, si une ordonnance de justification est nécessaire pour qu'il y ait préavis et l'occasion de se faire entendre, conformément à la Règle 1617, le texte de cette Règle n'a pas été rédigé expressément de façon à imposer cette obligation—par exemple dans le genre du libellé de la Règle 355(4).

c

d

e

f

g

h

En l'espèce, la lettre du 3 novembre 1992 ne mentionnait pas clairement la Règle 1617, elle mentionnait le retard à déposer le dossier de la demande. Également, les directives de la Cour du 10 décembre (confirmées dans la lettre du 14 décembre) portaient principalement sur l'obligation de justifier le retard à déposer le dossier de la demande. Même si l'on peut

¹ *Concise Oxford Dictionary of Current English* (1982).

have realized that this was all in the context of the Court preparing to act, to strike the application on its own motion, pursuant to Rule 1617, it is understandable that there was confusion. In that context the Court of Appeal returned the matter to me with instructions that I issue a show cause order requiring the applicant to demonstrate why there had not been undue delay in prosecuting the application. I interpret that requirement as particular to the facts of this case.

An order to show cause was issued and the applicant has responded to this order and has filed, as well, a motion for leave to proceed with his application without filing an application record.

Applicable Test—“Undue Delay”

The question which arises, then, is what is the meaning of undue delay for the purposes of Rule 1617?

As I understand the applicant’s argument, it is that in order to dismiss for undue delay, pursuant to Rule 1617, there must not only have been unsatisfactorily explained delay but also a finding that the non-defaulting party has suffered or is likely to have suffered prejudice. Reference is made to the decisions in *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd. et al.* (1991), 48 F.T.R. 221 (F.C.T.D.); *Law Soc. of Man. v. Eadie*, [1986] 6 W.W.R. 354 (Man. C.A.) and *United Kingdom (Department of Transport) v. Smaller (Chris) (Transport) Ltd.* (1989), 103 N.R. 134 (H.L.). That is, it is argued that the requirements which must be met when an application to strike for want of prosecution is brought, for example, under Rule 440, are applicable. In such case an applicant must demonstrate either that the delay was intentional and contumelious, or, that the delay was inordinate, inexcusable and prejudicial to the defendant.²

I am not persuaded that this is the case. When Rule 1617 was drafted, it was known that the requirements under Rule 440, to dismiss an action for want of prosecution

² Although not relevant for present purposes, lengthy delay, in the context of Rule 440, can itself raise a presumption of prejudice: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.).

présumer que l’avocat aurait compris que tout cela indiquait que la Cour se préparait à agir, à rejeter la demande de son propre chef, conformément à la Règle 1617, il est compréhensible qu’il y ait eu confusion. C’est dans ce contexte que la Cour d’appel m’a renvoyé l’affaire, en me donnant la directive de délivrer une ordonnance de justification intimant au requérant de démontrer pourquoi le temps qu’il mettait à faire valoir sa demande n’était pas injustifié. J’interprète cette exigence comme étant particulière aux faits de l’espèce.

Une ordonnance de justification a été délivrée, le requérant s’y est conformé et il a, de plus, déposé une requête dans laquelle il sollicitait l’autorisation de faire valoir sa demande sans en déposer un dossier.

Critère applicable—«Retard injustifié»

La question qui se soulève donc est de savoir quel est le sens du retard injustifié pour les fins de la Règle 1617?

Si je comprends bien, le requérant avance que pour qu’il y ait rejet pour retard injustifié, conformément à la Règle 1617, non seulement doit-il y avoir un retard non justifié de façon satisfaisante, mais aussi la conclusion que la partie qui n’est pas en défaut a subi ou risque vraisemblablement de subir un préjudice. Le requérant a renvoyé aux arrêts *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltd. et autre* (1991), 48 F.T.R. 221 (C.F. 1^{re} inst.); *Law Soc. of Man. v. Eadie*, [1986] 6 W.W.R. 354 (C.A. Man.) et *United Kingdom (Department of Transport) v. Smaller (Chris) (Transport) Ltd.* (1989), 103 N.R. 134 (H.L.). C’est-à-dire, l’avocat soutient que les conditions à respecter en cas de demande de rejet pour défaut de poursuivre, par exemple en vertu de la Règle 440, sont applicables. Dans ce cas, le requérant doit démontrer soit que le retard est délibéré et outrageant, soit qu’il est excessif, inexcusable et préjudiciable au défendeur².

Je ne suis pas convaincue que ce soit le cas. Lorsque la Règle 1617 a été rédigée, on savait que les conditions prévues à la Règle 440, applicables au

² Bien que cela n’importe pas aux fins présentes, un long retard, dans le contexte de la Règle 440, peut en lui-même soulever la présomption d’un préjudice: *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.).

ecution, involved the three-pronged test of inordinate delay, no excuse, and prejudice to the defendant. With that knowledge, the wording chosen for Rule 1617 was "undue delay." While that term carries with it the requirement that there be significant delay without reasonable excuse, I am not persuaded that a demonstration of actual or likely prejudice to one of the parties is required.

Not only does the wording of the Rule lead me to this conclusion but the fact that it is applicable to judicial review proceedings, not trials, is also relevant. In judicial review proceedings, the reviewing court does not usually have authority to make a decision in any final way. A successful application results in the case being sent back to the relevant tribunal with instructions that it start over again. This means that the court's disposition is only a step on the way to the final resolution of the dispute. Judicial review applications are not as complex as trials; evidence gathering and presentation is not in issue. These factors persuade me that it was intended that judicial review applications should be dealt with speedily, and that dismissal for failure to do so could occur on a less stringent basis than that required for an application under Rule 440.

In addition, Rule 1617 was drafted in the context of the heightened attention which is now being paid to delay in the court system. We are all aware of studies,³ which have shown that the lack of efficiency in the courts is viewed by the public as a more serious problem than pollution or inadequate education.

There have been decisions such as that in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. The Chief Justice of Canada has made numerous speeches indicating that the reduction of delay in court proceedings is a mat-

³ Thomas Church *et al.*, *Justice Delayed* (1978) [at pp. 1-2]: "when two-thirds of the respondents in a national sample assert 'strong' support for spending tax dollars in an effort to 'try to make courts handle their cases faster,' it is at least clear that prospective consumers of court services value speed in the disposition of . . . cases."

rejet d'une action pour défaut de poursuivre, mettaient en cause le triple critère du retard excessif, de l'absence d'excuse, et du préjudice causé au défendeur. Le rédacteur étant conscient de tout cela, il a choisi pour le libellé de la Règle 1617 les mots «retard injustifié». Bien que cette expression emporte la nécessité d'un retard important sans excuse raisonnable, je ne suis pas persuadée que la preuve d'un préjudice réel ou vraisemblable causé à l'une des parties soit requise.

Non seulement le libellé de la Règle me mène-t-il à cette conclusion, mais le fait qu'elle s'applique aux procédures de contrôle judiciaire, et non aux instances, est aussi pertinent. En matière de contrôle judiciaire, le tribunal compétent n'a généralement pas l'autorité de rendre une décision définitive. La demande, si elle est accueillie, aboutit au renvoi de l'affaire au tribunal compétent, qui doit la reprendre en entier. Cela signifie que la décision de la Cour n'est qu'une étape de la solution finale du litige. Les demandes de contrôle judiciaire ne sont pas aussi complexes que les instances; la réunion des preuves et leur présentation ne constituent pas un point litigieux. Ces facteurs me convainquent que l'on entend que l'on fasse valoir les demandes de contrôle judiciaire rapidement, et que leur rejet pour manque de diligence pourrait se produire sur une base moins stricte que celle qui est applicable aux demandes fondées sur la Règle 440.

De plus, la Règle 1617 a été rédigée dans le contexte de l'attention accrue accordée de nos jours à la lenteur du processus judiciaire. Nous sommes tous conscients des études³ réalisées, qui ont démontré que le public considère le manque d'efficacité des tribunaux comme étant un problème encore plus grave que la pollution et les lacunes de l'éducation.

Des décisions portent sur le sujet, comme par exemple l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Le juge en chef du Canada s'est montré d'avis, dans de nombreuses allocutions, que la réduction de la lenteur

³ Thomas Church *et al.*, *Justice Delayed* (1978) [aux p. 1 et 2]: [TRADUCTION] «lorsque les deux-tiers des personnes interrogées dans le cadre d'un sondage national disent favoriser «fortement» la dépense de fonds publics pour «tenter d'accélérer le processus judiciaire», il est pour le moins évident que les usagers éventuels des services judiciaires attachent de l'importance au règlement rapide des . . . instances.»

ter that should be engaging everyone's concern and effort. Some jurisdictions, such as Ontario, have introduced case management procedures with guillotine type sanctions. I venture to suggest that practically every judge who has had occasion to speak to individuals, who have encountered the litigation process, outside the legal profession, hear from them rancorous and strident criticism directed at the slowness of that process. In my view, the wording of Rule 1617 recognizes that undue delay, in itself, is a ground for striking an application, without the need to prove likely prejudice to one or other of the parties.

Present Case

As has been noted, in my view, undue delay requires a showing of significant delay for which there is no reasonable explanation. While unexplained delay was found to exist in the earlier proceedings, there was no express consideration as to whether it should be considered to have been significant. The present hearing is a new and different proceeding, and additional evidence was brought forward by both parties.

The applicant's arguments are three in number. Firstly, there was not a great deal of delay—four months is a fairly short period of time—and, while counsel did not respond immediately to the November 3, 1992 letter, he did respond within a month. Secondly, counsel states that he was lulled into believing that compliance with time limits, in the Rules, would not be prejudicial because he had previously pursued nine section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] applications, before the Appeal Division, and in each of these the required memoranda of argument were filed beyond the time limits required by the Rules. These memoranda were accepted and filed by the Registry with no objections being taken by either the Registry or the Appeal Division. In counsel's words the practice was very "loose." He expected this would also be the practice in the case of a section 18 application governed by Rules 1600-1620. He was taken by surprise. His third argument is that all the evidence required for the hearing of the application is before the Court and has been since July 7, 1992. The only step which was not taken in a

du processus judiciaire est une question qui devrait tous nous préoccuper et susciter notre bonne volonté. Certaines juridictions, comme l'Ontario, ont adopté des règles de gestion des instances, assorties de sanctions d'une extrême rigueur. J'irai jusqu'à dire que pratiquement chaque juge qui a eu l'occasion de parler à des particuliers qui ont participé à un litige sans être juristes, en a recueilli des critiques acerbes et stridentes à l'égard de la lenteur du processus judiciaire. À mon sens, le libellé de la Règle 1617 reconnaît que le retard injustifié est, en lui-même, un motif de rejet de la demande, sans qu'il y ait besoin de prouver un préjudice vraisemblable pour l'une ou l'autre des parties.

La présente affaire

Comme je l'ai dit, j'estime que le retard injustifié exige la preuve d'un retard important et dépourvu d'explication raisonnable. Bien que l'on ait conclu au retard non expliqué au cours de procédures antérieures, on ne s'était pas demandé expressément s'il devait être considéré important. La présente audience est une procédure nouvelle et différente, dans le cadre de laquelle des preuves supplémentaires ont été soumise par les deux parties.

Le requérant fait valoir trois moyens. Premièrement, le retard n'est pas considérable—quatre mois est une période relativement courte—et bien que l'avocat du requérant n'ait pas immédiatement répondu à la lettre du 3 novembre 1992, il a répondu en l'espace d'un mois. Deuxièmement, l'avocat déclare qu'il a été amené à croire que le manque de respect des délais impartis par les Règles ne porterait pas préjudice parce qu'il a déjà plaidé neuf demandes fondées sur l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] devant la Cour d'appel, et dans chacune de ces affaires le mémoire exigé sur les questions qu'il se proposait de débattre a été déposé après l'expiration des délais prévus dans les Règles. Le greffe a accepté et déposé les mémoires sans objection de sa part ni de la part de la Section d'appel. Selon l'expression de l'avocat du requérant, la pratique était très [TRADUCTION] «peu rigoureuse». Il s'attendait à ce que ce soit aussi le cas pour les demandes fondées sur l'article 18 régies par les Règles 1600 à 1620. Il a été pris de court. Troisièmement, il fait valoir que la Cour dispose de tous les éléments de preuve requis aux fins

timely fashion was the filing of the application record. This, he notes, is a document compiled for the convenience of the Court and is not essential. It is argued that the absence of such a document should not prevent the Court dealing with his client's application on the merits.

The respondents argue, in case prejudice is a relevant factor, that the cumulative delays in dealing with this case have caused great prejudice. The action which gave rise to the complaint occurred in early 1988. It is based on the alleged employment practice of the respondents prior to 1988. If the applicant's judicial review application is successful, and the matter sent back to the Canadian Human Rights Commission, individuals would be expected to give evidence concerning events which occurred over eight to ten years ago. Some of the potential witnesses can no longer be located, others, at best, will have hazy memories. The delay which has occurred, the respondents state, has created intolerable prejudice.

Counsel for the applicant responds to the allegations of prejudice by noting that the only delay in issue before this Court is the four months between August and December in 1992. It is only prejudice arising from that delay which should be considered.

With respect to the argument that the delay was not long, I think, in the context of a judicial review application it was long. The Rules require an applicant to file all its evidence (in affidavit form) at the time the application is commenced. The respondent is then given 30 days within which to file evidence. The applicant is given 60 days from the date of the originating motion, that is 30 days after the filing of the respondent's evidence, to file an application record. Subsequent steps and time limits then follow, including the filing by the respondent of its application record. In the context of this procedural framework, I think a four-month delay in filing the application record is a long delay. As noted above, I think there are several reasons why judicial review applications should be dealt with expeditiously and why delays which would not be considered to be long in the context of a trial, are long in the context of a judicial review application.

de l'audition de la demande, et cela depuis le 7 juillet 1992. La seule mesure qui n'a pas été prise à temps est le dépôt du dossier de la demande. Ce dossier, précise-t-il, est un document établi pour la commodité de la Cour et n'est pas essentiel. Il affirme que son absence ne devrait pas empêcher la Cour de traiter sur le fond la demande de son client.

Les intimées soutiennent, dans l'éventualité où le préjudice serait un facteur pertinent, que les retards cumulatifs du requérant à faire valoir sa demande ont causé un grand préjudice. L'acte à la source de la plainte remonte au début de 1988. Il se fonde sur la pratique alléguée en matière d'emploi des intimées avant 1988. Si la demande de contrôle judiciaire du requérant devait être accueillie, et l'affaire renvoyée à la Commission canadienne des droits de la personne, des particuliers auraient à témoigner à l'égard de faits vieux de huit à dix ans. Certains des témoins potentiels ne pourront plus être retracés, et les souvenirs d'autres seront, au mieux, très vagues. Le retard à faire valoir cette affaire, affirment les intimées, a causé un préjudice intolérable.

L'avocat du requérant réplique aux allégations relatives au préjudice en soulignant que le seul retard litigieux devant cette Cour est le laps de temps de quatre mois entre août et décembre 1992. Seul le préjudice découlant de ce retard devrait être considéré.

En ce qui concerne l'argument selon lequel le retard n'a pas été long, je crois que, dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire, il a été long. Les Règles exigent que le requérant dépose tous ses éléments de preuve (sous forme d'affidavit) au moment où la demande est engagée. L'intimé dispose alors de 30 jours pour déposer sa preuve. Le requérant a 60 jours à compter de la date de sa requête introductive d'instance, c'est-à-dire 30 jours après le dépôt de la preuve de l'intimé, pour déposer le dossier de sa demande. Suivent alors des mesures et des délais, y compris le dépôt du dossier de la demande de l'intimé. Dans le contexte de ce système procédural, je crois qu'un retard de quatre mois à déposer le dossier de la demande est un long retard. Comme je l'ai dit, je crois qu'il existe plusieurs raisons pour lesquelles on doit faire valoir rapidement les demandes de contrôle judiciaire et pour lesquelles des retards, qui ne seraient pas considérés longs dans le contexte

Counsel's argument, that he was lulled into a false sense of lackadaisicalness, I find more difficult to answer. It is indeed unfortunate that this occurred. I am not convinced, however, that I should accept this as a reasonable excuse for delay. In my view, this is a situation where the adage "hard cases make bad law" is applicable. I do not think I can characterize counsel's perception of the practices of one Division of the Court, when jurisdiction is held by it, as an excuse for not complying with the Rules of the other Division, when jurisdiction is transferred to it.

I agree that the filing of an application record is a matter of convenience for the Court. It is also, however, an integral procedural step. It includes the evidence on which the applicant intends to rely, together with a memorandum of argument. It is not merely a collation of all materials that have been filed. The application record should serve to define the issues and narrow the focus of the application. It is in response to the applicant's application record that the respondent prepares and files its application record. There is no doubt that the Court can waive compliance with the requirement that an application record be produced. Rule 1619 so provides. This requirement becomes irrelevant, however, if the application is struck for undue delay in its prosecution.

In so far as prejudice is concerned, I accept the respondents' argument that the cumulative delay in this case is very prejudicial. Much of that delay, however, was not incurred in this Court. The first eight months was of the applicant's own making. The next, almost three and a half years, was caused by the Canadian Human Rights Tribunal. The following eight months was taken up with the proceedings in the Trial Division, of which approximately six months occurred after the non-filing of the application record on August 12, 1992. Counsel for the applicant is right, however, that for present purposes it is only the four months between August 12, 1992

d'une instance judiciaire, deviennent longs lorsqu'il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire.

Je trouve plus difficile de répondre à la prétention de l'avocat du requérant, voulant qu'il ait été amené à tort à croire à une certaine nonchalance dans le processus. Il est certainement regrettable que cela ce soit produit. Je ne suis toutefois pas persuadée que je dois accepter cette excuse comme expliquant raisonnablement le retard. À mon avis, c'est là une situation où s'applique l'adage [TRADUCTION] «les circonstances difficiles inspirent de mauvaises règles». Il ne me semble pas pouvoir considérer l'idée que se fait l'avocat des pratiques d'une Section de la Cour, lorsqu'elle avait compétence sur une matière, comme l'excusant de ne pas se conformer aux règles d'une autre Section, lorsqu'il y a transfert de compétence.

Je conviens que le dépôt du dossier d'une demande vise la commodité de la Cour. Mais cette mesure fait aussi partie intégrante du processus. Le dossier contient la preuve sur laquelle le requérant entend s'appuyer, ainsi que le mémoire sur les questions qu'il se propose de débattre. Ce n'est pas simplement l'ensemble de tous les documents qui ont été déposés. Le dossier de la demande devrait servir à préciser les questions litigieuses et à restreindre l'objet de la demande. C'est en réponse au dossier de la demande du requérant que l'intimé prépare et dépose son propre dossier. Il ne fait aucun doute que la Cour peut dispenser de la production du dossier de la demande. C'est ce que prévoit la Règle 1619. L'obligation de produire un dossier perd son importance, cependant, si la demande est rejetée pour retard injustifié à la faire valoir.

Pour ce qui est du préjudice, je suis d'accord avec les intimées pour dire que le retard cumulatif en l'espèce est très préjudiciable. Cependant, une grande partie de ce retard n'a pas eu lieu dans cette Cour. Les huit premiers mois sont le fait du requérant. Les quelque trois années et demi suivantes sont imputables au Tribunal canadien des droits de la personne. Les huit mois suivants sont attribuables aux procédures devant la Section de première instance, dont environ six mois se sont écoulés après le défaut de déposer le dossier de la demande le 12 août 1992. L'avocat du requérant a cependant raison de dire qu'aux fins présentes, seuls les quatre mois entre le

and December 7, 1992 which are relevant. I could not find prejudice arising from that delay. I might be persuaded that the initial eight month period of delay is also something I should take into account, but I am not convinced that the other periods of delay are relevant to the question before me.

Status of the Canadian Human Rights Tribunal

Shortly before the hearing of this application, a letter was received from the Canadian Human Rights Commission indicating that it would not be appearing since the decisions in *Bernard*⁴ and *Merrick*⁵ have held that it is not entitled to be a party. The letter stated that the Commission was not applying, at the present time, to be added as an intervenor although it reserved its right to do so in the future, should it so wish. I have accordingly amended the style of cause to remove the Commission as a party.

Conclusion

For the reasons given, I have concluded that the concept of undue delay in Rule 1617 means a significant period of delay without reasonable excuse. What will be significant is likely to be a fairly short period of time in the context of the procedures set out for dealing with judicial review applications. Certainly four months' delay in filing an application record fits within that definition. I cannot conclude that a reasonable excuse has been demonstrated. Counsel's views of the practice of the Appeal Division, operating under different Rules, when it had jurisdiction pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*, cannot be characterized as a reasonable excuse. The concept of undue delay does not require that there be a finding that a likelihood of prejudice exists as a result of the delay. The motion that the applicant be allowed to proceed to a hearing without filing an application record is, of course, incompatible with a dismissal pursuant to Rule 1617. The conclusion

⁴ *Canada (Attorney General) v. Bernard* (1993), 69 F.T.R. 239 (F.C.T.D.); affirmed by *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.).

⁵ *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] F.C.J. No. 25 (QL) (F.C.A.).

12 août 1992 et le 7 décembre 1992 sont pertinents. Je n'ai pu conclure que ce retard a causé un préjudice. Je pourrais me laisser persuader que le retard initial de huit mois doit aussi être considéré, mais je ne suis pas convaincue que les autres retards sont pertinents à la question dont je suis saisie.

Qualité du Tribunal canadien des droits de la personne

Peu avant l'audition de cette demande, la Commission canadienne des droits de la personne a adressé une lettre dans laquelle elle disait qu'elle ne comparait pas puisque les arrêts *Bernard*⁴ et *Merrick*⁵ ont conclu qu'elle n'avait pas droit d'être partie à une instance. La lettre précisait que la Commission ne demandait pas, pour l'instant, son adjonction en qualité d'intervenante, tout en réservant son droit de le faire plus tard, si elle le souhaitait. J'ai modifié en conséquence l'intitulé de la cause pour en retirer la Commission en qualité de partie.

Conclusion

Pour les motifs donnés, j'ai conclu que le concept du retard injustifié visé à la Règle 1617 s'applique à un retard considérable sans excuse raisonnable. Ce qui est considérable est vraisemblablement un laps de temps relativement court dans le contexte des procédures prévues pour le règlement des demandes de contrôle judiciaire. Un retard de quatre mois dans le dépôt du dossier de la demande répond certainement à cette définition. Je ne puis conclure que l'on a démontré l'existence d'une excuse raisonnable. L'idée que se faisait l'avocat du requérant de la pratique de la Section d'appel, à laquelle s'appliquent des Règles différentes, lorsqu'elle exerçait sa compétence en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ne saurait être qualifiée d'excuse raisonnable. Le concept du retard injustifié n'exige pas la conclusion que le retard causera vraisemblablement un préjudice. La requête visant à autoriser le requérant à procéder à l'audition sans déposer le dossier de

⁴ *Canada (Procureur général) c. Bernard* (1993), 69 F.T.R. 239 (C.F. 1^{re} inst.); confirmé par *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.).

⁵ *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] F.C.J. No. 25 (QL) (C.A.F.).

which has been reached is that the latter is the appropriate order. An order will issue accordingly.

sa demande est, naturellement, incompatible avec le rejet de la demande prévu à la Règle 1617. La conclusion à laquelle je suis parvenue est que le rejet de la demande est la mesure appropriée. Il sera rendu
^a une ordonnance en ce sens.

IMM-3333-94

Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

v.

Jose Adalberto Salinas-Mendoza (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. SALINAS-MENDOZA (T.D.)

Trial Division, Noël J.—Vancouver, September 28 and October 3, 1994.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Detention review by Adjudicator under Immigration Act, s. 103 — Adjudicator erred in considering self bound by Provincial Court decision under Criminal Code to conditionally release respondent pending hearing of sexual assault charge — Legislative context, burden of proof, evidentiary standards under Criminal Code and Immigration Act different.

An Adjudicator under the *Immigration Act* determined that the respondent was a person described in paragraph 19(2)(a) of the Act and issued a conditional deportation order. She also ordered that the respondent be detained on the basis that he was likely to pose a danger to the public. Subsequently, a Judge of the Provincial Court of British Columbia before whom the respondent appeared upon a charge of sexual assault ordered his release under subsection 515(10) of the *Criminal Code* (which compels the release of an accused unless the Crown can demonstrate that detention is necessary for public safety). Finally, a second Adjudicator under the *Immigration Act* was called upon to review the original detention order. The Adjudicator indicated that she was satisfied that the terms of the release ordered by the Provincial Court Judge made it unlikely that the respondent would pose a danger to the public and released the respondent from custody. This was an application to review the second Adjudicator's decision. The respondent submitted the following question for certification: "Is the standard for release under section 103 of the *Immigration Act* different than that for release pursuant to the bail provisions of the *Criminal Code*?"

Held, the application should be allowed and the request for certification denied.

The Adjudicator abdicated her role in some essential aspects in the face of the decision of the Provincial Court Judge. She failed to exercise her jurisdiction by omitting from her order

IMM-3333-94

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

a c.

Jose Adalberto Salinas-Mendoza (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. SALINAS-MENDOZA (1re INST.)

Section de première instance, juge Noël—Vancouver, 28 septembre et 3 octobre 1994.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Examen des motifs de la garde effectué par un arbitre en vertu de l'art. 103 de la Loi sur l'immigration — L'arbitre a commis une erreur en se croyant lié par la décision d'une cour provinciale rendue en vertu du Code criminel de libérer l'intimé sous condition en attendant son procès pour agression sexuelle — Le contexte légal, la charge de la preuve et les règles de présentation de la preuve sont différents selon qu'il s'agit d'appliquer le Code criminel ou la Loi sur l'immigration.

Un premier arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* avait déterminé que l'intimé était une personne visée par l'alinéa 19(2)a) de la Loi et avait pris une mesure d'expulsion conditionnelle. Cet arbitre avait aussi ordonné que l'intimé soit détenu pour le motif qu'il constituait vraisemblablement une menace pour la sécurité publique. Subséquentement, un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, devant qui l'intimé a comparu relativement au chef d'accusation d'agression sexuelle, a ordonné sa libération en vertu du paragraphe 515(10) du Code criminel (la mise en liberté étant obligatoire, à moins que la Couronne puisse faire la preuve que la détention est nécessaire pour des raisons de sécurité publique). Finalement, un deuxième arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* a été chargé d'examiner le bien-fondé de l'ordonnance de détention qui avait été décernée. Cet arbitre a indiqué qu'elle était convaincue que les conditions de libération imposées par le juge de la Cour provinciale rendaient improbable que l'intimé constitue une menace pour la sécurité publique, et elle a mis en liberté l'intimé. Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le deuxième arbitre. L'intimé a demandé que la question suivante soit certifiée: «Est-ce que la règle pour ordonner une mise en liberté en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* est différente de celle permettant d'ordonner une mise en liberté en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives au cautionnement?»

Jugement: la demande de contrôle judiciaire est accueillie et la demande de certification est rejetée.

L'arbitre a refusé, au vu de la décision rendue par un juge de la Cour provinciale, de jouer son rôle relativement à certains aspects essentiels. Elle n'a pas exercé sa compétence en omet-

terms and conditions which she considered essential for the release of the respondent.

This error was symptomatic of a more fundamental error, namely the excessive deference which the Adjudicator exhibited towards the decision of the Provincial Court Judge and the consequential failure to focus on the specific authority which she was called upon to exercise.

The mandate of the Provincial Court Judge was fundamentally different from that of the Adjudicator, the statutory context being totally different. The Judge was compelled by law to release the respondent unless the Crown could demonstrate that the detention was necessary for the protection or safety of the public.

On the other hand, the respondent appeared before the Adjudicator as a person under detention pursuant to a decision of another Adjudicator. The Adjudicator was called upon to review the reasons for the detention of the respondent and determine whether or not to continue it. In this context, the burden was on the respondent to satisfy the Adjudicator that he did not pose a danger to the public. The Adjudicator, however, felt that the Provincial Court Judge's decision was determinative of the issue which she had to decide and gave no weight to the reasons for which a detention order had been issued. This was a reviewable error. The Adjudicator further erred in deferring to the Judge's decision and in failing to bring her own independent mind to bear on the issue which she had to decide.

The Adjudicator also erred in failing to apply the evidentiary standard mandated by the *Immigration Act*. She chose to discard evidence by reference to her perception of what was and what was not admissible before the Provincial Court Judge whereas she had the duty under the *Immigration Act* to consider all the evidence which had been received and determine whether the evidence in question could be considered trustworthy or credible.

The question, which was submitted for certification, as to whether the standard for release under the *Immigration Act* and under the *Criminal Code* was the same did not have to be answered but the standard was essentially the same. It was, however, to be applied independently in each case by reference to the particular legislative context in which it arose.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(10), 518(1)(e).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 80.1(5) (as enacted *idem*, s. 70), 103(6) (as am. *idem*, s. 94), (7) (as am. *idem*).

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the order of an Adjudicator under the *Immigration Act*,

tant d'incorporer dans son ordonnance les conditions qu'elle considérait essentielles à la libération de l'intimé.

Cette erreur laissait entrevoir une erreur plus fondamentale, nommément l'excessive déférence montrée par l'arbitre à l'endroit de la décision rendue par le juge de la Cour provinciale, qui a entraîné son incapacité à se concentrer sur les pouvoirs spécifiques qu'elle se devait d'exercer.

Le mandat du juge de la Cour provinciale était fondamentalement différent de celui de l'arbitre, le contexte légal étant totalement différent. Le juge devait, en vertu de la loi, mettre l'intimé en liberté, à moins que la Couronne puisse faire la preuve que la détention était nécessaire pour des raisons de sécurité publique.

Par ailleurs, l'intimé a comparu devant l'arbitre à titre de personne détenue en vertu d'une décision rendue par un autre arbitre. On a demandé à l'arbitre d'examiner les motifs de la détention de l'intimé et de déterminer s'il était approprié de la continuer. Dans ce contexte d'examen, il appartenait à l'intimé de convaincre l'arbitre qu'il ne représentait pas une menace pour la sécurité publique. L'arbitre a cru, toutefois, que la décision du juge de la Cour provinciale déterminait de façon décisive de quelle façon elle devait trancher la question qui lui était soumise, et elle n'a accordé aucune importance aux motifs pour lesquels l'ordonnance de détention avait été décernée. Cela constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire. L'arbitre a aussi commis une erreur en faisant preuve de déférence à l'égard de la décision du juge et en ne se faisant pas une opinion personnelle de la question qu'elle devait trancher.

L'arbitre a aussi commis une erreur en n'appliquant pas les règles de présentation de la preuve requises par la *Loi sur l'immigration*. Elle a décidé d'écarter certains éléments de preuve en se fondant sur ce qui était, selon elle, admissible ou non en preuve devant le juge de la Cour provinciale, alors qu'elle avait le devoir, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, de prendre en considération tous les éléments de preuve déposés et de déterminer si ces éléments étaient crédibles ou dignes de foi.

Il n'était pas nécessaire de donner une réponse à la question présentée aux fins d'une certification, à savoir si la règle de la *Loi sur l'immigration* et celle du *Code criminel* permettant d'ordonner une mise en liberté sont essentiellement la même, bien que cette réponse soit affirmative. Cette règle devait cependant être appliquée de façon indépendante dans chaque cas et en tenant compte du contexte légal particulier qui donnait lieu à son application.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10), 518(1)(e).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)(a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 80.1(5) (édicte, *idem*, art. 70), 103(6) (mod., *idem*, art. 94), (7) (mod., *idem*).

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une ordonnance décernée par un arbitre en vertu de la *Loi*

upon review of a detention order, releasing the respondent from custody.

COUNSEL

Esta Resnick for applicant.
Samuel D. Hyman and *Rod Holloway* for respondent.

SOLICITORS

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Hyman, L. & Associates, Vancouver, and *Legal Services Society of B.C. Immigration Appeals Department*, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NOËL J.: I have concluded that the order of the Adjudicator releasing the respondent from custody should be quashed, and that the matter should be sent back for re-hearing before a different adjudicator.

In my view, the Adjudicator abdicated her role in some essential aspects in the face of the decision of the Provincial Court of British Columbia to release the respondent, pending the hearing of the sexual assault charge laid against him. If, as the Adjudicator indicated, she was satisfied that the terms of the release ordered by the Provincial Court made it unlikely that the respondent would pose a danger to the public, she, at the very least, had to make those terms part of the order which she issued in the purported exercise of her jurisdiction under the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2].

As the matter presently stands, these terms, while they were considered by the Adjudicator as essential prerequisites for the issuance of her release order, are nowhere to be found in the order which she gave. It is therefore apparent, on the face of the record, that the Adjudicator failed to exercise her jurisdiction by omitting from her order terms and conditions which she considered essential for the release of the respondent. One of the obvious consequences which flow from this error is that if, for any reason, the terms and conditions imposed by the Provincial Court should

sur l'immigration au sujet d'une ordonnance de détention et remettant l'intimé en liberté.

AVOCATS

Esta Resnick pour le requérant.
Samuel D. Hyman et *Rod Holloway* pour l'intimé.

PROCUREURS

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Hyman, L. & Associates, Vancouver, et *Legal Services Society of B.C. Immigration Appeals Department*, Vancouver, pour l'intimé.

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

LE JUGE NOËL: Je suis arrivé à la conclusion que l'ordonnance de l'arbitre mettant en liberté l'intimé devait être annulée, et que l'affaire devait être renvoyée pour une nouvelle audience devant un autre arbitre.

À mon avis, l'arbitre a refusé, au vu de la décision rendue par la Cour provinciale de la Colombie-Britannique de libérer l'intimé en attendant son procès pour agression sexuelle, de jouer son rôle relativement à certains aspects essentiels. Si, comme l'indique l'arbitre, elle était convaincue que les conditions de libération imposées par la Cour provinciale rendaient improbable que l'intimé constitue une menace pour la sécurité publique, elle se devait, à tout le moins, d'incorporer ces conditions dans l'ordonnance qu'elle a rendue dans le cours de ce qu'elle a présenté comme l'exercice de sa compétence en vertu de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2].

Dans l'état actuel de l'espèce, ces conditions, bien que considérées par l'arbitre comme étant des préalables essentiels à l'émission de son ordonnance de mise en liberté, ne font aucunement partie de l'ordonnance qu'elle a rendue. Il semble donc, au vu du dossier, que l'arbitre n'a pas exercé sa compétence, en omettant d'incorporer dans son ordonnance les conditions qu'elle considérait essentielles à la libération de l'intimé. Cette erreur entraîne, entre autres conséquences évidentes, que si, pour quelque raison que ce soit, les conditions imposées par la Cour provinciale

cease to have effect, public safety concerns under the *Immigration Act* will be left unattended. Indeed, no independent order imposing these terms has been made under the *Immigration Act*.

This error is symptomatic of a more fundamental error, namely the excessive deference which the Adjudicator exhibited towards the decision of the Provincial Court and the consequential failure, on her part, to focus on the specific authority which she was called upon to exercise. In her reasons, she stated:

The issue of your detention or release in terms of that custody was reviewed by Judge Smyth and you were released subject to very appropriately restrictive terms and conditions.

She later went on to state:

I carefully reviewed that section and found that he has power to order your detention if he found it to be necessary in the public interest or for the protection or safety of the public having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that you will, if released from custody, commit a criminal offence or any interference with the administration of justice. I see this as being a much broader power than what I have. It is the criminal justice system that is charged with the responsibility of dealing with alleged criminal behaviour whereas my mandate is much more restrictive.

before concluding that:

I am satisfied that given the terms of your release by Judge Smyth, it is unlikely that you would pose a danger to the public if released from detention under the *Immigration Act*.

It is clear from the reasons that, in so far as the pending charge was concerned, the Adjudicator was of the view that the decision of Judge Smyth had conclusively dealt with the public safety concern which she was called upon to assess under the *Immigration Act*. It is also clear that in so holding the Adjudicator considered Judge Smyth's task as more encompassing than hers and that he was in a better position to deal with alleged criminal behaviour than she was.

While Judge Smyth, in rendering his decision, was also concerned with the public safety issue arising from the actions of the respondent, he addressed it in a totally different statutory context. He was not, contrary to what is asserted by the Adjudicator, mandated to consider the broader issue of public interest.

devenaient inopérantes, la question de la sécurité du public que soulève la *Loi sur l'immigration* resterait lettre morte. Car aucune autre ordonnance imposant ces conditions n'a été rendue en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

Cette erreur laisse entrevoir une erreur plus fondamentale, nommément l'excessive déférence montrée par l'arbitre à l'endroit de la décision rendue par la Cour provinciale, et qui a entraîné son incapacité à se concentrer sur les pouvoirs spécifiques qu'elle se devait d'exercer. Dans ses motifs, elle affirme:

[TRADUCTION] La question de votre détention ou de votre mise en liberté en ce qui concerne votre garde a été examinée par le juge Smyth, et vous avez été libéré sous réserve de l'observation des conditions très sévères qui vous ont été très judicieusement imposées.

Elle affirme ensuite:

[TRADUCTION] J'ai attentivement examiné cet article et j'ai conclu qu'il a le pouvoir d'ordonner votre détention s'il conclut que cela est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que, si vous êtes mis en liberté, vous commettrez une infraction criminelle ou nuirez à l'administration de la justice. Je considère son pouvoir comme étant beaucoup plus étendu que celui dont je dispose. C'est le système pénal qui est chargé de s'occuper des accusations d'ordre pénal; mon mandat est beaucoup plus restreint.

Puis elle conclut:

[TRADUCTION] Je suis convaincue que, compte tenu des conditions que le juge Smyth a imposées à votre mise en liberté, vous ne constituerez vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique si vous êtes mis en liberté en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

Il ressort clairement des motifs que l'arbitre était d'avis que la décision du juge Smyth réglait parfaitement, quant à l'accusation en instance, la question de la sécurité publique qu'elle devait évaluer au regard de la *Loi sur l'immigration*. Il est clair aussi que l'arbitre a considéré que le juge Smyth avait un mandat plus large que le sien et était dans une meilleure position qu'elle pour s'occuper d'une accusation d'ordre pénal.

Bien que le juge Smyth ait dû, au moment de rendre sa décision, évaluer le risque que la conduite de l'intimé pouvait faire courir à la sécurité du public, il a fait cette évaluation en fonction d'un contexte légal bien particulier. Il n'avait pas le mandat, contrairement à ce qu'a affirmé l'arbitre, de prendre en consi-

Furthermore, his mandate was fundamentally different from that of the Adjudicator.

The decision of Judge Smyth was made under the authority of subsection 515(10) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. It provides:

515. ...

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused is justified only on either of the following grounds:

(b) ... that his detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including the substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.

The respondent appeared before Judge Smyth in relation to the single offence of sexual assault with respect to which he was presumed innocent. Judge Smyth was compelled by law to release him unless the Crown could demonstrate that the detention was necessary for the protection or the safety of the public. That is the context in which he released the respondent. He gave no reasons.

The respondent appeared before the Adjudicator as a person under detention further to the earlier decision of Adjudicator Shaw Dyck. Adjudicator Shaw Dyck had determined that the respondent was a person described in paragraph 19(2)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* and issued a conditional deportation order. At the conclusion of that inquiry, Adjudicator Shaw Dyck ordered the respondent detained on the basis that he was likely to pose a danger to the public.

The Adjudicator was called upon to review the reasons for the detention of the respondent and determine whether or not to continue it. The review authority is found in subsections 103(6) [as am. *idem*, s. 94] and (7) [as am. *idem*] of the *Immigration Act*. They provide:

103. ...

(6) Where any person is detained pursuant to this Act for an examination, inquiry or removal and the examination, inquiry or removal does not take place within forty-eight hours after

dération la question plus large de l'intérêt public. En fait, son mandat était fondamentalement différent de celui de l'arbitre.

Le juge Smyth a rendu sa décision en vertu du paragraphe 515(10) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], qui prévoit:

515. ...

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

b) ... que sa détention est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

L'intimé a comparu devant le juge Smyth relativement au seul chef d'accusation d'avoir commis une agression sexuelle, à l'égard duquel il était présumé innocent. Le juge Smyth devait, en vertu de la loi, mettre l'intimé en liberté, à moins que la Couronne puisse faire la preuve que la détention était nécessaire pour des raisons de sécurité publique. C'est là le contexte dans lequel il a mis en liberté l'intimé. Il n'a rendu aucun motif.

L'intimé a comparu devant l'arbitre à titre de personne détenue en vertu d'une décision rendue par un arbitre, en l'occurrence M^{me} Shaw Dyck. Cet arbitre avait déterminé que l'intimé était une personne visée par l'alinéa 19(2)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, et avait pris une mesure d'expulsion conditionnelle à son endroit. À la clôture de l'enquête, l'arbitre Dyck a ordonné que l'intimé soit détenu pour le motif qu'il constituait vraisemblablement une menace pour la sécurité publique.

On a demandé à l'arbitre d'examiner les motifs de la garde de l'intimé et de déterminer s'il était approprié de la continuer. Le pouvoir d'examen est accordé par les paragraphes 103(6) [mod., *idem*, art. 94] et (7) [mod., *idem*] de la *Loi sur l'immigration*, qui prévoient:

103. ...

(6) Si l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi aux fins desquels il est gardé n'ont pas lieu dans les quarante-huit heures, l'intéressé est amené, dès l'expiration de ce délai, devant un

that person is first placed in detention, that person shall be brought before an adjudicator forthwith and the reasons for the continued detention shall be reviewed, and thereafter that person shall be brought before an adjudicator at least once during the seven days . . . at which times the reasons for continued detention shall be reviewed.

(7) Where an adjudicator who conducts a review pursuant to subsection (6) is satisfied that the person in detention is not likely to pose a danger to the public . . . the adjudicator shall order that the person be released from detention subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances . . .

As this was a review proceeding, the burden was on the respondent to satisfy the Adjudicator that he did not pose a danger to the public. Adjudicator Shaw Dyck had, a few days earlier, decided that he did on the basis of the same evidence as that which was now before the Adjudicator.

The fact that she was sitting in a review proceeding seems to have escaped the Adjudicator. During the hearing she stated:

Adjudicator: Just so that there's no doubt, as well, in terms of the decision reached, all of the decisions reached last week by Adjudicator Shaw Dyck. I will not be revisiting her decision that it was appropriate for her to consider the issue of taking Mr. Salinas-Mendoza into custody. If you wanted to challenge that decision, the proper form would have been to take an application to the Federal Court. But I, as an Immigration Adjudicator, I do not believe that I have the power to sit in review of any decision that she has made.

There is no doubt that the Adjudicator was not sitting in an appellate or judicial review capacity. But she was charged with the mandate to reassess the reasons for the detention ordered by Adjudicator Shaw Dyck, and determine whether or not the detention ought to be continued. As that last order stood before her as valid and binding, the burden was on the respondent to demonstrate that it ought not to be continued, and not on the Minister. The Adjudicator could not ignore the fact that a detention order had been issued on the basis of the same evidence as that which the Minister was now presenting before her. Yet, her reasons make no mention of the prior order nor does it deal in any way with the strongly worded reasons which had been given in support of its issuance. Obviously, the Adjudicator felt that Judge

arbitre pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde; par la suite, il comparait devant un arbitre aux mêmes fins au moins une fois:

a) dans la période de sept jours . . .

(7) S'il est convaincu qu'il ne constitue vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique . . . l'arbitre chargé de l'examen prévu au paragraphe (6) ordonne la mise en liberté de l'intéressé, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce . . .

Étant donné qu'il s'agissait d'une procédure d'examen, il appartenait à l'intimé de convaincre l'arbitre qu'il ne représentait pas une menace pour la sécurité publique. L'arbitre Dyck avait, quelques jours plus tôt, décidé que l'intimé représentait une telle menace, en se fondant sur la même preuve que celle qui a ensuite été déposée devant l'arbitre.

Il semble avoir échappé à l'arbitre qu'elle présidait à une procédure d'examen. Au cours de l'audience, elle a affirmé:

[TRADUCTION] Arbitre: Juste pour qu'il n'y ait aucun doute, de même, pour la décision rendue, toutes les décisions rendues la semaine dernière par l'arbitre Shaw Dyck. Je ne réviserai pas la décision selon laquelle elle a trouvé approprié de considérer la question de placer M. Salinas-Mendoza en détention. Si vous désiriez contester cette décision, vous deviez en référer à la Cour fédérale. Mais, à titre d'arbitre de l'Immigration, je ne crois pas avoir le pouvoir de réviser une décision qu'elle a rendue.

Il ne fait aucun doute que l'arbitre n'avait pas les pouvoirs d'un tribunal d'appel ou de contrôle judiciaire. Elle avait cependant le mandat d'examiner les motifs de la détention ordonnée par l'arbitre Dyck, et de déterminer si cette détention devait être prolongée. Comme cette ordonnance était valide et exécutoire, il incombait à l'intimé, non au ministre, de démontrer que la détention ne devait pas être prolongée. L'arbitre ne pouvait pas ne pas tenir compte du fait qu'une ordonnance de détention avait été rendue à partir de la même preuve que celle que le ministre lui présentait. Pourtant, ses motifs ne font aucune mention de l'ordonnance précédente et ils ne tiennent aucun compte des motifs non équivoques qui avaient été rendus à l'appui de cette ordonnance. De toute évidence, l'arbitre a cru que la décision du juge

Smyth's decision was determinative of the issue which she had to decide and gave no weight to the reasons for which a detention order had been issued in the first place.

Judge Smyth was not sitting in a review proceeding. He was assessing first hand the question as to whether the respondent ought to be released in the context of the sexual assault charge which was pending against him. The burden sat squarely on the Crown. Judge Smyth had to order the release of the respondent unless the Crown could convince him otherwise. He may have been very ambivalent about his decision to release the respondent and may indeed have released him only because the onus confronting the Crown compelled him to do so. Properly understood, while his decision was of interest to the Adjudicator, it had little relevance to the particular decision which she had to make in the context of the review proceedings before her.

In my view, the Adjudicator committed a reviewable error in treating the decision of Judge Smyth as determinative of the issue which she had to decide. She committed a further error in deferring to his decision in the belief that he was more apt, or better positioned jurisdictionally, to assess the potential risk to the public. In so doing, she failed to bring her own independent mind to bear on the issue which she had to decide.

It is also apparent from the reasons that the Adjudicator chose to discard evidence by reference to her perception of what was and what was not admissible before Judge Smyth. She did so in the following terms:

Some very subjective statements were attached to the reports to the Crown counsel and as indicated by Mr. Hynan last week, there are good reasons why they are not acceptable evidence in the criminal court setting. Many of the incidents referred to did not result in convictions, and our system of justice in Canada is based on the premise that a person is innocent until proven guilty, making it quite understandable that counsel would find much of this information to be prejudicial and highly inflammable.

Smyth déterminait de façon décisive de quelle façon elle devait trancher la question qui lui était soumise, et elle n'a accordé aucune importance aux motifs pour lesquels l'ordonnance de détention avait été originellement décernée.

Le juge Smyth ne présidait pas à une procédure d'examen. Il ne faisait que considérer la question, en soi, de savoir si l'intimé devait être mis en liberté, compte tenu de l'accusation d'agression sexuelle qui avait été portée contre lui. C'est clairement la Couronne qui avait la charge de la preuve: le juge Smyth devait ordonner la mise en liberté de l'intimé à moins que la Couronne ne le convainque de ne pas le faire. Il se peut que le juge Smyth ait eu une opinion ambivalente quant à l'opportunité de mettre en liberté l'intimé, et il se peut bien qu'il ait pris cette décision seulement parce qu'il s'y sentait obligé au regard de la charge de la preuve, qui reposait sur la Couronne. Bien comprise et quoique intéressante pour l'arbitre, cette décision n'avait que peu de pertinence dans la décision spécifique qu'elle devait rendre dans le contexte de la procédure d'examen à laquelle elle présidait.

À mon avis, l'arbitre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en considérant que la décision du juge Smyth tranchait la question sur laquelle elle devait elle-même rendre une décision. Elle a commis une autre erreur en faisant preuve de déférence à l'égard de cette décision, croyant à tort que le juge Smyth était plus apte, ou que sa compétence le plaçait dans une meilleure position qu'elle, pour évaluer les risques pour le public. Ce faisant, elle a omis de se faire sa propre opinion de la question qu'elle devait trancher.

Il est aussi évident, au vu des motifs que l'arbitre a prononcés, qu'elle a écarté certains éléments de preuve en se fondant sur ce qui était, selon elle, admissible ou non de présenter en preuve devant le juge Smyth. Elle s'est exprimée de la façon suivante:

[TRADUCTION] Certaines affirmations très subjectives étaient annexées aux rapports transmis à l'avocat de la Couronne, et, comme l'a mentionné M. Hynan la semaine dernière, il y a de bonnes raisons pour qu'elles ne soient pas admissibles comme preuve devant une cour de compétence pénale. Bon nombre des incidents dont il est fait mention n'ont pas donné lieu à des condamnations, et notre système de justice, au Canada, est fondé sur le principe qu'une personne est innocente jusqu'à ce qu'on ait prouvé sa culpabilité, rendant très compréhensible

I note that the evidence so described may well have been admissible in a criminal court setting.¹ But, notwithstanding that, while it was quite open to the Adjudicator to ultimately reject evidence by reference to the rationale behind the criminal rules of evidence, she could not do so before first ascertaining whether the evidence in question could be considered credible or trustworthy. Subsection 80.1(5) [as enacted *idem*, s. 70] of the *Immigration Act* reads:

80.1 . . .

(5) An adjudicator is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings, may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

In enacting subsection 80.1(5) of the *Immigration Act*, the legislator obviously contemplated that evidence which is inadmissible under the legal or technical rules of evidence could nevertheless be relied upon, if found to be credible or trustworthy. It follows that the Adjudicator had the duty to consider all the evidence which had been received and determine whether the evidence in question could be considered trustworthy or credible. This, she did not do on the erroneous assumption that she could apply an evidentiary standard that is not mandated by the *Immigration Act*.

At the close of the hearing, counsel for the respondent submitted the following question for certification: "Is the standard for release under section 103 of the *Immigration Act* different than that for release pursuant to the bail provisions of the *Criminal Code*?"

I do not believe that this question calls for an answer in the context of this judicial review proceeding because, irrespective of the answer, the decision under review ought to be quashed.

However, I believe that it is incumbent for me to say, albeit *in obiter*, that in my view the standard is

¹ See s. 518(1)(e) of the *Criminal Code*.

que l'avocat considère ces documents comme préjudiciables et hautement incendiaires.

Je note que la preuve dont il est question précédemment aurait très bien pu être admissible dans une cour de compétence pénale¹. Toutefois, nonobstant cette considération, bien qu'il lui ait été loisible finalement de rejeter certains éléments de preuve en vertu de principes inhérents au droit de la preuve dans des instances pénales, elle ne pouvait pas le faire avant de s'être assurée que ces éléments de preuve n'étaient pas crédibles ou dignes de foi. Le paragraphe 80.1(5) [édicte, *idem*, art. 70] de la *Loi sur l'immigration* est rédigé de la façon suivante:

80.1 . . .

(5) L'arbitre n'est pas lié par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Il peut recevoir les éléments qui lui sont présentés dans le cadre des procédures instruites devant lui et qu'il considère comme crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder ses conclusions sur eux.

En promulguant le paragraphe 80.1(5) de la *Loi sur l'immigration*, le législateur a, de toute évidence, voulu que la preuve qui n'est pas admissible en vertu de règles légales ou techniques de présentation de la preuve puisse néanmoins être admise si elle est jugée crédible ou digne de foi. Par conséquent, l'arbitre avait le devoir de prendre en considération tous les éléments de preuve disponibles et de déterminer si ces éléments étaient crédibles ou dignes de foi. Ce qu'elle n'a pas fait, croyant erronément qu'elle pouvait appliquer une règle de présentation de la preuve qui n'est pas requise par la *Loi sur l'immigration*.

À la clôture de l'audience, l'avocat de l'intimé a demandé que la question suivante soit certifiée: [TRADUCTION] «Est-ce que la règle pour ordonner une mise en liberté en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration* est différente de celle permettant d'ordonner une mise en liberté en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives au cautionnement?»

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de donner une réponse à cette question dans le contexte de la présente procédure de contrôle judiciaire, étant donné que, quelle que soit la réponse, la décision faisant l'objet du présent contrôle devait être annulée.

Toutefois, je crois que je me dois d'affirmer, bien que ce soit à titre d'*obiter*, que la règle est exacte-

¹ Voir l'art. 518(1)(e) du *Code criminel*.

essentially the same under both Acts. It is, however, to be applied independently in each case by reference to the particular legislative context in which it arises.

For these reasons, the request for certification is denied; the decision of the Adjudicator is quashed; the order of Adjudicator Shaw Dyck made on June 17, 1994, is reinstated and the matter is referred back for a new detention review hearing before a different adjudicator.

ment la même pour les deux lois. Elle doit toutefois être appliquée de façon indépendante dans chaque cas et en tenant compte du contexte légal particulier qui donne lieu à son application.

^a

Pour les raisons exprimées précédemment, la demande de certification est rejetée; la décision de l'arbitre est annulée; l'ordonnance de l'arbitre Shaw Dyck, rendue le 17 juin 1994, est remise en vigueur et l'affaire est renvoyée pour que soit tenue par un arbitre différent une nouvelle audience sur la pertinence de prolonger la détention.

^b

- T-1557-92 T-1557-92
- Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. (Plaintiff)** **Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. (demanderesse)**
- v. c.
- Her Majesty the Queen in Right of Canada (Defendant)** **Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défenderesse)**
- 94-T-30 94-T-30
- Elgin Cabinet Incorporated (Applicant)** **Elgin Cabinet Incorporated (requérante)**
- v. c.
- Her Majesty the Queen in Right of Canada, the former Minister of National Revenue, Otto Jelinek, the former Minister of National Revenue, Garth Turner, the Minister of National Revenue, David Anderson, John Allen Sitka, Merv Sitka, Augie Haugen, and John Døe (Respondents)** **Sa Majesté la Reine du chef du Canada, les anciens ministres du Revenu national, Otto Jelinek et Garth Turner, le ministre du Revenu national, David Anderson, John Allen Sitka, Merv Sitka, Augie Haugen, et autres personnes dont le nom est inconnu (intimés)**
- INDEXED AS: IMPERIAL CABINET (1980) CO. LTD. v. CANADA (T.D.)* *RÉPERTORIÉ: IMPERIAL CABINET (1980) CO. LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*
- Trial Division, Hargrave P.—Winnipeg, July 13; Vancouver, August 3, 1994. e
- Practice — Limitation of actions — Applications for leave to extend limitation period to file statement of claim — Applicants, Manitoba cabinet makers, subject to federal sales tax under Excise Tax Act — Unaware of one-third tax deduction as memorandum of ruling was sent to Manitoba but destroyed by Revenue Canada officials upon being read — Seeking extension of time under Manitoba Limitation of Actions Act to begin statute-barred action — Memorandum material fact under Act, s. 20(2) — Cause of action based on destruction of message, arising when material facts discovered — Reasonable chance of success — Reasonable diligence exercised — Extension granted.* f
- Practice — Pleadings — Amendments — Plaintiffs seeking time extension to amend statements of claim — Existing actions appeals of decision of Canadian International Trade Tribunal under Excise Tax Act, s. 81.24 — S. 81.28(3)(a) bar to adding new parties, causes of action.* g
- Crown — Torts — Negligence — Applicants seeking extension of limitation period to file statement of claim against Crown, individuals for negligent misrepresentation — MNR cannot be sued in representative capacity — Individual* h
- Pratique — Prescription — Demandes de prolongation du délai pour déposer une déclaration — Les requérantes, fabricants manitobains d'armoires, étaient assujetties à la taxe de vente fédérale en vertu de la Loi sur la taxe d'accise — Elles ignoraient l'existence d'un abattement d'impôt d'un tiers parce que la note de service faisant état de la décision prise à cet égard, bien qu'elle ait été envoyée au Manitoba, a été détruite par les fonctionnaires de Revenu Canada dès qu'ils en eurent pris connaissance — Les requérantes ont demandé la prolongation du délai, prévu par la Loi sur la prescription du Manitoba, pour intenter une action frappée de prescription — La note de service constitue un fait pertinent au sens de l'art. 20(2) de la Loi — La cause d'action fondée sur la destruction du message en question a pris naissance lors de la découverte des faits pertinents — Possibilités raisonnables de succès — Les requérantes ont fait preuve de diligence raisonnable — Prolongation accordée.* i
- Pratique — Plaidories — Modifications — Les demandereses ont demandé la prolongation du délai pour modifier leurs déclarations — Les actions en cours étaient des appels interjetés contre une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu de l'art. 81.24 de la Loi sur la taxe d'accise — L'art. 81.28(3)a) vient empêcher l'adjonction de nouvelles parties et causes d'action.* j
- Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Les requérantes demandent la prolongation du délai pour déposer leur reprochant d'avoir fait des déclarations inexactes par*

employees of Revenue Canada cannot be sued in Federal Court as cause of action based on provincial law — Cause of action, resulting from destruction of message, on continuum between operational negligence and malfeasance — Applicants suffering loss as denied tax calculation method used in rest of Canada — Reasonable foreseeability test applied.

Twelve motions were brought herein, four of them seeking an extension of time to amend statements of claim and the other eight seeking to extend the limitation period to file a statement of claim against the Crown and various individuals. Between 1985 and 1990, the plaintiffs and applicants, cabinet-making businesses operating in Manitoba, paid federal sales tax calculated on the basis of a sale price method under subsection 50(1) of the *Excise Tax Act*. At the end of 1986, Revenue Canada forwarded to all its offices in Canada, by an internal network system (INET), a decision allowing cabinet makers to calculate their sales tax so as to receive a one-third tax deduction. Kitchen cabinet manufacturers throughout Canada took advantage of a determined value, discount or deduction method of tax calculation, with the exception of those in Manitoba, due to the fact the INET message was received by Revenue Canada there but was immediately destroyed upon being read. It was only during the past year that the plaintiffs and applicants learned of the destruction of the INET message when a tax consultant made an application under the *Access to Information Act*. They sought an extension of time under subsection 14(1) of the Manitoba *Limitation of Actions Act* (which allows a court to grant leave to a party to begin or continue an otherwise statute-barred action so long as no more than twelve months have elapsed between the date on which the applicant knew or ought to have known of all material facts of a decisive character upon which the action is based and the date upon which the application for leave is made to the court). The main issues to be determined were: 1) whether section 81 of the *Excise Tax Act* is a complete bar in the case of the four motions to amend and whether the cabinet makers showed a reasonable cause of action against individual defendants; 2) the knowledge of matters constituting the cause of action and 3) the establishment of a cause of action.

Held, the applications for an extension of time to amend statements of claim to add parties and a cause of action should be dismissed; the applications for an extension of time to file a statement of claim against the Crown and various individuals should be allowed.

1) The existing statements of claim began as appeals against the decision of the Canadian International Trade Tribunal under section 81.24 of the *Excise Tax Act*. Paragraph 81.28(3)(a) of that Act is a bar to amending the existing state-

négligence — Le ministre du Revenu national ne peut être actionné en tant que représentant de ses subordonnés — Les particuliers employés de Revenu Canada ne peuvent être poursuivis devant la Cour fédérale puisque la cause d'action repose sur une loi provinciale — La cause d'action découlant de la destruction du message se situe entre la négligence opérationnelle et l'acte illégal — Les requérantes ont subi une perte du fait de s'être vu refuser la possibilité d'utiliser une méthode de calcul de la taxe employée partout ailleurs au Canada — Application du critère de la prévisibilité raisonnable.

Douze requêtes ont été présentées en l'espèce. Quatre d'entre elles visent à obtenir la prolongation du délai pour modifier les déclarations, et les huit autres, à prolonger le délai pour déposer une déclaration contre la Couronne et différents particuliers. Entre 1985 et 1990, les demanderesse et les requérantes, des entreprises de fabrication d'armoires qui exercent leurs activités au Manitoba, ont payé la taxe de vente fédérale calculée selon la méthode du prix de vente, en application du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. À la fin de 1986, Revenu Canada a fait parvenir à tous ses bureaux au Canada, au moyen d'un réseau interne de communication (INET), une décision autorisant les fabricants d'armoires à calculer leur taxe de vente de manière à recevoir un abattement d'un tiers. Les fabricants d'armoires de cuisine partout au Canada ont profité de la méthode de la valeur déterminée, de l'escompte ou de la déduction pour calculer la taxe. Seuls ceux du Manitoba n'ont pu le faire parce que le message INET, quoiqu'il ait été reçu par Revenu Canada, a été détruit immédiatement après lecture. Ce n'est qu'au cours de la dernière année que les demanderesse et les requérantes ont appris la destruction du message INET, à la suite d'une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* par un fiscaliste-conseil. Elles ont donc demandé la prolongation du délai en vertu du paragraphe 14(1) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba (suivant lequel un tribunal peut autoriser une partie à intenter ou à continuer une action qui serait normalement prescrite, pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de douze mois entre la date à laquelle le requérant a eu ou aurait dû avoir connaissance de tous les faits pertinents sur lesquels repose l'action et la date de la présentation de la demande d'autorisation au tribunal). Les principales questions en litige sont: 1) celle de savoir si l'article 81 de la *Loi sur la taxe d'accise* fait complètement échec aux quatre requêtes en modification et si les fabricants d'armoires ont démontré qu'ils avaient à l'égard des particuliers défendeurs une cause raisonnable d'action; 2) celle de la connaissance des faits constituant la cause d'action; 3) celle de l'établissement d'une cause d'action.

Jugement: les demandes de prolongation du délai pour modifier les déclarations par l'adjonction de parties et d'une cause d'action doivent être rejetées; les demandes de prolongation du délai pour déposer une déclaration contre la Couronne et différents particuliers doivent être accueillies.

1) Les déclarations en cours s'inscrivaient à l'origine dans le cadre d'appels interjetés contre la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu de l'article 81.24 de la *Loi sur la taxe d'accise*. L'alinéa 81.28(3)(a) de celle-ci vient

ments of claim to add new parties and new issues. A Cabinet Minister, or former Cabinet Minister, as a servant of the Crown, is not vicariously liable for the tort of a subordinate. The Federal Court has no jurisdiction over the two former Cabinet Ministers or the individual employees of the Crown for the proposed causes of action were based on provincial law, not federal law. The Minister of National Revenue could not be sued in a representative capacity. If relief is to be granted under the Manitoba *Limitation of Actions Act*, it must be with regard to the Crown only as a defendant.

2) The destruction of the INET message was critical and constituted a material fact as defined in subsection 20(2) of the Manitoba Act. In a tort action, a cause of action arises not when, unknown to the plaintiff, all the elements of the tort are present, but when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff exercising reasonable diligence. There was nothing in the Canadian International Trade Tribunal's decisions in *Imperial Cabinet*, *Seine River* and *Artec Design* to indicate that the Tribunal was aware of the destruction of the INET message. The actions which the applicants would like to bring rely on the wrongful destruction of the INET message; they could not reasonably, given their background and experience, have become aware of the destruction of the message any earlier than they did. That destruction was a material fact of a decisive character, which fact was unknown to the applicant when the limitation period expired, but when discovered it was acted upon within the twelve-month grace period, with no unexplained, unreasonable delay. Subject to the applicants establishing a cause of action, they were entitled to a time extension under the Manitoba Act, for reasonable diligence would not have turned up the fact that a pertinent message had been received, read and destroyed by Revenue Canada.

3) The requirement in subsection 15(2) of the Manitoba Act that the applicant must establish the cause of action on which the proceeding is to be founded goes beyond establishing a *prima facie* case. The applicant must prove by evidence that he has a cause of action which, subject to any defence that may be raised, has a reasonable chance of success. It must be shown that there is something to the case so that, if sent on to trial, there is some realistic prospect that the action will succeed. Evidence in support of an allegation will stand unless it is displaced. There would be a cause of action herein in that a topical and pertinent message was read and destroyed and the respondents might be held liable assuming that the applicants could prove the case outlined in their material. The elements needed to establish a cause of action in negligence must be looked at to determine whether the action has a reasonable chance of success. First, there must be a recognized duty to measure up to a standard of conduct to protect others against unreasonable risks, and a breach of that duty, that is the negli-

empêcher que les déclarations soient modifiées par l'adjonction de nouvelles parties et de nouvelles questions litigieuses. Un ministre ou ancien ministre n'est pas, en sa qualité de préposé de la Couronne, responsable du délit civil d'un subordonné. La Cour fédérale n'a pas compétence relativement aux deux anciens ministres ni aux employés de la Couronne pris individuellement, étant donné que les causes d'action proposées reposent sur une loi provinciale et non pas fédérale. Le ministre du Revenu national ne peut être actionné en tant que représentant de ses subordonnés. Dans la mesure où un redressement doit être accordé en vertu de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, il ne peut l'être qu'à l'égard d'une action dans laquelle Sa Majesté serait l'unique partie défenderesse.

2) La destruction du message INET est d'une importance capitale et constitue un fait pertinent au sens de la définition figurant au paragraphe 20(2) de la Loi manitobaine. Dans le cas d'une action en responsabilité délictuelle, la cause d'action prend naissance non pas lorsque, à l'insu du demandeur, se trouvent réunis tous les éléments du délit civil, mais bien dès que les faits pertinents sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. Dans les décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur dans les affaires *Imperial Cabinet*, *Seine River* et *Artec Design*, il n'y a rien qui indique que le tribunal était au courant de la destruction du message INET. Les actions que souhaitent intenter les requérantes ont pour fondement la destruction abusive du message INET. Compte tenu de leurs antécédents et de leur expérience, on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les requérantes aient appris plus tôt la destruction de ce message. Cette destruction constituait un fait pertinent de nature déterminante, dont les requérantes ignoraient l'existence au moment de l'expiration du délai de prescription. Toutefois, dès qu'elles ont découvert ce fait pertinent, elles ont agi dans le délai de douze mois, sans aucun retard inexplicable ou déraisonnable. Pour peu qu'elles réussissent à établir une cause d'action, les requérantes ont droit à une prolongation de délai en vertu de la Loi manitobaine, car elles n'auraient pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, découvrir le fait que Revenu Canada avait reçu, lu et détruit un message pertinent.

3) L'obligation, incombant à un requérant aux termes du paragraphe 15(2) de la Loi manitobaine, d'établir la cause d'action, ne consiste pas à simplement produire une preuve suffisante à première vue. Le requérant doit produire une preuve établissant qu'il a une cause d'action qui, sous réserve de tout moyen de défense pouvant être invoqué, lui offre des possibilités raisonnables de succès. Il faut démontrer que la preuve est assez solide pour que, si le litige était poursuivi jusqu'au stade de l'instruction, il existe des chances réalistes que l'action soit accueillie. La preuve présentée à l'appui d'une allégation sera retenue tant qu'elle n'aura pas été réfutée. Il existe une cause d'action en l'espèce puisqu'un message éminemment pertinent a été lu et détruit, et les intimés pourraient être jugés responsables, à supposer que les requérantes soient en mesure de prouver ce qu'elles avancent dans les documents qu'elles ont produits. Il faut examiner les éléments requis pour fonder une cause d'action sur la négligence afin de déterminer si l'action offre des possibilités raisonnables de succès. Il doit

gence. Revenue Canada officials in Manitoba admitted receiving the INET message and destroying it. It is the destruction which gave a cause of action somewhere on a continuum between a bad decision of an operational negligence sort and something that borders on abuse or malfeasance. The applicants would have a reasonable prospect of success, should the matter go to trial. Second, a material injury must result to the applicants' interests. It was clear from the evidence that the applicants have suffered a loss by being denied a tax calculation method which was used in the rest of Canada. Third, a reasonable connection or proximity must exist between the conduct of the defendant and the injury. The reasonable foreseeability test should be applied herein. Revenue Canada in Manitoba could easily foresee that destruction of the INET message would necessitate Manitoba cabinet makers calculating their tax at a higher rate. It was easily foreseeable that not informing the applicants of a legitimate tax relief would result in harm to cabinet makers paying tax during the relevant time.

y avoir d'abord une obligation reconnue de satisfaire à une norme de conduite afin de protéger autrui contre des risques déraisonnables, et un manquement à cette obligation, c'est-à-dire la négligence. Les fonctionnaires de Revenu Canada au Manitoba reconnaissent avoir reçu le message INET et l'avoir détruit. C'est la destruction qui a fait naître une cause d'action se situant entre une mauvaise décision participant de la négligence opérationnelle et un acte qui confine à l'abus ou à l'illégalité. Les requérantes auraient des chances raisonnables de succès si l'affaire était poursuivie jusqu'au stade de l'instruction. Ensuite, il doit résulter un préjudice important pour les intérêts des requérantes. Il ressort de la preuve que les requérantes ont subi une perte du fait que leur a été refusée la possibilité de se servir d'une méthode de calcul de la taxe qui s'employait partout ailleurs au Canada. Enfin, un lien raisonnable doit exister entre la conduite de la partie défenderesse et le préjudice. Il convient d'appliquer en l'espèce le critère de la prévisibilité raisonnable. Revenu Canada au Manitoba pouvait facilement prévoir que la destruction du message INET contraindrait les fabricants d'armoires au Manitoba à calculer leur taxe à un taux plus élevé. Il était facilement prévisible que le fait de ne pas informer les requérantes d'un abattement fiscal légitime entraînerait un préjudice pour les fabricants d'armoires qui acquittaient la taxe au cours la période en cause.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 50(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 42, s. 4), 81 (as am. *idem*, c. 7, s. 38), 81.24 (as enacted *idem*; as am. by (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.28(3)(a) (as enacted by (2nd Supp.), c. 7, s. 38).
Limitation of Actions Act, R.S.M. 1987, c. L150, ss. 14, 15(2), 20(1),(2),(3),(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Einarsson v. Tamar Mail Order Inc., [1992] 2 W.W.R. 84; *sub nom. Einarsson et al. v. Adi's Video Shop et al.* (1992), 76 Man. R. (2d) 218 (Man. C.A.); *Hoepfner v. Horstman Contracting Ltd.*, [1992] 3 W.W.R. 335; (1992), 79 Man. R. (2d) 257; 50 C.L.R. 220 (Q.B.); *J. (A.) v. Cairnie Estate*, [1993] 6 W.W.R. 305 (Man. C.A.).

REFERRED TO:

Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. v. M.N.R. (1992), 5 TCT 1127 (C.I.T.T.); *Seine River Cabinets Ltd. v. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1122 (C.I.T.T.); *Artec Design Inc. v. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1124 (C.I.T.T.); *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] S.C.R. 60; (1968), 2 D.L.R. (3d) 81; *Kealey v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 195; (1991), 1 Admin. L.R. (2d) 138; 46 F.T.R. 107 (T.D.); *Hanson (J.M.) v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 32; (1990), 90 DTC 6670; 38 F.T.R. 34 (F.C.T.D.); *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.); *Pacific*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la prescription, L.R.M. 1987, ch. L150, art. 14, 15(2), 20(1),(2),(3),(4).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 42, art. 4), 81 (mod., *idem*, ch. 7, art. 38), 81.24 (édicte, *idem*; mod. par (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.28(3)a) (édicte par (2^e suppl.), ch. 7, art. 38).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Einarsson v. Tamar Mail Order Inc., [1992] 2 W.W.R. 84; *sub nom. Einarsson et al. v. Adi's Video Shop et al.* (1992), 76 Man. R. (2d) 218 (C.A. Man.); *Hoepfner v. Horstman Contracting Ltd.*, [1992] 3 W.W.R. 335; (1992), 79 Man. R. (2d) 257; 50 C.L.R. 220 (B.R.); *J. (A.) v. Cairnie Estate*, [1993] 6 W.W.R. 305 (C.A. Man.).

DÉCISIONS CITÉES:

Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. c. M.N.R. (1992), 5 TCT 1127 (T.C.C.E.); *Seine River Cabinets Ltd. c. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1122 (T.C.C.E.); *Artec Design Inc. c. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1124 (T.C.C.E.); *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] R.C.S. 60; (1968), 2 D.L.R. (3d) 81; *Kealey c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 195; (1991), 1 Admin. L.R. (2d) 138; 46 F.T.R. 107 (1^{re} inst.); *Hanson (J.M.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 32; (1990), 90 DTC 6670; 38 F.T.R. 34 (C.F. 1^{re} inst.); *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (C.A.F.); *Pacific Western*

Western Airlines Ltd. v. R., [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.); *Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 193; 51 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Manning v. Nassar*, [1991] 1 W.W.R. 37; (1990), 70 Man. R. (2d) 310; 43 C.P.C. (2d) 209 (C.A.); *H. (I.) v. Isaac*, [1994] 6 W.W.R. 381 (Man. C.A.); *Weselak v. Beausejour District Hospital No. 29* (1987), 34 D.L.R. (4th) 478; [1987] 2 W.W.R. 360; 49 Man. R. (2d) 86 (C.A.); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Kozak et ux. v. Dominion Insur. Corp. et al.*, [1972] 6 W.W.R. 741 (Man. Q.B.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "Prima facie case".
Klar, Lewis N. *Tort Law*. Carswell, 1991.

APPLICATIONS for an extension of time to amend statements of claim to add parties and a cause of action, and for leave to extend the limitation period to file a statement of claim against the Crown and various individuals. Applications allowed in part.

COUNSEL:

Martin J. Pollock for plaintiffs/applicants.

Rick Woyiwada for defendants/respondents.

SOLICITORS:

Pollock & Company, Winnipeg, for plaintiffs/applicants.

Deputy Attorney General of Canada for defendants/respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

HARGRAVE P.: These reasons arise out of twelve motions, brought on by the plaintiffs and the applicants, four of which are for an extension of time within which to amend the statements of claim to add parties in addition to the Crown and a cause of action and eight for leave to extend the limitation period to file a statement of claim against the Crown and various individuals alleging, among other things, neglect and negligent misrepresentation.

Airlines Ltd. c. R., [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1^{re} inst.); *Tribro Investments Ltd. c. Embassy Suites, Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 193; 51 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); *Manning v. Nassar*, [1991] 1 W.W.R. 37; (1990), 70 Man. R. (2d) 310; 43 C.P.C. (2d) 209 (C.A.); *H. (I.) v. Isaac*, [1994] 6 W.W.R. 381 (C.A. Man.); *Weselak v. Beausejour District Hospital No. 29* (1987), 34 D.L.R. (4th) 478; [1987] 2 W.W.R. 360; 49 Man. R. (2d) 86 (C.A.); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Kozak et ux. v. Dominion Insur. Corp. et al.*, [1972] 6 W.W.R. 741 (B.R. Man.).

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «Prima facie case».
Klar, Lewis N. *Tort Law*. Carswell, 1991.

DEMANDES de prolongation du délai pour modifier les déclarations par l'adjonction de parties et d'une cause d'action, et d'autorisation de prolonger le délai pour déposer une déclaration contre la Couronne et différents particuliers. Demandes accueillies en partie.

AVOCATS:

Martin J. Pollock pour les demanderesse/requérantes.

Rick Woyiwada pour les défendeurs/intimés.

PROCUREURS:

Pollock & Company, Winnipeg, pour les demanderesse/requérantes.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs/intimés.

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

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs résultent de douze requêtes, présentées par les demanderesse et les requérantes. Quatre de ces requêtes visent à obtenir la prolongation du délai pour modifier les déclarations par l'adjonction de parties autres que Sa Majesté et par l'ajout d'une cause d'action. Les huit autres tendent à l'obtention de l'autorisation de prolonger le délai pour déposer contre la Couronne et différents particuliers des déclarations leur reprochant notamment d'avoir été

The *Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd.* action, together with *Artec Design Inc. v. The Queen*, T-1556-92, *Kliwer's Cabinets Ltd. v. The Queen*, T-1331-91 and *Seine River Cabinets Ltd. v. The Queen*, T-1555-92 are the actions in which an existing statement of claim is sought to be amended. However the plaintiffs also ask that if I find there is any bar to amendment to add parties and causes of action, I am to consider their alternative motions, as applicants, to start new actions, to which I now turn.

The *Elgin Cabinet Incorporated* action, together with *Kildonan Custom Cabinet Ltd. v. The Queen*, 94-T-38, *Sacco Cabinets Ltd. v. The Queen*, 94-T-40, *Gateway Cabinets Ltd. v. The Queen*, 94-T-42, *Artec Design Inc. v. The Queen*, 94-T-44, *Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. v. The Queen*, 94-T-43, *Kliwer's Cabinets Ltd. v. The Queen*, 94-T-45 and *Seine River Cabinets Ltd. v. The Queen*, 94-T-46 are all cases in which the applicant seeks an order for leave to extend the limitation period to file a statement of claim. As noted above, the applicants in four of these motions are also the plaintiffs in the above four motions.

BACKGROUND

By way of background the plaintiffs and the applicants are cabinet-making concerns operating in Manitoba. During time periods, running from between 1985 and 1987 through until various dates early in 1990, the cabinet makers paid federal sales tax pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act) calculating the sales tax on the basis of a sale price method in accordance with subsection 50(1) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 42, s. 4] of the Act.

In about December of 1975 the Minister of National Revenue issued a memorandum ET-202 which provided for two alternative methods of tax computation for specified goods, conditional upon compliance with the requirements of that memoran-

négligents et d'avoir fait des déclarations inexactes par négligence.

C'est dans l'affaire *Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd.* ainsi que dans les affaires *Artec Design Inc. c. La Reine*, T-1556-92, *Kliwer's Cabinets Ltd. c. La Reine*, T-1331-91, et *Seine River Cabinets Ltd. c. La Reine*, T-1555-92, que les demandereses cherchent à faire modifier leur déclaration. Elles demandent toutefois en outre, au cas où je conclurais que la modification par l'adjonction de parties et de causes d'action n'est pas permise, que je considère leurs requêtes, présentées à titre subsidiaire, visant à obtenir l'autorisation d'engager de nouvelles actions. J'en viens donc à ces requêtes.

Elgin Cabinet Incorporated ainsi que *Kildonan Custom Cabinet Ltd. c. La Reine*, 94-T-38, *Sacco Cabinets Ltd. c. La Reine*, 94-T-40, *Gateway Cabinets Ltd. c. La Reine*, 94-T-42, *Artec Design Inc. c. La Reine*, 94-T-44, *Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. c. La Reine*, 94-T-43, *Kliwer's Cabinets Ltd. c. La Reine*, 94-T-45, et *Seine River Cabinets Ltd. c. La Reine*, 94-T-46, sont toutes des affaires dans lesquelles la requérante demande une ordonnance portant prolongation du délai pour déposer une déclaration. Comme il a été indiqué plus haut, quatre de ces requérantes sont également demandereses dans le cadre des quatre premières requêtes susvisées.

HISTORIQUE

Les demandereses et les requérantes sont des entreprises de fabrication d'armoires qui exercent leurs activités au Manitoba. Pendant des périodes commençant entre 1985 et 1987 et se prolongeant jusqu'à différentes dates au début de 1990, ces entreprises versaient la taxe de vente fédérale conformément à la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), et en calculaient le montant selon la méthode du prix de vente, en application du paragraphe 50(1) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 42, art. 4] de la Loi.

Vers le mois de décembre 1975, le ministre du Revenu national a diffusé le mémorandum ET-202, qui prévoyait deux autres méthodes de calcul de la taxe pour des marchandises spécifiées, méthodes qu'on pouvait choisir à condition d'avoir satisfait aux

dum and of the memorandum or letter authorizing such alternative methods for specific goods.

In January of 1985 the Minister issued a ruling card 3700/107, under Excise Memorandum ET-202, authorizing the use of a determined value, discount or deduction method of tax calculation for kitchen cabinet manufacturers selling to individual users who are unable to establish their own value for tax, based upon various pertinent facts. Subsequently, in about April of 1985 the Minister issued a further ruling card, 3700/107-1 clarifying the January 1985 ruling card. Neither of these ruling cards were approved by Revenue Canada in Manitoba.

On October 15, 1986 John Sitka, the manager of the valuation unit in Ottawa, sent a memorandum to regional directors advising that the discount method would no longer be available to manufacturers of kitchen cabinets. However, on November 5, 1986, John Sitka reversed his decision so that cabinet makers might use the discount method. He forwarded that decision to all Revenue Canada offices in Canada by means of an internal network system (INET). The effect of the decision was that the Canadian kitchen cabinet industry calculate their sales tax so as to receive a one-third tax deduction.

Kitchen cabinet manufacturers throughout Canada, with the exception of those in Manitoba, took advantage of the determined value method. Had the plaintiffs and applicants so calculated their tax the saving would have been about \$500,000.

The Manitoba cabinet makers did not receive word of the November 1986 decision, for it appears that while the INET message was received by Revenue Canada in Manitoba, it was immediately destroyed upon being read. The destruction of the INET message was not discovered until 1991 when a tax consultant and former Revenue Canada consultant, Edward Reid, of Winnipeg, made an application under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1].

exigences posées dans ce mémorandum ou dans la note ou lettre autorisant le recours à ces autres méthodes pour les marchandises en question.

En janvier 1985, le ministre a établi en vertu du mémorandum ET-202 en matière d'accise la fiche de décision 3700/107, qui autorisait, sur le fondement de différents faits pertinents, les fabricants d'armoires de cuisine qui vendaient à des particuliers et qui n'étaient pas en mesure de déterminer eux-mêmes la valeur aux fins de la taxe, à utiliser pour le calcul de celle-ci la méthode de la valeur déterminée, de l'escompte ou de la déduction. Par la suite, soit vers le mois d'avril 1985, le ministre a établi une nouvelle fiche de décision, portant le numéro 3700/107-1, qui venait élucider celle de janvier 1985. Ni l'une ni l'autre fiche n'a été approuvée par Revenu Canada au Manitoba.

Le 15 octobre 1986, John Sitka, gestionnaire de l'unité de l'établissement de la valeur à Ottawa, a adressé aux directeurs régionaux une note de service leur faisant part que les fabricants d'armoires de cuisine ne pourraient plus se servir de la méthode de l'escompte. Le 5 novembre 1986, toutefois, il est revenu sur sa décision et en a informé tous les bureaux de Revenu Canada au pays au moyen d'un réseau interne de communication (INET). La nouvelle décision a eu pour effet de permettre aux fabricants canadiens d'armoires de cuisine de calculer leur taxe de vente de manière à recevoir un abattement d'un tiers.

Les fabricants d'armoires de cuisine partout au Canada, à l'exception de ceux du Manitoba, ont donc profité de la méthode de la valeur déterminée. Or, si les demanderesse et les requérantes avaient suivi cette méthode de calcul, elles auraient économisé environ 500 000 \$ sur la taxe de vente.

Les fabricants d'armoires de cuisine au Manitoba n'ont pas été mis au courant de la décision de novembre 1986, car il semble que le message INET, quoiqu'il ait été reçu par Revenu Canada au Manitoba, a été détruit immédiatement après lecture, ce qui n'a été découvert qu'en 1991, lorsque Edward Reid de Winnipeg, un fiscaliste-conseil qui avait déjà rempli des fonctions de consultant à Revenu Canada, a fait une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1].

The plaintiffs and applicants say they learned of the destruction of the INET message within the past year, in the case of Imperial, on September 29, 1993 and in the case of Elgin on November 24, 1993. Other applicants and plaintiffs learned of the destruction of the INET message as recently as June of 1994. The plaintiffs and the applicants now seek an extension of time under Part II of the Manitoba *Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150, which allows a court to grant leave to a party to begin or continue an otherwise statute-barred action so long as no more than twelve months have elapsed, between the date on which the applicant knew or ought to have known of all material facts of a decisive character upon which the action is based and the date upon which the application for leave is made to the court.

From the point of view of the defendant/respondents, the application for relief under the Limitation Act is late. They point, among other things, to appeals to the Canadian International Trade Tribunal, by Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. [*Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. v. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1127], Seine River Cabinets Ltd. [*Seine River Cabinets Ltd. v. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1122] and Artec Design Inc. [*Artec Design Inc. v. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1124], in the fall of 1991, with decisions rendered in March of 1992, dismissing the appeals of those cabinet makers who had paid extra sales tax by error, having used a sale price method of tax calculation instead of the determined value method. The Trade Tribunal dismissed those claims on the basis that it had no jurisdiction to determine if the cabinet manufacturers were qualified to pay sales tax according to the determined value method. The defendant/respondents say that the operative date is earlier, or at least tied to the Trade Tribunal hearings.

In contrast, the plaintiffs/applicants say that the operative date is when they learned of the destruction of the INET message.

There is nothing in the three sets of reasons for the decisions of the Trade Tribunal to indicate that the

Les demanderesse et les requérantes disent avoir appris la destruction du message INET au cours de la dernière année, soit, dans le cas d'Imperial, le 29 septembre 1993, et dans le cas d'Elgin, le 24 novembre 1993. D'autres n'en auraient été mises au courant qu'en juin 1994. Les demanderesse et les requérantes demandent donc maintenant la prolongation du délai en vertu de la partie II de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L150, suivant laquelle un tribunal peut autoriser une partie à tenter ou à continuer une action qui serait normalement prescrite, pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de douze mois entre la date à laquelle le requérant a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de tous les faits pertinents sur lesquels repose l'action et la date de la présentation de la demande de prolongation au tribunal.

Du point de vue de la défenderesse et des intimés, la demande fondée sur la *Loi sur la prescription* a été présentée après l'expiration du délai. Ils invoquent, entre autres, les appels interjetés par Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. [*Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd. c. M.R.N.* (1992), 5 TCT 1127], Seine River Cabinets Ltd. [*Seine River Cabinets Ltd. c. M.R.N.* (1992), 5 TCT 1122] et Artec Design Inc. [*Artec Design Inc. c. M.R.N.* (1992), 5 TCT 1124] devant le Tribunal canadien du commerce extérieur à l'automne 1991. Les décisions, rendues au mois de mars 1992, rejettent les appels des fabricants d'armoires qui avaient erronément versé des montants supplémentaires au titre de la taxe de vente du fait d'avoir calculé celle-ci par la méthode du prix de vente plutôt que par celle de la valeur déterminée. Le Tribunal du commerce a rejeté leurs appels au motif qu'il était incompétent pour déterminer s'il était loisible aux fabricants d'armoires de calculer la taxe de vente selon la méthode de la valeur déterminée. D'après la défenderesse et les intimés, la date à retenir est antérieure aux audiences devant le Tribunal du commerce ou, à tout le moins, est liée à celles-ci.

Les demanderesse et les requérantes soutiennent par contre que le délai est à calculer à partir du moment où elles ont été informées de la destruction du message INET.

Or, il n'y a rien dans les motifs de ses trois décisions qui indique que le Tribunal du commerce était

Trade Tribunal was aware that the INET message had been destroyed and indeed, there is strong implication that they did not know of the destruction, for the Trade Tribunal commented that the INET message system was ineffective so far as the Winnipeg region ^a was concerned.

The defendant provided no affidavit evidence, although there were several unanswered points raised by counsel including, and this seems a little far-fetched, the suggestion by counsel for the respondents that INET messages might have routinely been destroyed by Revenue Canada, which points one would think were within the knowledge of the defendants/respondents. ^b

The principal question to be determined is whether the plaintiffs/applicants come within the terms for granting relief under the *Limitation of Actions Act*. ^d However there are two preliminary points, being whether section 81 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38] of the *Excise Tax Act* is a complete bar in the case of the four motions to amend and second, ^e whether the cabinet makers satisfy the onus under the *Limitation of Actions Act* of showing that they have a reasonable cause of action against individual proposed defendants. ^f

MOTIONS TO AMEND AND SECTION 81 OF THE EXCISE TAX ACT

The Imperial Cabinet action, together with the actions of the other three plaintiffs, were commenced in 1991 and 1992. These plaintiffs seek to extend time to amend their existing statements of claim, which began as appeals of the decision of the Canadian International Trade Tribunal, pursuant to section 81.24 [as enacted *idem*; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52] of the Act. ^g

Counsel for the defendant takes the point that paragraph 81.28(3)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38] is a complete bar to amending the existing statements of claim to add new parties and new issues. Paragraph 81.28(3)(a) reads as follows: ^j

au courant de la destruction du message INET et, de fait, il y a tout lieu de croire qu'il ne l'était pas, puisqu'il a qualifié d'inefficace le système de messages INET en ce qui concerne la région de Winnipeg.

La défenderesse n'a pas produit de preuve sous forme d'affidavit, bien que les avocats aient soulevé plusieurs points auxquels aucune réponse n'a été donnée, parmi lesquels figure, pour invraisemblable qu'elle puisse paraître, l'assertion par l'avocat des intimés que Revenu Canada détruisait peut-être systématiquement les messages INET. On aurait cru en fait que ces points sont le genre de choses dont la défenderesse et les intimés auraient eu connaissance. ^c

La question principale est de savoir si les demanderesse et les requérantes remplissent les conditions de l'obtention d'un redressement en vertu de la *Loi sur la prescription*. Se posent toutefois aussi deux questions préliminaires, soit celle de savoir si l'article 81 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38] de la *Loi sur la taxe d'accise* fait complètement échec aux quatre requêtes en modification, et celle de savoir si les fabricants d'armoires se sont acquittés de l'obligation, aux termes de la *Loi sur la prescription*, de démontrer qu'ils ont à l'égard de chacune des personnes qu'ils souhaitent constituer parties défenderesses une cause raisonnable d'action. ^e

LES REQUÊTES EN MODIFICATION ET L'ARTICLE 81 DE LA LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

L'action d'Imperial Cabinet ainsi que les actions des trois autres demanderesse ont été introduites en 1991 et 1992. Ces demanderesse cherchent à faire prolonger le délai pour modifier leurs déclarations, qui, à l'origine, s'inscrivaient dans le cadre d'appels interjetés contre la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu de l'article 81.24 [édicte, *idem*; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] de la Loi. ^h

L'avocat de la défenderesse fait valoir que l'alinéa 81.28(3)a) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38] vient empêcher de façon absolue que les déclarations soient modifiées par l'adjonction de nouvelles parties et par l'ajout de nouvelles questions litigieuses. L'alinéa 81.28(3)a) est ainsi conçu: ⁱ

81.28 ...

(3) An appeal to the Federal Court—Trial Division under this Part shall be deemed to be an action in the Federal Court to which the *Federal Court Act* and the rules made pursuant thereto applicable to an ordinary action apply, except as varied by special rules made in respect of such appeals and except that

(a) the rules concerning joinder of parties and causes of action do not apply except to permit the joinder of appeals under this Part;

The existing actions are appeals. Paragraph 81.28(3)(a) is a bar to adding new parties and new causes of action. I now turn to the applications to extend the time within which to file statements of claim, beginning with the preliminary point concerning the parties to those intended actions.

CAUSE OF ACTION AGAINST INDIVIDUAL DEFENDANTS

Section 14 of the *Limitation of Actions Act* deals with extensions of time. Various conditions are placed on the time extension including in subsection 15(2):

15(2) Where an application is made under section 14 to begin or to continue an action, the court shall not grant leave in respect of the action unless, on evidence adduced by or on behalf of the claimant, it appears to the court that, if the action were brought forthwith or were continued, that evidence would, in the absence of any evidence to the contrary, be sufficient to establish the cause of action on which the action is to be or was founded apart from any defence based on a provision of this Act or of any other Act of the Legislature limiting the time for beginning the action.

In *Einarsson v. Tamar Mail Order Inc.*, [1992] 2 W.W.R. 84, at page 87, the Manitoba Court of Appeal condensed subsection 15(2) of the *Limitation of Actions Act*:

To paraphrase that provision loosely, the applicant must prove by evidence that he has a cause of action which, subject to any defence that may be raised, has a reasonable chance of success.

Counsel for the defendants submits both that Ministers of the Crown cannot be vicariously liable and that no action can be brought in the Federal Court against individual employees of the Crown, for in the latter case that is a provincial jurisdiction.

81.28 ...

(3) Un appel à la Section de première instance de la Cour fédérale en vertu de la présente partie est réputé être une action devant la Cour fédérale à laquelle la *Loi sur la Cour fédérale* et les règles établies conformément à cette loi s'appliquent comme pour une action ordinaire, sauf dans la mesure où l'appel est modifié par des règles spéciales établies à l'égard de tels appels, sauf que:

a) les règles concernant la jonction d'instances et de causes d'action ne s'appliquent pas, sauf pour permettre la jonction d'appels en application de la présente partie.

Les actions dont il s'agit en l'occurrence sont des appels et l'alinéa 81.28(3)a joue de manière à empêcher l'adjonction de nouvelles parties et causes d'action. Prenant pour point de départ le point préliminaire concernant les parties aux actions projetées, je me penche donc maintenant sur les requêtes en prolongation du délai pour produire une déclaration.

L'EXISTENCE D'UNE CAUSE D'ACTION À L'ÉGARD DES PARTICULIERS DÉFENDEURS

L'article 14 de la *Loi sur la prescription* porte sur la prolongation des délais. La prolongation est soumise à diverses conditions, dont celle énoncée au paragraphe 15(2):

15(2) Lorsqu'une demande est présentée en vertu de l'article 14, afin que soit obtenue l'autorisation d'intenter ou de continuer une action, le tribunal ne doit accorder l'autorisation demandée que s'il apparaît, sur la foi de la preuve fournie par le requérant ou en son nom, que si l'action était intentée immédiatement ou était continuée, cette preuve serait suffisante, à défaut de preuve contraire, pour établir la cause d'action, à l'exclusion de toute défense s'appuyant sur une disposition de la présente loi ou d'une autre loi de la Législature, qui établit une prescription.

Dans l'arrêt *Einarsson v. Tamar Mail Order Inc.*, [1992] 2 W.W.R. 84, à la page 87, la Cour d'appel du Manitoba a fait le condensé suivant du paragraphe 15(2) de la *Loi sur la prescription*:

[TRADUCTION] Pour reformuler librement cette disposition, le requérant doit produire une preuve établissant qu'il a une cause d'action qui, sous réserve de tout moyen de défense pouvant être invoqué, lui offre des possibilités raisonnables de succès.

L'avocat des défendeurs soutient que les ministres ne sauraient être jugés responsables du fait d'autrui et qu'aucun fonctionnaire ne peut être poursuivi devant la Cour fédérale, car le cas des fonctionnaires est du ressort provincial.

Counsel for the plaintiffs submits that concurrent Manitoba Queen's Bench proceedings, against individuals, would be a senseless duplication of proceedings.

The statements of claim which the applicants would like to file allege that two former Ministers of National Revenue and the present Minister of National Revenue are vicariously liable for the negligence of various individuals employed by Revenue Canada.

A Cabinet Minister, or former Cabinet Minister, as a servant of the Crown, is not vicariously liable for the tort of a subordinate: *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] S.C.R. 60, at pages 70-73. In addition to the case of the two former Cabinet Ministers, intended defendants, the Federal Court lacks jurisdiction: see for example *Kealey v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 195 (T.D.), at pages 208-209.

Turning now to individual employees of the Crown, in this case John Sitka, Merv Sitka, Augie Haugen and the unknown Crown employee, John Doe, the Federal Court has no jurisdiction over them for the proposed causes of action are based on provincial law and not on federal law: see for example *Hanson (J.M.) v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 32 (F.C.T.D.), at page 39; *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (F.C.A.), at pages 9-10 and, generally, *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476 (T.D.).

In summary, the Minister of National Revenue cannot be sued in a representative capacity. The former Ministers of National Revenue cannot be sued in the Federal Court. The individual employees of the Department of National Revenue might be sued in a provincial court system, but not in the Federal Court. As a result the plaintiffs have no chance of success against those parties. If relief is to be granted, under the *Limitation of Actions Act*, it must be with regard to the Crown only as a defendant.

De son côté, l'avocat des demandresses fait valoir que ce serait un double emploi insensé que d'introduire contre des particuliers des instances parallèles devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba.

D'après les déclarations que souhaitent déposer les requérantes, deux anciens ministres du Revenu national ainsi que le ministre actuel sont responsables de la négligence de différents employés de Revenu Canada.

Or, un ministre ou ancien ministre n'est pas, en sa qualité de préposé de la Couronne, responsable du délit civil d'un subordonné: *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier et al.*, [1969] R.C.S. 60, aux pages 70 à 73. En outre, la Cour fédérale n'a pas compétence relativement aux deux anciens ministres que l'on souhaite constituer défendeurs: voir, par exemple, *Kealey c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 195 (1^{re} inst.), aux pages 208 et 209.

En ce qui concerne les employés de la Couronne pris individuellement, en l'occurrence John Sitka, Merv Sitka, Augie Haugen et les autres employés dont le nom est inconnu, la Cour fédérale n'a pas compétence à leur égard, étant donné que les causes d'action proposées reposent sur une loi provinciale et non pas fédérale: voir, par exemple, *Hanson (J.M.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 32 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 39; *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (C.A.F.), aux pages 9 et 10, et, d'une manière générale, *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476 (1^{re} inst.).

En résumé, le ministre du Revenu national ne peut être actionné en tant que représentant de ses subordonnés. De même, les anciens ministres du Revenu national ne peuvent être poursuivis devant la Cour fédérale. Quant aux particuliers employés du ministère du Revenu national, ils pourraient faire l'objet d'une action devant les tribunaux provinciaux, mais non devant la Cour fédérale. Il sera en conséquence impossible aux demandresses d'obtenir gain de cause contre ces parties. Dans la mesure donc où un redressement doit être accordé en vertu de la *Loi sur la prescription*, il ne peut l'être qu'à l'égard d'une action dans laquelle Sa Majesté serait l'unique partie défenderesse.

RELIEF UNDER THE *LIMITATION OF ACTIONS ACT*

There are two issues bearing on relief under the *Limitation of Actions Act*. First, when was the cause of action relied upon by the applicants discovered; and second, is there in fact a cause of action with a reasonable chance of success?

Counsel raised other points, which I have considered, but which I do not intend to write on at length, other than to say:

1. The applicants have not sat idly on their claims but, where there has been delay, have diligently pursued other remedies, largely political in nature;

2. Not all portions of the affidavits are proper, but in most instances this is a matter of weight;

3. The affidavits, on due consideration, when trimmed, contain enough meat to satisfy the requirement of the *Limitation of Actions Act*;

4. Having considered *Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 193 (F.C.T.D.), the motion is interlocutory and thus affidavits on information and belief are permitted;

5. That hearsay evidence, or even compounded hearsay evidence, can be set out in an affidavit and that can be allowed for in assessing the weight and probative value of the evidence, which in some instances can be fairly minimal;

6. Improper affidavit evidence is not rendered acceptable merely because there has been no cross-examination on the affidavit;

7. If time is extended there would be no clear prejudice to the Crown as defendant; and

8. That on the basis of *Manning v. Nassar*, [1991] 1 W.R. 37 (Man. C.A.), at page 41 and *H. (I.) v. Isaac*,

LE REDRESSEMENT FONDÉ SUR LA *LOI SUR LA PRESCRIPTION*

Deux questions se posent concernant un redressement fondé sur la *Loi sur la prescription*. Premièrement, quand les requérantes ont-elles découvert la cause d'action sur laquelle elles se fondent? Deuxièmement, existe-t-il en fait une cause d'action qui leur offre des possibilités raisonnables de succès?

Les avocats ont soulevé d'autres points que j'ai examinés, mais relativement auxquels je me borne aux observations suivantes:

1. Les requérantes, loin d'avoir fait preuve d'inertie, ont, chaque fois qu'il y a eu retard, cherché diligemment à obtenir redressement par d'autres moyens, de nature surtout politique;

2. Certaines parties des affidavits renferment des irrégularités, mais, dans la plupart des cas, cela n'a d'incidence que sur leur valeur probante;

3. Tout compte fait, les affidavits, une fois élagués, contiennent assez de détails pour satisfaire à l'exigence posée par la *Loi sur la prescription*;

4. Compte tenu de la décision *Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 193 (C.F. 1^{re} inst.), il s'agit en l'espèce d'une requête interlocutoire dans le cadre de laquelle il est en conséquence permis de produire des affidavits faisant état de ce que croit savoir le souscripteur;

5. Un affidavit peut contenir du oui-dire, ou même du oui-dire double, et ce contenu peut être pris en considération dans l'appréciation de la valeur probante de cette preuve, valeur qui risque dans certains cas d'être minime;

6. Une preuve sous forme d'affidavit qui est entachée d'irrégularité ne devient pas admissible du seul fait qu'il n'y a eu aucun contre-interrogatoire relativement à l'affidavit;

7. La prolongation du délai n'entraînerait pour Sa Majesté en sa qualité de défenderesse aucun préjudice manifeste;

8. Vu l'arrêt *Manning v. Nassar*, [1991] 1 W.W.R. 37 (C.A. Man.), à la page 41, et l'arrêt *H. (I.) v. Isaac*,

[1994] 6 W.W.R. 381 (Man. C.A.), the issue of an extension of time should be dealt with at this point.

[1994] 6 W.W.R. 381 (C.A. Man.), il convient de trancher à ce stade-ci la question de la prolongation du délai.

In short, these are interesting points, but there are really only two issues remaining.

^a En bref, pour intéressants que soient ces points, il ne reste au fond que deux questions en litige.

I. The Limitation of Actions Act

^b I. La Loi sur la prescription

The pertinent provisions of the *Limitation of Actions Act*, so far as beginning a new action is concerned, are as follows:

Les dispositions de la *Loi sur la prescription* qui se rapportent à l'introduction d'une nouvelle action sont les suivantes:

Extension of time in certain cases.

^c **Prolongation du délai dans certains cas**

14(1) Notwithstanding any provision of this Act of any other Act of the Legislature limiting the time for beginning an action, the court, on application, may grant leave to the applicant to begin or continue an action if it is satisfied on evidence adduced by or on behalf of the applicant that not more than 12 months have elapsed between

^d **14(1)** Par dérogation à toute disposition de la présente loi ou d'une autre loi de la Législature ayant pour effet d'établir une prescription, le tribunal peut, sur demande, autoriser le requérant à intenter ou continuer une action, lorsque le tribunal conclut, sur la foi de la preuve fournie par le requérant ou en son nom, qu'une période maximale de 12 mois s'est écoulée entre les dates suivantes:

- (a) the date on which the applicant first knew, or, in all the circumstances of the case, ought to have known, of all material facts of a decisive character upon which the action is based; and
- (b) the date on which the application was made to the court for leave.

- a) la date à laquelle le requérant a eu connaissance pour la première fois, ou celle à laquelle il aurait dû avoir connaissance, compte tenu des circonstances, de tous les faits pertinents sur lesquels s'appuie l'action;
- b) la date de la présentation de la demande de prolongation au tribunal.

Evidence required on application.

^f **Preuve exigée lors de la demande**

15(2) Where an application is made under section 14 to begin or to continue an action, the court shall not grant leave in respect of the action unless, on evidence adduced by or on behalf of the claimant, it appears to the court that, if the action were brought forthwith or were continued, that evidence would, in the absence of any evidence to the contrary, be sufficient to establish the cause of action on which the action is to be or was founded apart from any defence based on a provision of this Act or of any other Act of the Legislature limiting the time for beginning the action.

^g **15(2)** Lorsqu'une demande est présentée en vertu de l'article 14, afin que soit obtenue l'autorisation d'intenter ou de continuer une action, le tribunal ne doit accorder l'autorisation demandée que s'il apparaît, sur la foi de la preuve fournie par le requérant ou en son nom, que si l'action était intentée immédiatement ou était continuée, cette preuve serait suffisante, à défaut de preuve contraire, pour établir la cause d'action, à l'exclusion de toute défense s'appuyant sur une disposition de la présente loi ou d'une autre loi de la Législature, qui établit une prescription.

Definitions.

^h **Définitions**

20(1) In this Part

ⁱ **20(1)** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

"appropriate advice" in relation to any fact or circumstance means the advice of competent persons qualified, in their respective spheres, to advise on the professional or technical aspects of that fact or that circumstance, as the case may be:

^j "conseils opportuns" Dans le contexte de faits ou de circonstances, les conseils donnés par des personnes compétentes qui possèdent les qualifications requises dans leurs domaines respectifs, pour donner des conseils relativement aux aspects professionnels ou techniques des faits ou des circonstances en question . . .

Reference to material facts.

20(2) In this Part any reference to a material fact relating to a cause of action is a reference to any one or more of the following, that is to say:

- (a) The fact that injuries or damages resulted from an act or omission. *a*
- (b) The nature or extent of any injuries or damages resulting from an act or omission.
- (c) The fact that injuries or damages so resulting are attributable to an act or omission or the extent to which the injuries or damages were attributable to the act or omission. *b*
- (d) The identity of a person performing an act or omitting to perform any act, duty, function or obligation.
- (e) The fact that a person performed an act or omitted to perform an act, duty, function or obligation as a result of which a person suffered injury or damage or a right accrued to a person. *c*

Nature of material facts.

20(3) For the purposes of this Part, any of the material facts relating to a cause of action shall be taken, at any particular time, to have been facts of a decisive character if they were facts which a person of his intelligence, education and experience, knowing those facts and having obtained appropriate advice in respect of them, would have regarded at that time as determining, in relation to that cause of action, that, apart from any defence based on a provision of this Act or any other Act of the Legislature limiting the time for bringing an action, an action would have a reasonable prospect of succeeding and resulting in an award of damages or remedy sufficient to justify the bringing of the actions. *f*

Where facts deemed to be outside knowledge.

20(4) Subject to subsection (5), for the purposes of this Part, a fact shall, at any time, be taken not to have been known by a person, actually or constructively if

- (a) he did not then know that fact; *h*
- (b) in so far as that fact was capable of being ascertained by him, he had taken all actions that a person of his intelligence, education and experience would reasonably have taken before that time for the purpose of ascertaining the fact; and
- (c) in so far as there existed, and were known to him, circumstances from which, with appropriate advice, the fact might have been ascertained or inferred, he had taken all actions that a person of his intelligence, education and experience would reasonably have taken before that time for the purpose of obtaining appropriate advice with respect to the circumstances. *i*

Référence aux faits pertinents

20(2) Dans la présente partie, une référence à un fait pertinent concernant une cause d'action constitue une référence à un ou à plusieurs des faits indiqués ci-dessous:

- a) le fait que des blessures ou des dommages ont résulté d'un acte ou d'une omission;
- b) la nature, l'ampleur ou la gravité des blessures ou des dommages résultant d'un acte ou d'une omission;
- c) le fait que les blessures ou les dommages ainsi causés étaient attribuables à un acte ou à une omission, ou encore la mesure dans laquelle les blessures ou les dommages étaient attribuables à un acte ou à une omission;
- d) l'identité d'une personne qui accomplit un acte ou qui omet d'accomplir un acte, un devoir, une fonction ou une obligation;
- e) le fait qu'une personne a accompli un acte ou a omis d'accomplir un acte, un devoir, une fonction ou une obligation, et qu'en conséquence d'un tel acte ou d'une telle omission, une personne a subi des blessures ou des dommages ou a acquis un droit par suite d'un tel acte ou d'une telle omission. *d*

Nature des faits pertinents

20(3) Pour les besoins de la présente partie, les faits pertinents se rattachant à une cause d'action doivent être considérés comme des faits de nature déterminante, lorsqu'il s'agit de faits à l'égard desquels une personne possédant le niveau d'intelligence, d'instruction et d'expérience qui lui sont propres, et connaissant ces faits et ayant obtenu des conseils opportuns au sujet de ceux-ci, aurait considérés [*sic*] à ce moment-là comme concluants pour donner lieu de croire raisonnablement à la réussite d'une action et à l'octroi de dommages-intérêts, ou à une réparation dont l'ampleur justifierait les procédures judiciaires qui seraient requises. Toutefois, il n'est tenu compte d'aucune défense pouvant être fondée sur une prescription établie par la présente loi ou par une autre loi de la Législature.

Faits connus de sources extérieures

20(4) Sous réserve du paragraphe (5) et pour les besoins de la présente partie, un fait est en tout temps censé ne pas être connu par une personne, ni réellement ni en vertu d'une présomption, lorsque les éléments suivants sont réunis:

- a) la personne ne connaissait pas le fait à ce moment-là;
- b) dans la mesure où il lui était possible d'établir le fait, la personne avait pris tous les moyens qu'une personne de son niveau d'intelligence, d'instruction et d'expérience aurait dû prendre avant ce moment-là, afin d'établir le fait en question;
- c) dans la mesure où il existait des circonstances qui lui étaient connues et qui lui auraient permis, à l'aide de conseils opportuns, d'établir le fait ou de conclure à son existence, la personne avait pris tous les moyens qu'une personne de son niveau d'intelligence, d'instruction et d'expérience aurait dû prendre avant ce moment-là, afin d'obtenir des conseils opportuns à l'égard de ces circonstances. *j*

II. Knowledge of Matters Constituting the Cause of Action

Counsel for the applicants submits that a new cause of action arose when the applicants became aware that Revenue Canada in Manitoba had destroyed the INET message which could have allowed Manitoba cabinet makers a substantial tax reduction in that the cabinet makers could have used a determined value, discount or deduction method as a proper and less costly method of calculating tax.

The applicants say that the relevant material facts did not become known to them until they were advised, some in the fall of 1993 and others in the spring of 1994, by their lawyer, of an earlier application by a tax consultant which turned up the fact of the destruction of the INET message.

Counsel for the respondents says that all the facts were known more than twelve months ago and indeed are in the Canadian International Trade Tribunal decisions of 1992 and that the applicants did not have to wait until they happened on second-hand knowledge of material obtained by an unrelated tax consultant in 1991 under the *Access to Information Act*.

In order to determine the importance of the destruction of the INET message, as a material fact defined in subsection 20(3) and as referred to in subsections 14(1) and 20(2) of the *Limitation of Actions Act*, I have looked carefully at the statements of claim which the applicants wish to file. In essence, the applicants say that tax was paid in error by reason of a mistake attributable to the recklessness, carelessness and negligence, including negligent misrepresentation, of employees of Revenue Canada who destroyed the INET message approving the alternate tax calculation method.

On this basis the INET message is critical and comes within the definition of a material fact in subsection 20(2) of the *Limitation of Actions Act*, subject of course to whether there is any cause of action at all, which I will deal with later and whether time ran

II. Connaissance des faits constituant la cause d'action

L'avocat des requérantes fait valoir qu'une nouvelle cause d'action a pris naissance quand celles-ci ont appris que Revenu Canada au Manitoba avait détruit le message INET qui aurait pu faire bénéficier les fabricants d'armoires du Manitoba d'une réduction substantielle d'impôt en ce sens qu'il leur aurait été permis d'utiliser la méthode de la valeur déterminée, de l'escompte ou de la déduction comme moyen légitime et moins coûteux de calculer la taxe.

Les requérantes prétendent n'avoir eu connaissance des faits pertinents que lorsque leur avocat les a informées, dans certains cas à l'automne 1993, dans d'autres au printemps 1994, d'une demande antérieure d'un fiscaliste-conseil par suite de laquelle a été découverte la destruction du message INET.

D'après l'avocat des intimés, tous les faits étaient connus il y a plus de douze mois et se trouvent en fait exposés dans les décisions qu'a rendues en 1992 le Tribunal canadien du commerce extérieur. L'avocat affirme en outre que les requérantes n'étaient pas obligées d'attendre qu'elles acquièrent par hasard une connaissance de seconde main de renseignements obtenus en 1991, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, par un fiscaliste-conseil n'ayant aucun lien avec elles.

Pour déterminer l'importance de la destruction du message INET comme fait pertinent selon la définition figurant au paragraphe 20(3) et au sens des paragraphes 14(1) et 20(2) de la *Loi sur la prescription*, j'ai examiné minutieusement les déclarations que souhaitent déposer les requérantes. Ces dernières soutiennent essentiellement que la taxe a été payée par suite d'une erreur imputable à l'insouciance, à l'incurie et à la négligence, revêtant notamment la forme de déclarations inexactes, des employés de Revenu Canada qui ont détruit le message INET approuvant l'autre méthode de calcul de la taxe de vente.

Dans ce contexte, le message INET est d'une importance capitale et constitue un fait pertinent au sens de la définition figurant au paragraphe 20(2) de la *Loi sur la prescription*, abstraction faite évidemment de la question de savoir s'il existe même une

from the destruction of the message, or from when the applicants say they learned of the destruction, or at some time in between.

To begin, counsel for the respondents urges that time begins to run, in a tort action, once all the elements of the tort are present, being the duty of care, a breach of that duty and damages arising from the breach, as set out in *Weselak v. Beausejour District Hospital No. 29* (1987), 34 D.L.R. (4th) 478 (Man. C.A.).

The applicants' position is that time does not begin to run until the material facts on which the action is based are discovered. In this regard counsel has referred me to *Hoepfner v. Horstman Contracting Ltd.*, [1992] 3 W.W.R. 335 (Man. Q.B.), in which the judge declined to follow the *Weselak* decision and instead relied on *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147 and *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, both decisions of the Supreme Court of Canada, for the proposition that in Canada a cause of action arises not when, unknown to the plaintiff, all of the elements are present, but rather when the material facts are discovered and in this regard referred to the judgment of Mr. Justice Le Dain in the *Central Trust* case [at page 224]:

I am thus of the view that the judgment of the majority in *Kamloops* laid down a general rule that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence.

In the *Hoepfner* case Mr. Justice Lockwood went on to say, at page 349:

Whilst I appreciate the carefully reasoned decision of my brother Hanssen, J. in *Weselak*, it does appear that the Supreme Court of Canada in *Kamloops*, and particularly in *Central Trust Co.*, established a general rule which is binding on all the courts in Canada, notwithstanding any particular limitation provisions such as those cited above in this jurisdiction.

In the result Mr. Justice Lockwood found that there was a general discovery rule applicable to an exten-

cause d'action, sur laquelle je me pencherais ultérieurement, et de celle de savoir si le délai courait à partir de la destruction du message, ou dès le moment où les requérantes prétendent en avoir eu vent, ou à partir d'un moment quelconque se situant entre les deux.

L'avocat des intimées soutient énergiquement que, dans le cas d'une action en responsabilité délictuelle, le délai de prescription court du moment que se trouvent réunis tous les éléments du délit civil, à savoir l'obligation de prudence, le manquement à cette obligation et un préjudice découlant du manquement, comme l'indique l'arrêt *Weselak v. Beausejour District Hospital No. 29* (1987), 34 D.L.R. (4th) 478 (C.A. Man.).

Selon la thèse des requérantes, le délai ne court qu'à partir de la découverte des faits pertinents sur lesquels l'action est fondée. À ce propos, l'avocat me renvoie à la décision *Hoepfner v. Horstman Contracting Ltd.*, [1992] 3 W.W.R. 335 (B.R. Man.), dans laquelle le juge Lockwood, se refusant à suivre l'arrêt *Weselak*, a invoqué plutôt les arrêts *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147 et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, l'un et l'autre de la Cour suprême du Canada, à l'appui de la proposition voulant qu'au Canada une cause d'action prenne naissance non pas lorsque, à l'insu du demandeur, tous les éléments existent, mais bien dès la découverte des faits pertinents. Le juge s'est référé à cet égard aux motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *Central Trust* [à la page 224]:

Je suis donc d'avis que le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops* pose une règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable.

Toujours dans la décision *Hoepfner*, le juge Lockwood a ajouté, à la page 349:

[TRADUCTION] J'admire certes le raisonnement serré de mon confrère le juge Hanssen dans l'arrêt *Weselak*, mais il semble bien que la Cour suprême du Canada ait établi dans l'arrêt *Kamloops*, et en particulier dans l'arrêt *Central Trust Co.*, une règle générale qui lie tous les tribunaux canadiens, et ce, indépendamment de toute disposition particulière établissant une prescription, comme celle invoquée par la Cour d'appel de notre ressort.

Par conséquent, a conclu le juge Lockwood, il existe une règle générale exigeant la découverte.

sion of time under the *Limitation of Actions Act*, with time running from when the plaintiff discovered or ought to have discovered the material facts exercising reasonable diligence.

There is nothing in the Canadian International Trade Tribunal's decisions in *Imperial Cabinet, Seine River* and *Artec Design* to indicate that the Board was aware of the destruction of the INET message, even though Mr. Reid, the tax consultant, might have received that information, under the *Access to Information Act*, at about the same time as the hearings took place. One would think that the Tribunal would have noted such an interesting event. However, leaving that aside, we have the affidavit evidence of Zvi Gitter, president of Imperial Cabinet, Gerald Petit, a director of Seine River and Hubert Bildes, president of Artec Design, whose companies were parties in the Canadian International Trade Tribunal hearings, that they did not learn of the destruction of the INET message until the fall of 1993 in the case of Mr. Gitter and the spring of 1994 in the case of Messrs. Petit and Bildes.

I have also considered whether persons of the intelligence, education and experience of the applicants, whom I take to be companies run by small businessmen, or indeed anyone, other than a tax consultant, who had been a former Revenue Canada employee, would think to make an application under the *Access to Information Act* on spec for a directive that had been destroyed: without some prior information it would be akin to look in a dark room for a black cat of speculative existence.

In summary, the actions which the applicants would like to bring rely on wrongful destruction of the INET message; the applicants could not reasonably, given their background and experience, become aware of the destruction of the INET message any earlier than they did; and this destruction was of material constituting material facts of a decisive character, which material was unknown to the applicant when the limitation period expired, but when discov-

Cette règle s'applique à la prolongation du délai en vertu de la *Loi sur la prescription*, de sorte que le délai court à partir du moment où le demandeur découvre les faits pertinents ou aurait dû les découvrir s'il avait fait preuve de diligence raisonnable.

Dans les décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur dans les affaires *Imperial Cabinet, Seine River* et *Artec Design*, il n'y a rien qui indique que le tribunal était au courant de la destruction du message INET, bien que M. Reid, le fiscaliste-conseil, eût pu en être informé, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, vers l'époque de la tenue des audiences. On aurait cru d'ailleurs qu'un événement aussi intéressant eût suscité des observations de la part du tribunal. Quoi qu'il en soit, d'après leurs affidavits, Zvi Gitter, président d'Imperial Cabinet, Gerald Petit, administrateur de Seine River, et Hubert Bildes, président d'Artec Design, personnes dont les sociétés étaient parties aux litiges devant le Tribunal canadien du commerce extérieur, n'ont appris la destruction du message INET qu'à l'automne 1993, dans le cas de M. Gitter, et au printemps 1994, dans celui de MM. Petit et Bildes.

Je me suis penché en outre sur la question de savoir si une personne possédant le niveau d'intelligence, d'instruction et d'expérience des requérantes, qui, à ce que je peux voir, sont des sociétés dirigées par des petits entrepreneurs, ou, quant à cela, si n'importe qui d'autre qu'un fiscaliste-conseil qui avait déjà été employé de Revenu Canada, aurait pensé à demander en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* la communication d'une directive qui avait été détruite, au cas où cette démarche porterait fruit. Le faire sans disposer déjà de certains renseignements à ce sujet serait comme essayer de trouver dans une pièce obscure un chat noir dont l'existence est incertaine.

En résumé, les actions que souhaitent intenter les requérantes ont pour fondement la destruction abusive du message INET. Or, compte tenu de leurs antécédents et de leur expérience, on ne devait raisonnablement s'attendre à ce que les requérantes aient appris plus tôt la destruction de ce message. Et le document ainsi détruit renfermait des faits pertinents de nature déterminante, dont les requérantes ignoraient l'existence au moment de l'expiration du

ered the material facts were acted upon within the twelve-month grace period, with no unexplained, unreasonable delay.

This summary applies to all of the eight applicants.

Subject to the applicants establishing a cause of action, they are entitled to a time extension under the *Limitation of Actions Act*, for reasonable diligence would not have turned up the fact that a pertinent message had been received, read and destroyed by Revenue Canada.

III. Establishment of a Cause of Action

The requirement in subsection 15(2) of the *Limitation of Actions Act* that the applicant must establish the cause of action on which the proceeding is to be founded goes beyond establishing a *prima facie* case.

However, as it will appear below, I am not completely abandoning the *prima facie* case test referred to in *Kozak et ux. v. Dominion Insur. Corp. et al.*, [1972] 6 W.W.R. 741 (Man. Q.B.), at page 743.

I referred earlier to the *Einarsson* case and the Court of Appeal's paraphrasing, at page 87 of the requirement that:

... the applicant must prove by evidence that he has a cause of action which, subject to any defence that may be raised, has a reasonable chance of success.

This concept was built upon by the Manitoba Court of Appeal in *J. (A.) v. Cairnie Estate*, [1993] 6 W.W.R. 305, at page 317:

The motions court judge was quite correct in concluding that the evidence presented failed to demonstrate a reasonable prospect of success as against the government staff psychiatrists. In this context, a "reasonable chance of success" means more than simply disclosing a cause of action sufficient to successfully resist an application to strike out the statement of claim. The applicant must, in an application under Pt.II of the Act, "establish the cause of action in which the action is to be or was founded apart from any defence based on a provision of this Act" [s. 15(2)]. It must be shown that there is something to the case so that if sent on to trial there is some realistic prospect that the action will succeed: ...

délai de prescription. Toutefois, dès qu'elles ont découvert les faits pertinents, elles ont agi dans le délai de douze mois, sans aucun retard inexplicable ou déraisonnable.

Il en va de même de chacune des huit requérantes.

Donc, pour peu qu'elles réussissent à établir une cause d'action, les requérantes ont droit à une prolongation de délai en vertu de la *Loi sur la prescription*, car elles n'auraient pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, découvrir le fait que Revenu Canada avait reçu, lu et détruit un message pertinent.

III. Établissement d'une cause d'action

L'obligation, incombant au requérant aux termes du paragraphe 15(2) de la *Loi sur la prescription*, d'établir la cause d'action, ne consiste pas à simplement produire une preuve suffisante à première vue.

Toutefois, comme il apparaîtra plus loin, je n'abandonne pas complètement le critère de la preuve suffisante à première vue évoqué dans la décision *Kozak et ux. v. Dominion Insur. Corp. et al.*, [1972] 6 W.W.R. 741 (B.R. Man.), à la page 743.

J'ai déjà parlé de l'arrêt *Einarsson* et de la façon dont la Cour d'appel a reformulé, à la page 87 l'exigence selon laquelle:

[TRADUCTION] ... le requérant doit produire une preuve établissant qu'il a une cause d'action qui, sous réserve de tout moyen de défense pouvant être invoqué, lui offre des possibilités raisonnables de succès.

Ce principe a été développé par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *J. (A.) v. Cairnie Estate*, [1993] 6 W.W.R. 305, à la page 317:

[TRADUCTION] Le juge de la cour des requêtes a eu tout à fait raison de conclure que la preuve produite ne permettait pas d'établir une chance raisonnable de succès contre les psychiatres fonctionnaires. Dans ce contexte, avoir des «possibilités raisonnables de succès» ne veut pas dire simplement établir une cause d'action qui soit suffisante pour contester avec succès une demande de radiation de la déclaration. En effet, le requérant qui présente une demande en vertu de la partie II de la Loi doit «établir la cause d'action, à l'exclusion de toute défense s'appuyant sur une disposition de la présente loi» [par. 15(2)]. Il lui faut démontrer que la preuve est assez solide pour que, si le litige était poursuivi jusqu'au stade de l'instruction, il existe des chances réalistes que l'action soit accueillie ...

More recently the Manitoba Court of Appeal acknowledged the test as set out in *Einarsson*, that the claim must be “based upon a cause of action with a reasonable chance of success.”: *H. (I.) v. Isaac*, *supra*, at page 383.

The *Einarsson* and *H. (I.)* cases and the *Cairnie Estate* case, with its realistic prospect test, put a heavy evidentiary burden on the applicant. However one must not lose sight of the *prima facie* case test which does have some relevance in this present instance. The sixth edition of *Black's Law Dictionary* notes that [at page 1190]:

... courts use “*prima facie*” to mean not only that plaintiff's evidence would reasonably allow conclusion plaintiff seeks, but also that plaintiff's evidence compels such a conclusion if the defendant produces no evidence to rebut it.

This is an elaboration on the proposition that evidence in support of an allegation will stand unless it is displaced. In the present instance the respondents have produced no evidence and therefore, to the extent that the applicants' evidence is admissible, I may accept it.

To begin, counsel for the respondents says that the Crown had no duty to inform the applicants and thus there is no cause of action.

It may be, notwithstanding the “Declaration of Taxpayer Rights”, which appears in the applicant's affidavit material and which appears to be a Revenue Canada Taxation hand-out, that the common law imposes no duty on Revenue Canada officials and employees to bind up the wounds of a bleeding taxpayer. However the vulnerability of public officials has increased over the years.

At one end of the scale is a good faith approach to tort liability of government. As Lewis Klar, on *Tort Law*, puts it, at page 198:

The *Anns* and *Kamloops* judgments have produced the following approach. If there is a relationship of proximity between a public authority defendant and a plaintiff, there will be a duty of care with respect to negligent acts or decisions

Plus récemment, la Cour d'appel du Manitoba a reconnu que le critère applicable est celui énoncé dans l'arrêt *Einarsson*, à savoir que la demande doit [TRADUCTION] «reposer sur une cause d'action qui offre des possibilités raisonnables de succès»: *H. (I.) v. Isaac*, précité, à la page 383.

Les arrêts *Einarsson* et *H. (I.)* ainsi que l'arrêt *Cairnie Estate*, qui pose le critère des chances réalistes, imposent à la partie requérante une lourde charge en matière de preuve. Il ne faut cependant pas perdre de vue le critère de la preuve suffisante à première vue, qui a quand même une certaine pertinence en l'espèce. Dans la sixième édition de *Black's Law Dictionary*, on peut lire ce qui suit [à la page 1190]:

[TRADUCTION] ... au sens où l'entendent les tribunaux, le terme «*prima facie*» veut dire non seulement que la preuve du demandeur permettrait d'arriver raisonnablement à la conclusion que recherche ce dernier, mais aussi que cette preuve, si le défendeur n'en produit lui-même aucune pour la réfuter, commande cette conclusion.

Voilà qui précise davantage la proposition selon laquelle la preuve présentée à l'appui d'une allévation sera retenue tant qu'elle n'aura pas été réfutée. En l'espèce, les intimées n'ont produit aucune preuve, si bien que je peux accepter celle des requérantes, pour autant qu'elle soit admissible.

Au départ, l'avocat des intimées déclare que Sa Majesté n'avait aucune obligation d'informer les requérantes, de sorte qu'aucune cause d'action n'a pris naissance.

Or, il se peut que, malgré la «Déclaration des droits du contribuable», dont la version anglaise est jointe aux affidavits des requérantes et qui semble émaner de Revenu Canada (Impôt), les fonctionnaires de Revenu Canada ne soient pas tenus de par la common law de porter secours aux contribuables lésés. L'obligation pouvant incomber aux fonctionnaires en général s'est toutefois alourdie au fil des ans.

À un bout de l'échelle se trouve l'appréciation de la responsabilité délictuelle de l'État en fonction de la bonne foi. Comme le dit Lewis Klar dans *Tort Law*, à la page 198:

[TRADUCTION] Les décisions *Anns* et *Kamloops* ont amené l'approche suivante. S'il existe un lien étroit entre un organe public défendeur et un demandeur, il y aura obligation de prudence relativement aux décisions ou actes négligents n'ayant

which do not involve the legitimate exercise of political discretion. Clearly, carelessness in implementing policy will arouse the duty of care. Legitimate policy decisions will not, however, as long as they are exercised in good faith. Although this has not been clearly defined, there will come a point where, because of corruption, bad faith, or extreme lack of care, a private duty of care will be imposed.

At the other end of the scale from operational negligence are abuses of power and malfeasance. Somewhere on this scale could well lie Revenue Canada in this instance: had an official in the Manitoba office merely posted or filed the INET message, said nothing, but answered questions on point, I might be inclined to agree with the respondents' submissions. However, having read and destroyed a message, which was topical and pertinent, there would be a cause of action and the respondents might be held liable assuming that the applicants can prove the case they outline in their material.

Counsel have different views whether, on the material presented by the applicants, the action has a reasonable chance of success. I must therefore look to the elements needed for a cause of action in negligence:

1. A recognized duty to measure up to a standard of conduct to protect others against unreasonable risks;
2. A breach of the duty, that is the negligence;
3. Injury resulting to the interests of the applicants; and
4. A reasonable connection or proximity between the conduct of the defendant and the injury.

I have no evidence, on the part of the respondents, that the applicants brought their misfortune on themselves and therefore do not have to consider the usual final element of contribution or voluntary assumption of risk.

rien à voir avec l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière politique. De toute évidence, la négligence dans l'application de la politique en question fera entrer en jeu l'obligation de prudence. Il n'en sera toutefois pas ainsi des décisions légitimes touchant l'ordre public, pourvu que celles-ci soient prises de bonne foi. Passé un certain point, qui n'a cependant pas encore été clairement défini, la corruption, la mauvaise foi ou l'extrême négligence auront pour conséquence qu'on sera assujéti à la norme de prudence propre au secteur privé.

À l'opposé de la négligence opérationnelle sont les abus de pouvoir et les actes illégaux. Or, il se peut bien que les actes de Revenu Canada en l'espèce puissent se placer entre ces deux extrêmes. Si un fonctionnaire au bureau de Manitoba s'était contenté d'afficher le message INET ou de le classer, sans rien dire, si ce n'est pour répondre aux questions pertinentes, je serais porté à retenir les arguments des intimés. Toutefois, comme un message éminemment pertinent a été lu et détruit, une cause d'action existe et les intimés pourraient être jugés responsables, à supposer que les requérantes soient en mesure de prouver ce qu'elles avancent dans les documents qu'elles ont produits.

Les avis des avocats divergent sur la question de savoir si, d'après les documents produits par les requérantes, l'action offre des possibilités raisonnables de succès. Force m'est donc d'examiner les éléments requis pour fonder une cause d'action sur la négligence:

1. L'existence d'une obligation reconnue de satisfaire à une norme de conduite afin de protéger autrui contre des risques déraisonnables;
2. Le manquement à cette obligation, c'est-à-dire la négligence;
3. Un préjudice qui en découle pour les intérêts des requérantes;
4. Un lien raisonnable entre la conduite de la partie défenderesse et le préjudice.

Or, les intimés ne m'ont présenté aucun élément de preuve établissant que les requérantes sont les auteurs de leur propre malheur. Par conséquent, je n'ai pas à prendre en considération ce qui serait normalement le dernier élément, à savoir la négligence concourante ou l'acceptation volontaire du risque.

A. Duty and Breach of Duty

As set out above there is a duty on public officials in certain circumstances.

If Revenue Canada in Manitoba had received the INET message and had done nothing, even knowing, as they must have, that it was of interest both to Manitoba cabinet makers specifically and to the Manitoba economy generally, that would have been deplorable, but it might have been safe. However, by their own admission, those officials destroyed the message.

It is the destruction which gives a cause of action somewhere on a continuum between a bad decision of an operational negligence sort, where actions were apparently taken without due care and something that was actively done and which it might be argued borders on abuse or malfeasance.

This is not to say that the respondents have been negligent, but certainly the applicants have a reasonable prospect of success, assuming that they can show material injury and proximate cause.

B. Material Injury

It was argued, but I think not strenuously, that denial of the determined value tax calculation procedure, of itself, does not show that the applicants have suffered a loss.

In the affidavit material the applicants set out the amounts of tax which they believe they would have saved if they had been allowed the one-third reduction in taxes which they understand the determined value method would have allowed. Counsel for the respondents questions how the applicants know that they would be entitled to that deduction.

It is clear, however, from the evidence, even if one discounts affidavit assertions that the applicants were denied a "lawful 33 and 1/3 percent . . . deduction," that there was a denial of a method of tax calculation, as a finding of fact by the Canadian International Trade Tribunal:

A. L'obligation et le manquement à celle-ci

Comme il a été indiqué ci-dessus, une obligation incombe aux fonctionnaires dans certaines circonstances.

Si Revenu Canada au Manitoba avait reçu le message INET et n'avait rien fait, même sachant, comme on a dû le savoir, que ce message intéressait les fabricants d'armoires du Manitoba en particulier et l'économie manitobaine en général, c'eût été une conduite déplorable, mais qui n'aurait peut-être pas donné lieu à une action en justice. Mais, de leur propre aveu, les fonctionnaires de Revenu Canada ont détruit le message.

C'est précisément la destruction qui fait naître une cause d'action se situant entre une mauvaise décision participant de la négligence opérationnelle où des mesures auraient été prises, sans diligence raisonnable, et un acte effectivement accompli, dont on pourrait soutenir qu'il confine à l'abus ou à l'illégalité.

Cela ne veut pas dire que les intimés se sont montrés négligents, mais les requérantes ont assurément des chances raisonnables de succès, à supposer qu'elles puissent établir un préjudice matériel et l'existence d'une cause immédiate.

f B. Le préjudice matériel

On a soutenu, sans toutefois trop insister, me semble-t-il, que le fait de refuser aux requérantes la possibilité de calculer la taxe de vente selon la méthode de la valeur déterminée ne suffit pas en soi pour établir qu'elles ont subi une perte.

Dans leurs affidavits, les requérantes indiquent ce qu'elles auraient économisé si elles s'étaient vu accorder l'abattement d'un tiers sur la taxe qui, croient-elles, aurait résulté de la méthode de la valeur déterminée. L'avocat des intimés se demande, de son côté, comment les requérantes peuvent savoir qu'elles auraient eu droit à cet abattement.

Cependant, il ressort nettement de la preuve que, même si l'on écarte les assertions faites dans les affidavits, selon lesquelles un [TRADUCTION] «abattement légitime de 33 1/3 pour 100» a été refusé aux requérantes, le Tribunal canadien du commerce extérieur a tiré comme conclusion de fait que la possibilité d'uti-

The evidence before the Tribunal clearly establishes that the kitchen industry throughout Canada was entitled, under departmental policy, to calculate its sales tax liability in accordance with ruling card 3700/107-1 between April 23, 1985, and March 16, 1989. . . . The result would appear to have been an inequitable and unjustifiable application of departmental policy to the industry in one region of the country. (*Seine River Cabinets Ltd. v. M.N.R.* (1992), 5 TCT 1122, at pp. 1123-1124.)

The applicants have satisfied me that they have suffered a loss by being denied a tax calculation method which was used in the rest of Canada.

C. Causation

There are a number of ways in which this area has been analyzed to determine whether a defendant might be liable, assuming duty, breach of duty and injury. In this instance one need go only to the reasonable foreseeability test.

Much of the background is set out in the affidavit of Zvi Gitter, who appears to have spearheaded the present cooperative approach by a number of cabinet makers, notwithstanding they are in competition with each other.

The factual material set out in the reasons for judgment of March 2, 1992, of the Canadian International Trade Tribunal, attached to Mr. Gitter's affidavit, sets out a chronology in 1985 and 1986 indicative of a fair degree of activity concerning the taxation of cabinet makers.

Revenue Canada, in Manitoba, could easily foresee destruction of the particular INET message, on which the intended actions are to be based, would necessitate Manitoba cabinet makers calculating their tax at a higher rate. As a result all cabinet makers in Manitoba would pay more taxes and be at a competitive disadvantage.

It is easily foreseeable that putting discovery of legitimate tax relief beyond the applicants would result in harm to cabinet makers paying tax during the relevant time.

liser une méthode particulière de calcul de la taxe leur a bel et bien été refusée:

Il ressort clairement des éléments de preuve déposés auprès du Tribunal que toute l'industrie canadienne des armoires de cuisine avait le droit, aux termes de la politique de Revenu Canada, de calculer son obligation fiscale conformément à la fiche de décision 3700/107-1 du 23 avril 1985 au 16 mars 1989 . . . Cette erreur semble avoir eu pour résultat une application inéquitable et injustifiable de la politique ministérielle à l'industrie d'une région du pays. (*Seine River Cabinets Ltd. c. M.R.N.* (1992), 5 TCT 1122, aux pages 1123 et 1124.)

Les requérantes m'ont convaincu qu'elles ont subi une perte du fait que leur a été refusée la possibilité de se servir d'une méthode de calcul de la taxe qui s'employait partout ailleurs au Canada.

C. La causalité

Il y a plusieurs façons dont la question de la causalité a été analysée afin de déterminer si un défendeur peut être jugé responsable dans un cas où il y a obligation, manquement à l'obligation et préjudice. En l'espèce, cependant, on peut s'en tenir au critère de la prévisibilité raisonnable.

L'historique de l'affaire se trouve en grande partie exposé dans l'affidavit de Zvi Gitter, qui semble avoir pris l'initiative d'inciter plusieurs fabricants d'armoires à faire cause commune en l'espèce, bien qu'ils soient concurrents.

Les faits énoncés dans les motifs (annexés à l'affidavit de M. Gitter) de la décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur le 2 mars 1992 font état, pour les années 1985 et 1986, d'une assez grande activité en ce qui concerne la taxation des fabricants d'armoires.

Revenu Canada au Manitoba pouvait facilement prévoir que la destruction du message INET, sur laquelle repose les actions que souhaitent tenter les requérantes, contraindrait les fabricants d'armoires au Manitoba à calculer leur taxe à un taux plus élevé. Tous ces fabricants auraient en conséquence à verser davantage au fisc, ce qui les désavantagerait par rapport à leurs concurrents.

Il était facilement prévisible que, n'étant pas mis au courant d'un abattement fiscal légitime, les fabricants d'armoires qui acquittaient la taxe au cours de la période en cause en subiraient un préjudice.

CONCLUSIONS

Section 81 of the *Excise Tax Act* is a complete bar to the plaintiffs' amendment of the statements of claim in *Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd.*, T-1557-92 ^a and in the three similar existing actions, *Kliwer's Cabinets Ltd.*, T-1331-91; *Artec Design Inc.*, T-1556-92 and *Seine River Cabinets Ltd.*, T-1555-92. The applications in these actions are dismissed with costs to the defendant.

The applicants in *Elgin Cabinet Incorporated* and the seven other similar motions, for an extension within which to commence actions, have the burden of coming clearly within the requirements for extension of limitation period under the *Limitation of Actions Act*. ^c

They have not been able to do so in the case of the intended claims against either the Minister and former Ministers of National Revenue or the named employees of Revenue Canada. However the Crown can be liable for the neglect of its servants and employees. ^e

I have spent considerable time reading and re-reading the substantial affidavit material filed on these eight applications. Some portions of those affidavits are not admissible and I have disregarded those portions. Other portions are suspect and I have given them less weight. However, all things considered, the applicants have satisfied the onus on them under the *Limitation of Actions Act*. ^f

The applicants have shown that the applications have been timely, given that time runs from the knowledge of the destruction of the Revenue Canada INET message. Where necessary the applicants have satisfactorily explained a delay of some months in bringing the present applications and in any event there is no prejudice. ^g

It appears to me that the applicants, on a cause of action based on the destruction of the INET message, ^j

CONCLUSIONS

L'article 81 de la *Loi sur la taxe d'accise* empêche les demanderesse de modifier leur déclaration dans les affaires *Imperial Cabinet (1980) Co. Ltd.*, T-1557-92, ainsi que dans les trois affaires analogues, à savoir: *Kliwer's Cabinets Ltd.*, T-1331-91; *Artec Design Inc.*, T-1556-92 et *Seine River Cabinets Ltd.*, T-1555-92. Les demandes dans le cadre de ces actions sont rejetées et les dépens sont adjugés à la défenderesse. ^b

En ce qui concerne les requérantes dans l'affaire *Elgin Cabinet Incorporated* et dans les sept autres affaires dans lesquelles ont été présentées des requêtes analogues en prolongation du délai pour intenter une action, il leur incombe de prouver qu'elles satisfont aux exigences que pose la *Loi sur la prescription*. ^d

Voilà ce qu'elles ne sont pas parvenues à faire dans le cas des réclamations qu'elles souhaitent présenter contre le ministre actuel et les anciens ministres du Revenu national ou les employés nommément désignés de Revenu Canada. La Couronne peut toutefois être tenue responsable de la négligence de ses préposés et employés. ^e

J'ai consacré beaucoup de temps à la lecture et à la relecture de la volumineuse preuve sous forme d'affidavits produite à l'appui des huit demandes en question. Certaines parties de ces affidavits sont inadmissibles et je n'en ai donc pas tenu compte. D'autres parties sont suspectes, de sorte que je leur ai accordé un poids moindre. Mais, à tout prendre, les requérantes se sont acquittées de la charge que leur impose la *Loi sur la prescription*. ^f

Elles ont en effet démontré que les demandes ont été présentées en temps utile, étant donné que le délai courait à partir du moment où elles ont eu connaissance de la destruction du message INET de Revenu Canada. Là où il le fallait, les requérantes ont expliqué de façon satisfaisante pourquoi elles ont laissé écouler plusieurs mois avant de présenter les demandes en question, et de toute façon, ce retard n'a occasionné aucun préjudice. ^g

Il me semble que les requérantes, si elles invoquent comme cause d'action la destruction du message ^j

have a cause of action with a reasonable and realistic prospect of success.

The applicants come clearly within several of the material facts set out in subsection 20(2) in that within the last twelve months they have discovered an act on the part of Revenue Canada, namely the destruction of the INET message, which had led to them suffering damages.

The applicants have satisfied me that they meet the requirements of subsection 20(3) of the *Limitation of Actions Act* in that the material facts which they have discovered in the last twelve months are perhaps facts which a tax consultant and former employee might happen upon, with some prior knowledge, but not facts which a cabinet maker, exercising due diligence, would reasonably have either looked for or found.

I have therefore granted an extension of time, pursuant to subsection 14(1) of the *Limitation of Actions Act*, so that the applicants may file a statement of claim against Her Majesty the Queen in right of Canada, on the terms set out in the proposed statements of claim attached to the affidavits in support of the motions in the eight applications to begin actions, with all reasonable necessary changes made to those drafts to reflect that there is no extension of time to proceed against the balance of the proposed defendants.

The statements of claim must be filed by September 2, 1994.

Costs shall be in the cause.

INET, ont des chances raisonnables et réalistes d'obtenir gain de cause.

Visiblement, plusieurs des faits pertinents énumérés au paragraphe 20(2) existent dans le cas des requérantes en ce sens qu'au cours des douze derniers mois, elles ont découvert un acte accompli par Revenu Canada, à savoir la destruction du message INET, qui leur a fait subir des dommages.

Les requérantes m'ont convaincu qu'elles satisfont aux exigences du paragraphe 20(3) de la *Loi sur la prescription*, puisque les faits pertinents qu'elles ont découverts au cours des douze derniers mois sont peut-être de ceux sur lesquels aurait pu tomber un fiscaliste-conseil qui a été employé de Revenu Canada et qui possédait déjà certaines connaissances relatives à ces faits. Ce ne sont cependant pas des faits qu'un fabricant d'armoires, faisant preuve de diligence raisonnable, aurait pu raisonnablement connaître ou découvrir.

J'ai en conséquence accordé la prolongation du délai en vertu du paragraphe 14(1) de la *Loi sur la prescription*, de sorte que les requérantes peuvent déposer une déclaration contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Sauf les changements raisonnables qui s'imposent pour tenir compte du fait qu'il n'est accordé aucune prolongation du délai pour actionner le reste des défendeurs proposés, cette déclaration reprendra les termes énoncés dans les projets de déclarations joints aux affidavits produits à l'appui des huit demandes d'autorisation d'intenter une action.

Les déclarations doivent être déposées au plus tard le 2 septembre 1994.

Les dépens suivront l'issue de la cause.

IMM-1531-93

IMM-1531-93

Hooshang Attar Jafari (Applicant)**Hooshang Attar Jafari (requérant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: JAFARI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: JAFARI c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Nadon J.—Toronto, March 28; Québec, August 18; Ottawa, August 22, 1994.

Section de première instance, juge Nadon—Toronto, 28 mars; Québec, 18 août; Ottawa, 22 août 1994.

Citizenship and immigration — Status in Canada — Convention refugees — Refugee Claimants Designated Class Regulations exempting backlog claimants from full refugee status determination hearing provided determined to have credible basis for claim, exclusionary criteria not met — S. 3(2)(f) excluding those leaving Canada after coming into force of Regulations, and remaining outside Canada for more than seven days — S. 3(2)(f) ultra vires as based predominantly on irrelevant factors — Governor in Council's regulation-making power subject to Immigration Act, s. 6(2); composition of such classes must be in accordance with Canada's humanitarian tradition toward displaced, persecuted — Exclusion from backlog merely for leaving Canada for more than seven days inconsistent with purpose of legislation.

c Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion — L'art. 3(2)(f) exclut les personnes qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours — L'art. 3(2)(f) est ultra vires pour le motif qu'il est principalement fondé sur des facteurs non pertinents — Le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est assujéti à l'art. 6(2) de la Loi sur l'immigration: la composition de pareilles catégories doit être conforme à la tradition humanitaire du Canada envers les personnes déplacées et persécutées — L'exclusion d'une personne de l'arriéré simplement parce qu'elle a quitté le Canada pendant plus de sept jours est incompatible avec le but de la loi.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Refugee Claimants Designated Class Regulations exempting backlog claimants from full refugee status determination hearing provided determined to have credible basis for claim, exclusionary criteria not met — S. 3(2)(f) excluding those leaving Canada after coming into force of Regulations, and remaining outside Canada for more than seven days — S. 3(2)(f) not violating Charter, s. 7 — Subjecting claimant to regular refugee determination process, in accordance with fundamental justice, not infringing security of person.

g Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion — L'art. 3(2)(f) exclut les personnes qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours — L'art. 3(2)(f) ne viole pas l'art. 7 de la Charte — Le fait d'assujettir le demandeur de statut à la procédure normale de détermination du statut de réfugié, conformément à la justice fondamentale, ne viole pas la sécurité de la personne.

i Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Refugee Claimants Designated Class Regulations exempting backlog claimants from full refugee status determination hearing provided determined to have credible basis for claim, exclusionary criteria not met — S. 3(2)(f) excluding those leaving Canada after coming into force of Regulations, and remaining outside Canada for more than seven days — Applicant alleging discrimination against persons without citizen-

j Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion — L'art. 3(2)(f) exclut les per-

ship — Neither “personal characteristic” nor “immutable personal characteristic” — Consequences of s. 3(2)(f) resulting from choice of backlog claimants to leave Canada for more than seven days — Whether applicant aware of paragraph 3(2)(f) irrelevant to whether effects of provision discriminatory.

This was an application for a declaration that paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* is *ultra vires* the *Immigration Act* or in violation of Charter, sections 7 and 15, and for an order of *mandamus* ordering the respondent and his officials to process and finalize the applicant's application for landing under the Regulations.

The applicant is a citizen of Iran who arrived in Canada in 1986 and immediately claimed Convention refugee status. His claim had not yet been processed when the *Immigration Act* was amended in 1989 and the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* promulgated thereunder. The Regulations exempted backlog claimants from a full refugee status determination hearing as long as they were determined to have a credible basis for their claim and certain exclusionary criteria were met, including paragraph 3(2)(f) (which provided that the Refugee Claimants Designated Class shall not include a person who left Canada after the coming into force of the Regulations and remained outside Canada for more than seven days). The applicant was in the United States for twelve days in July 1990. He was not aware of the seven-day rule for backlog claimants. In October 1991 he was advised that he was not a member of the refugee backlog because he had been out of Canada for more than seven days. In October 1992 the Minister conceded that applicant had a credible basis for his Convention refugee claim and a conditional exclusion order was issued.

Immigration Act, subsection 6(1) provides that any immigrant, including a Convention refugee, a member of the family class and an independent immigrant, may be granted landed immigrant status if he establishes that he meets the selection standards established by the regulations to determine whether an immigrant will be able to become successfully established in Canada. Subsection 6(2) provides that any member of a designated class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition, may be granted admission subject to the regulations. The applicant argued that section 6 enunciated two concurrent purposes that the Governor in Council must adhere to in exercising the regulation-making power under paragraph 114(1)(d) and (e): (1) to

sonnes qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours — Le requérant a allégué qu'il y avait discrimination contre des personnes qui n'ont pas la citoyenneté — Il ne s'agit ni d'une «caractéristique personnelle» ni d'une «caractéristique personnelle immuable» — Les effets de l'art. 3(2)f résultent du choix que font les demandeurs de statut qui font partie de l'arriéré de quitter le Canada pendant plus de sept jours — Que le requérant soit ou non au courant l'art. 3(2)f est sans rapport avec la question de savoir si les effets de la disposition étaient discriminatoires.

Il s'agissait d'une demande visant à obtenir une ordonnance déclarant que l'article 3(2)f du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié est *ultra vires* de la Loi sur l'immigration ou qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte, ainsi qu'un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé et à ses fonctionnaires de traiter et de trancher la demande de droit d'établissement du requérant conformément au Règlement.

Le requérant, de citoyenneté iranienne, est arrivé en 1986 au Canada, et il a immédiatement revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Sa revendication n'avait pas encore été traitée lorsque la Loi sur l'immigration a été modifiée, en 1989, et lorsque le Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié a été promulgué en vertu de la Loi. Le Règlement dispensait les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comportait un minimum de fondement et qu'ils ne fussent pas visés par certains critères d'exclusion, dont l'alinéa 3(2)f (prévoyant que les personnes qui avaient quitté le Canada après l'entrée en vigueur du Règlement et qui étaient demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours ne pouvaient pas faire partie de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié). En juillet 1990, le requérant était allé aux États-Unis pendant douze jours. Il n'était pas au courant de la règle des sept jours s'appliquant aux demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré. En octobre 1991, on l'a informé qu'il ne faisait pas partie de l'arriéré parce qu'il était demeuré hors du Canada pendant plus de sept jours. En octobre 1992, le ministre a reconnu que la revendication du requérant comportait un minimum de fondement, et une mesure d'exclusion conditionnelle a été prise.

Le paragraphe 6(1) de la Loi sur l'immigration prévoit que les immigrants, notamment les réfugiés au sens de la Convention, les parents et les immigrants indépendants, peuvent obtenir le droit d'établissement s'ils établissent qu'ils satisfont aux normes réglementaires de sélection visant à déterminer l'aptitude des immigrants à réussir leur installation au Canada. Le paragraphe 6(2) prévoit que les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible dont l'admission serait en conformité avec la tradition humanitaire suivie par le Canada peuvent être admises, sous réserve des règlements. Le requérant a fait valoir que l'article 6 énonçait deux fins concurrentes que le gouverneur en conseil était tenu de respecter lorsqu'il exerçait le pouvoir de réglementation que lui conféraient les alinéas

adhere to Canada's humanitarian tradition toward the displaced and persecuted, and (2) to define selection criteria for admission which should be based on considerations such as family relationships, education, language, skill for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada. The applicant submitted that exclusion of a claimant from the backlog on the basis of an absence from Canada of eight or more days bore no connection to these purposes.

The applicant also submitted that paragraph 3(2)(f) violates his right to security of the person in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice by denying him the benefit created by the Backlog Regulations for pre-January 1, 1989 refugee claimants of being able to seek landing, as opposed to being required to undergo a full Refugee Division hearing after having been found to have a credible basis. To deny this benefit merely because a claimant has left Canada for more than seven days, without examining the reasons for the absence, violates the claimant's right to security of the person in a manner that is not consistent with the principles of fundamental justice.

Finally, the applicant argued that not allowing members of the backlog group to leave Canada for more than seven days amounts to discrimination, contrary to Charter, section 15. The applicant submitted that persons without citizenship are a discrete and insular minority for the purposes of section 15, such that different treatment on that ground alone constitutes discrimination.

Held, the application should be granted in part.

Paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* is *ultra vires* the *Immigration Act*.

Paragraph 3(2)(f) serves no purpose in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and persecuted. Paragraph 3(2)(f) is *ultra vires* the Governor in Council as it is "based entirely or predominantly on irrelevant factors". The Governor in Council enjoys a broad power to create regulations exempting "classes" for the purposes of subsection 6(2), subject to the caveat in subsection 6(2), that the composition of such classes must be in accordance with Canada's humanitarian tradition toward the displaced and the persecuted. To exclude people from the backlog group merely for leaving Canada for more than seven days, regardless of reason for departure, is not consistent with this stated purpose for which exempted classes are to be created.

Neither Charter, section 7 nor 15 were violated. Merely subjecting the claimant to the regular refugee determination process, which will be in accordance with fundamental justice, does not constitute an infringement of his right to security of the person. All of the bases of discrimination listed in section

114(1)d) et e): (1) se conformer à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées; et (2) établir, aux fins de l'admission, des critères de sélection fondés sur des facteurs tels que la parenté, l'instruction, la langue, la compétence, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada. Le requérant a soutenu que l'exclusion du groupe de l'arriéré d'un demandeur du statut de réfugié qui s'est absentée du Canada pendant huit jours ou plus n'avait aucun rapport avec ces fins.

Le requérant a également soutenu que l'alinéa 3(2)f) violait le droit à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'était pas en conformité avec les principes de justice fondamentale en lui niant l'avantage accordé par le Règlement sur l'arriéré à ceux qui avaient revendiqué le statut de réfugié avant le 1^{er} janvier 1989 en leur donnant la possibilité de demander le droit d'établissement, au lieu d'avoir à se soumettre à une audition complète devant la section du statut, après qu'il a été jugé que leur revendication comportait un minimum de fondement. En privant un demandeur du statut de réfugié de cet avantage simplement parce qu'il a quitté le Canada pendant plus de sept jours, sans examiner les raisons de son absence, on viole le droit de celui-ci à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Enfin, le requérant a soutenu que le fait de ne pas permettre aux demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de quitter le Canada pendant plus de sept jours constitue de la discrimination interdite par l'article 15 de la Charte. Le requérant a soutenu que les gens qui n'ont pas la citoyenneté forment une minorité discrète et isolée pour l'application de l'article 15 et que, par conséquent, la distinction de traitement fondée uniquement sur ce motif constitue de la discrimination.

Jugement: la demande devrait être accueillie en partie.

L'alinéa 3(2)f) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* est *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration*.

L'alinéa 3(2)f) ne cite aucun but qui soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. L'alinéa 3(2)f) excède les pouvoirs du gouverneur en conseil puisqu'il est «fondé entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents». Le gouverneur en conseil jouit d'un pouvoir étendu de prendre des règlements, pour l'application du paragraphe 6(2), accordant une dispense à certaines «catégories» à la condition, énoncée dans le paragraphe 6(2), que la composition de ces catégories soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. L'exclusion de certaines personnes du groupe de l'arriéré simplement parce qu'elles ont quitté le Canada pendant plus de sept jours, et ce, sans égard au motif de leur absence, n'est pas conforme au but déclaré de la création des catégories exemptées.

Ni l'article 7 ni l'article 15 de la Charte n'ont été violés. Le simple fait d'assujettir l'intéressé à la procédure normale de détermination du statut de réfugié, procédure qui est en conformité avec les principes de justice fondamentale, ne constitue pas une violation de son droit à la sécurité de sa personne. Tous

15, except for religion, are personal characteristics of individuals that are immutable. The differential treatment alleged by the applicant resulted neither from a "personal characteristic" nor from an "immutable personal characteristic". The consequences of paragraph 3(2)(f) result from the choice of backlog claimants to leave Canada for a period of more than seven days. Whether the applicant was aware of paragraph 3(2)(f) was irrelevant in determining whether the effects of the provision were discriminatory.

Subsection 6(1) of the Act speaks to granting landing to immigrants and not to admission. It would be wrong to require the content of the backlog regulations which, according to subsection 6(2), govern the mere admission of claimants, to necessarily be consistent with the selection criteria listed under paragraph 114(1)(a).

The following questions were certified, pursuant to *Immigration Act*, subsection 83(1), as serious questions of general importance: (1) is paragraph 3(2)(f) *ultra vires* the statutory regulatory powers of the Governor in Council under *Immigration Act*, section 114? and (2) is paragraph 3(2)(f) contrary to Charter, sections 7 or 15?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28.

Canada Agricultural Products Standards Act, R.S.C. 1970, c. A-8, s. 8.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.

Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19.

Canadian Citizenship Regulations, SOR/68-404, s. 19(1)(b).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 6 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 3), 83(1) (as am. *idem*, s. 73), 114(1) (as am. *idem*, s. 102).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 115(b).

Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 8(1).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) (as am. by SOR/84-140, s. 1).

Pacific Pilotage Regulations, SOR/73-82, ss. 9(2)(a), 10(1)(a).

Pilotage Act, S.C. 1970-71-72, c. 52, s. 14.

Produce Licensing Regulations, SOR/67-605.

Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, s. 3(2)(f) (as am. by SOR/92-722, s. 1).

les motifs de discrimination énumérés à l'article 15, à l'exception de la religion, sont des caractéristiques personnelles qui sont immuables chez les individus. La distinction de traitement qui était alléguée par le requérant ne résultait ni d'une «caractéristique personnelle» ni d'une «caractéristique personnelle immuable» qui lui appartenait. Les conséquences de l'alinéa 3(2)(f) résultent du choix des demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de quitter le Canada pendant plus de sept jours. La question de savoir si le requérant était ou non au courant de l'alinéa 3(2)(f) est sans rapport avec la question de savoir si les effets de cette disposition étaient discriminatoires.

Le paragraphe 6(1) de la Loi parle d'accorder aux immigrants le droit d'établissement, et non l'admission. Il ne serait pas exact d'exiger que la teneur du règlement sur l'arriéré, qui, selon le paragraphe 6(2), régit simplement l'admission des demandeurs du statut de réfugié, soit nécessairement compatible avec les critères de sélection énoncés à l'alinéa 114(1)(a).

Les questions suivantes ont été certifiées, conformément au paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, à titre de questions graves de portée générale: (1) L'alinéa 3(2)(f) est-il *ultra vires* des pouvoirs de réglementation que l'article 114 de la *Loi sur l'immigration* confère au gouverneur en conseil? et (2) L'alinéa 3(2)(f) viole-t-il les articles 7 et 15 de la Charte?

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.

Loi de 1976 sur l'immigration, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 115(b).

Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28.

Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19.

Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, ch. I-3, art. 8(1).

Loi sur le pilotage, S.C. 1970-71-72, ch. 52, art. 14.

Loi sur les normes des produits agricoles du Canada, S.R.C. 1970, ch. A-8, art. 8.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 6 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 3), 83(1) (mod., *idem*, art. 73), 114(1) (mod., *idem*, art. 102).

Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 3(2)(f) (mod. par DORS/92-722, art. 1).

Règlement sur la citoyenneté canadienne, DORS/68-404, art. 19(1)(b).

Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique, DORS/73-82, art. 9(2)(a), 10(1)(a).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 4(3) (mod. par DORS/84-140, art. 1).

Règlement sur l'octroi de permis pour le commerce des produits, DORS/67-605.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Dhami v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 161; 107 N.R. 95 (F.C.A.); *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; *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.).

CONSIDERED:

Ulin v. The Queen, [1973] F.C. 319; (1973), 35 D.L.R. (3d) 738 (T.D.); *Re Cardona and Minister of Manpower And Immigration* (1978), 89 D.L.R. (3d) 77 (F.C.A.); *Steve Dart Co. v. Board of Arbitration (Produce Licensing Regulations)*, [1974] 2 F.C. 215; (1974), 46 D.L.R. (3d) 745 (T.D.); *Pacific Pilotage Authority v. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 F.C. 54; (1979), 104 D.L.R. (3d) 364; 28 N.R. 451 (C.A.); *Horbas v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 359; (1985), 22 D.L.R. (4th) 600 (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.

REFERRED TO:

Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPLICATION for a declaration that *Refugee Claimants Designated Class Regulations*, paragraph

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Dhami c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 161; 107 N.R. 95 (C.A.F.); *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; *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Ulin c. La Reine, [1973] C.F. 319; (1973), 35 D.L.R. (3d) 738 (1^{re} inst.); *Re Cardona et Ministre de la Main-d'œuvre et de l'immigration* (1978), 89 D.L.R. (3d) 77 (C.A.F.); *Steve Dart Co. c. Commission d'arbitrage (Règlement sur l'octroi de permis pour le commerce de produits)*, [1974] 2 C.F. 215; (1974), 46 D.L.R. (3d) 745 (1^{re} inst.); *L'Administration de pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 C.F. 54; (1979), 104 D.L.R. (3d) 364; 28 N.R. 451 (C.A.); *Horbas c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 359; (1985), 22 D.L.R. (4th) 600 (1^{re} 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.

DÉCISION CITÉE:

Brooks c. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

DEMANDE d'ordonnance déclarant que l'alinéa 3(2)f) du *Règlement sur la catégorie admissible de*

3(2)(f) is *ultra vires* the *Immigration Act* or in violation of Charter, sections 7 and 15, and for *mandamus* ordering the respondent to process an application for landing under the Regulations. Application allowed in part.

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicant.
Alice L. Abbott for respondent.

SOLICITORS:

Jackman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NADON J: This is an application for an order declaring paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40 [as am. by SOR/92-722, s. 1] (the "Regulations") to be of no force and effect as being *ultra vires* the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] or in violation of sections 7 and 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]] and for an order in the nature of *mandamus* ordering the respondent and his officials to process and finalize the applicant's application for landing in Canada under the Regulations.

The applicant is a citizen of Iran who arrived in Canada on November 16, 1986 and immediately made a claim for protection in Canada as a Convention refugee. The applicant never received an answer on his refugee claim prior to the amendment of the *Immigration Act* in 1989, and, as such, qualified as a backlog claimant under the Regulations, which were promulgated at that time [Dec. 21, 1989]. The Regulations in essence exempted backlog claimants from a full refugee status determination hearing as long as such claimants were determined to have a credible basis for their claim and certain exclusionary criteria

demandeurs du statut de réfugiés est ultra vires de la Loi sur l'immigration, ou qu'il viole les articles 7 et 15 de la Charte, et d'un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé de traiter une demande de droit d'établissement fondée sur le Règlement. Demande accueillie en partie.

AVOCATS:

Barbara L. Jackman pour le requérant.
Alice L. Abbott pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman & Associates, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE NADON: Il s'agit d'une demande visant à obtenir, d'une part, une ordonnance déclarant que l'alinéa 3(2)(f) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40 [mod. par DORS/92-722, art. 1] (le «Règlement»), est nul et non avenue du fait qu'il est *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] ou qu'il contrevient aux articles 7 et 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]] et, d'autre part, un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé et à ses fonctionnaires de traiter et de trancher la demande de droit d'établissement du requérant conformément au Règlement.

Le requérant, de citoyenneté iranienne, est arrivé le 16 novembre 1986 au Canada où il a immédiatement demandé la protection de notre pays à titre de réfugié au sens de la Convention. N'ayant pas reçu de réponse à sa revendication du statut de réfugié avant la modification de la *Loi sur l'immigration* en 1989, il a acquis de ce fait la qualité de demandeur du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré en vertu du Règlement qui a été pris à cette époque [21 déc. 1989]. Dans l'essentiel, ledit Règlement dispense les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de l'assujettissement à la procédure normale de

were not met. One such criterion, contained under paragraph 3(2)(f) of the Regulations, provides:

3. . . .

(2) The Refugee Claimants Designated Class shall not include a person who

(f) left Canada after the coming into force of these Regulations and remained outside Canada for more than seven days.

The applicant crossed into the United States at least twice—once in July of 1990 and once in August of the same year. According to the applicant, his decision to go to the U.S. was motivated by frustration with the lack of resolution of his case in Canada; he therefore wanted to see two of his uncles who were living in the U.S.

The July crossing, which is the source of controversy in this case, did not start well. Thinking that his Canadian Minister's permit was insufficient to allow him to visit the United States, the applicant walked across the Canada-U.S. border at an uncontrolled border crossing south of Montréal and was apprehended by the U.S. border patrol shortly thereafter. He was taken to a U.S. immigration office, where authorities made him post bail and surrender his Canadian Minister's permit. He was allowed to continue his voyage in the U.S, although he was required to report to U.S. authorities upon his return to Canada. It appears from the transcript of the applicant's examination that a specific appointment, to take place in Buffalo approximately 12 days later, had been set up from the immigration office at the point of entry. According to the applicant, he did not have a choice as to the date of the appointment. The applicant returned to Canada and entered at Niagara Falls approximately 12 days later. Although the applicant was no longer in possession of his Minister's permit, a computer check confirmed that he did have one and he was allowed to re-enter Canada. He was not apparently aware of the seven-day rule for backlog claimants, although a document entitled *The backlog clearance process* was publicly available. The first version of this pamphlet was published in

détermination du statut de réfugié à condition qu'il ait été déterminé que leur revendication comporte un minimum de fondement et qu'ils ne soient pas visés par certains critères d'exclusion prévus. L'un de ces critères est prévu par l'alinéa 3(2)f) du Règlement, dont voici le texte:

3. . . .

(2) Les personnes suivantes ne peuvent faire partie de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié:

f) celles qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du présent règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours.

Le requérant a traversé la frontière pour entrer aux États-Unis au moins deux fois, soit une fois en juillet 1990 et une autre fois en août de la même année. Selon lui, frustré par la lenteur du règlement de son cas au Canada, il a voulu aller voir deux de ses oncles qui vivaient aux États-Unis.

La visite de juillet, qui est à l'origine de la controverse en l'espèce, a mal commencé. Croyant que son permis ministériel n'était pas suffisant pour lui permettre d'aller aux États-Unis, il a traversé à pied la frontière canado-américaine à un endroit non contrôlé situé au sud de Montréal. Il a été appréhendé peu après par une patrouille frontalière américaine qui l'a emmené à un bureau d'immigration des États-Unis, où les autorités l'ont obligé à verser une caution et à leur remettre son permis ministériel canadien. On l'a autorisé à poursuivre son voyage aux États-Unis, mais il était tenu de se présenter aux autorités américaines à son retour au Canada. Il ressort de la transcription de l'interrogatoire du requérant que le bureau d'immigration au point d'entrée lui a fixé un rendez-vous précis, devant avoir lieu à Buffalo environ 12 jours plus tard. Selon le requérant, il n'avait pas le choix de la date du rendez-vous. Il est rentré au Canada par Niagara Falls environ 12 jours plus tard. Alors qu'il n'était plus en possession de son permis ministériel, on l'a quand même autorisé à rentrer au Canada après qu'un contrôle informatique eut confirmé qu'il était bien détenteur d'un tel permis. Apparemment, il n'était pas au courant de la règle des sept jours pour les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré, quoique le public ait pu se procurer un document intitulé *La procédure d'élimination*

January, 1990. Unfortunately, only the October 1990 version of the pamphlet was submitted by the respondent. It is not clear, therefore, whether the pamphlet that would have been available to the applicant specifically referred to the seven-day rule.

The applicant was called to attend a meeting at an office of Canada Immigration on October 4, 1991. He attended the meeting with a student-at-law from his counsel's office. At that time, the applicant was advised that he was not a member of the refugee backlog because he had been out of Canada for more than seven days and, as such, his file would be transferred to another office to determine whether or not there was a credible basis to his refugee claim. He was also advised that he was no longer eligible to work in Canada, although he kept working thereafter. It was decided not to take issue immediately with this decision, as it was judged preferable to wait to act until a credible basis had been found (i.e. if he had not been found to have a credible basis for his claim, it would not have mattered whether or not he was excluded from the backlog for having been out of Canada for longer than 7 days). Additionally, a letter was sent by the applicant's counsel on October 7, 1991, requesting that his file be transferred immediately to the immigration office dealing with regular refugee claims, so that it could be dealt with as soon as possible.

It was not until October 13, 1992 that further processing of the applicant's claim occurred. At that time, the Minister's representative conceded that the applicant was eligible to make a refugee claim in Canada and that there was a credible basis for his claim to be a Convention refugee. A conditional exclusion order was issued on this date as well.

Although the applicant's hearing was originally scheduled to be heard before the Refugee Division on December 14, 1992, it was adjourned for no apparent reason. The next scheduled hearing, which was to occur on February 16, 1993, was adjourned, this time, at the request of the applicant. No new hearing date has been scheduled to date.

de l'arriéré. La première version de cette brochure a été éditée en janvier 1990. Malheureusement, l'intimé a produit seulement la version d'octobre 1990. On ne sait donc pas exactement si la brochure que le requérant aurait pu se procurer mentionnait expressément ou non la règle des sept jours.

Le requérant a été convoqué à une réunion fixée au 4 octobre 1991 dans un bureau d'Immigration Canada. Il a assisté à la réunion en compagnie d'un étudiant en droit affecté par le cabinet de son avocate. On l'a alors informé qu'il ne faisait pas partie de l'arriéré parce qu'il était demeuré hors du Canada pendant plus de sept jours et que, par conséquent, son dossier serait transféré à un autre bureau qui serait chargé de déterminer si sa revendication du statut de réfugié avait un minimum de fondement. On l'a aussi informé qu'il n'était plus autorisé à travailler au Canada, mais il a continué de travailler par la suite. Il a décidé de ne pas contester immédiatement cette décision, car il jugeait préférable d'attendre pour agir que l'on ait conclu que sa revendication du statut de réfugié comportait un minimum de fondement (c'est-à-dire que si l'on avait conclu qu'elle n'en comportait pas, il importerait peu qu'il ait été exclu ou non de l'arriéré pour être demeuré hors du Canada pendant plus de sept jours). En outre, son avocate a envoyé une lettre le 7 octobre 1990 demandant qu'on transfère immédiatement son dossier au bureau d'immigration chargé de la procédure normale de détermination du statut de réfugié pour être traité le plus tôt possible.

Ce n'est que le 13 octobre 1992 que le traitement de la revendication du statut de réfugié du requérant s'est poursuivi. Le représentant du ministre a alors reconnu que le requérant était admis à revendiquer le statut de réfugié au Canada et que sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention comportait un minimum de fondement. Une mesure d'exclusion conditionnelle a alors également été prise.

Le requérant devait à l'origine être entendu par la section du statut à une audience fixée au 14 décembre 1992, mais cette audience a été reportée sans raison apparente. L'audience suivante, fixée au 16 février 1993, a été reportée, cette fois à la demande du requérant. Aucune nouvelle audience n'a été fixée jusqu'à ce jour.

In the meanwhile, the applicant formally applied for landed status by letter dated November 3, 1993. The respondent alleges that this application was incomplete, as the required \$450 fee was made payable by the applicant to the Receiver General for Ontario, instead of the Receiver General for Canada. The applicant has not received a formal answer to this request to date.

ISSUES

The applicant submits that he is entitled to be processed for landing under the Regulations and that the failure by officials of the respondent to process his application was contrary to law. This argument is premised on the illegality of the applicant's exclusion from the designated class for backlog claimants pursuant to paragraph 3(2)(f) of the Regulations. With regard to this latter matter two arguments are made:

1. Paragraph 3(2)(f) of the Regulations is of no force and effect as being *ultra vires* the statutory regulatory powers vested in the Governor in Council under the *Immigration Act*; and

2. Paragraph 3(2)(f) of the Regulations is of no force and effect in that it is contrary to sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter"), 1982.

Each of these arguments will be dealt with in turn.

Ultra Vires Argument

The applicant's submissions with regard to the issue of *vires* are twofold. In the first place, it is submitted that, at the time the Regulations were implemented, there was no clear statutory authority for the Governor in Council to pass paragraph 3(2)(f). Specifically, the applicant argues that paragraph 3(2)(f) is *ultra vires* in that it is unrelated to any admission or class identification purpose set out in the Act. The second argument of the applicant is that, paragraph 3(2)(f) being arbitrary and accomplishing no purpose in accordance with the Act, it was beyond the scope of the power of the Governor in Council to create it.

Entre-temps, le requérant a officiellement présenté une demande de droit d'établissement par lettre datée du 3 novembre 1993. L'intimé prétend que la demande était incomplète étant donné que le requérant avait libellé comme payables au receveur général de l'Ontario, au lieu du receveur général du Canada, les droits exigibles de 450 \$. À ce jour, le requérant n'a pas reçu de réponse officielle à cette demande.

LES QUESTIONS EN LITIGE

Le requérant soutient qu'il est en droit d'obtenir que sa demande de droit d'établissement soit traitée conformément au Règlement et que le fait pour l'intimé et ses fonctionnaires de ne pas traiter sa demande contrevient à la loi. Il fonde son argument sur le caractère illégal de son exclusion, en vertu de l'alinéa 3(2)f) du Règlement, de la catégorie admissible des demandeurs du statut de réfugié qui font partie de l'arriéré. Sur la question de l'illégalité, il fait valoir deux arguments:

1. L'alinéa 3(2)f) du Règlement est nul et non venu du fait qu'il est *ultra vires* des pouvoirs de réglementation que la *Loi sur l'immigration* confère au gouverneur en conseil; et

2. L'alinéa 3(2)f) du Règlement est nul et non venu du fait qu'il enfreint les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 (la «Charte»).

Je vais examiner tour à tour chacun de ces arguments.

Les arguments concernant le caractère *ultra vires*

Au sujet du caractère *ultra vires*, le requérant avance deux arguments. Primo, il soutient que, lorsque le Règlement a été pris, le gouverneur en conseil ne jouissait d'aucun pouvoir expressément conféré par le législateur pour prendre l'alinéa 3(2)f). Plus précisément, le requérant affirme que cet alinéa ne vise aucune fin prévue par la Loi concernant l'admission ou la définition des catégories. Secundo, l'alinéa 3(2)f) étant arbitraire et ne visant aucune fin prévue par la Loi, le gouverneur en conseil n'avait pas le pouvoir de le prendre.

The relevant parts of the Act, as it existed at the time of the applicant's exclusion from the backlog group, read as follows:

6. (1) Subject to this Act and the regulations, any immigrant including a Convention refugee, a member of the family class and an independent immigrant may be granted landing if the immigrant is able to establish to the satisfaction of an immigration officer that he meets the selection standards established by the regulations for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada.

(2) Any Convention refugee and any person who is a member of a class designated by the Governor in Council as a class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, may be granted admission subject to such regulations as may be established with respect thereto and notwithstanding any other regulations made under this Act.¹

114. (1) The Governor in Council may make regulations
(a) providing for the establishment and application of selection standards based on such factors as family relationships,

¹ In the interim, ss. 6(2) and 114(1)(d) and (e) provisions have been somewhat modified by S.C. 1992, c. 49, ss. 3, 102 (the "1992 Revision"). S. 6(2) has been replaced by s. 6(3) under the 1992 revision, which reads:

6. . . .

(3) Any Convention refugee and any person who is a member of a class designated by the Governor in Council as a class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, may be granted admission, subject to such regulations as may be established with respect thereto and to the immigration plan currently in force and notwithstanding any other regulations made under this Act.

S. 114(1)(d) and (e) have been replaced under the same revision by s. 114(d)(i) and (ii), which provide:

114. (1) The Governor in Council may make regulations

(d) for the purposes of subsection 6(3),

(i) designating classes of persons and admission requirements in respect of any such class and specifying, with respect to any such class, at what stage of assessing applications for admission all or part of the admission requirements shall be applied, and

(ii) prescribing admission requirements for Convention refugees and specifying at what stage of assessing applications for admission all or part of the admission requirements shall be applied and whether the number of Convention refugees who may be issued a visa or be admitted into Canada in any calendar year shall be subject to a numerical limitation.

Voici le texte des dispositions pertinentes de la Loi telles qu'elles existaient à l'époque où le requérant a été exclu du groupe de l'arriéré:

6. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, les immigrants, notamment les réfugiés au sens de la Convention, les parents et les immigrants indépendants, peuvent obtenir le droit d'établissement s'ils convainquent l'agent d'immigration qu'ils satisfont aux normes réglementaires de sélection visant à déterminer l'aptitude des immigrants à réussir leur installation au Canada.

(2) Les réfugiés au sens de la Convention et les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible par le gouverneur en conseil conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées peuvent être admis, sous réserve des règlements pris à cette fin et par dérogation aux règlements d'application générale¹.

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) prévoir l'établissement et l'application de normes de sélection, fondées sur des critères tels que la parenté, l'ins-

¹ Entre-temps, les art. 6(2) et 114(1)(d) et (e) ont été légèrement modifiés par L.C. 1992, ch. 49, art. 3, 102 (la «révision de 1992»). L'art. 6(2) a été remplacé lors de la révision de 1992 par l'art. 6(3), dont voici le texte:

6. . . .

(3) Les réfugiés au sens de la Convention et les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible par le gouverneur en conseil conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées peuvent être admis, sous réserve des règlements pris à cette fin et du plan d'immigration et par dérogation aux règlements d'application générale.

Lors de la même révision, l'art. 114(1)(d) et (e) a été remplacé par l'art. 114(1)(d)(i) et (ii), dont voici le texte:

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

d) pour l'application du paragraphe 6(3):

(i) préciser des catégories de personnes, établir à leur égard des exigences relatives à l'admission, déterminer à partir de quelle étape de l'examen des demandes de visa ou d'admission ces exigences s'appliquent, en tout ou en partie, à ces catégories,

(ii) établir des exigences relatives à l'admission des réfugiés au sens de la Convention, déterminer à partir de quelle étape de l'examen des demandes de visa ou d'admission ces exigences s'appliquent, en tout ou en partie, à eux et indiquer s'il doit être fixé un plafond quant au nombre de visas pouvant être délivrés ou au nombre de ces réfugiés pouvant être admis au Canada au cours d'une année civile;

education, language, skill, occupational experience and other personal attributes and attainments, together with demographic considerations and labour market conditions in Canada, for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada;

(d) designating classes of persons for the purposes of subsection 6(2);

(e) exempting Convention refugees and classes of persons designated pursuant to paragraph (d) from any of the requirements of the regulations and prescribing, in substitution for those regulations, special regulations relating to the admission of Convention refugees and those classes of persons;

As far as the applicant's first argument with respect to the issue of *vires* is concerned, it is submitted by the applicant that subsections 6(1) and 6(2) of the Act enunciate two concurrent purposes that must be adhered to by the Governor in Council in exercising the regulation-making power under paragraphs 114(1)(d) and (e) of the Act:

1. To adhere to Canada's humanitarian tradition toward the displaced and persecuted; and

2. To define selection criteria for admission, which, pursuant to paragraph 114(1)(a) of the Act should be based on social, humanitarian and economic considerations such as family relationships, education, language, skill, etc. . . "for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada."

The applicant submits that to exclude a claimant from the backlog group on the basis of an absence of eight or more days from Canada bears no connection to these purposes. It is further submitted by the applicant that, despite the fact that paragraph 114(1)(d) and (e) and subsection 6(2) of the Act envisaged that the Regulations would create a humanitarian exception, which would presumably have less onerous selection standard, paragraph 3(2)(f), which is not applied to regular immigrants of any class, imposes a more onerous arbitrary selection standard, unrelated to admission or humanitarian concerns.

Does the Act indeed limit the scope of Regulations exempting designated classes from the normal Con-

struction, la langue, la compétence, l'expérience professionnelle et autres qualités et connaissances personnelles et tenant compte des facteurs démographiques et de la situation du marché du travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada;

d) définir les catégories de personnes visées au paragraphe 6(2);

e) dispenser les réfugiés au sens de la Convention et les catégories de personnes visées à l'alinéa d) des exigences réglementaires d'application générale et prendre des mesures spéciales quant à leur admission;

À l'appui de son premier argument concernant le caractère *ultra vires*, le requérant fait valoir que les paragraphes 6(1) et (2) de la Loi énoncent deux fins concurrentes que le gouverneur en conseil est tenu de respecter lorsqu'il exerce les pouvoirs de réglementation que lui confèrent les alinéas 114(1)d) et e) de la Loi, soit:

1. Se conformer à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées;

2. Établir des critères de sélection fondés, conformément à l'alinéa 114(1)a) de la Loi, sur des facteurs sociaux, humanitaires ou économiques tels que la parenté, l'instruction, la langue, la compétence, etc., «dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada».

Le requérant soutient que l'exclusion d'un demandeur du statut de réfugié du groupe de l'arriéré pour avoir été absent du Canada pendant huit jours ou plus n'a aucun rapport avec ces fins. Il soutient en outre que, malgré le fait que les alinéas 114(1)d) et e) et le paragraphe 6(2) de la Loi envisagent la création, par règlement, d'une exception humanitaire qui prévoirait probablement une norme de sélection moins stricte, l'alinéa 3(2)f) du Règlement, qui ne s'applique à aucune des catégories ordinaires d'immigrants, impose une norme de sélection arbitraire qui est plus stricte et qui est sans rapport avec l'admission ou les considérations humanitaires.

Est-ce vrai que la Loi limite aux deux fins susmentionnées la portée du Règlement qui dispense les

vention refugee determination process to the two purposes stated above? In my opinion, the wording of the Act only supports necessary adherence to the purpose of respecting Canada's humanitarian tradition toward the displaced and the persecuted in creating exempted classes. Subsection 6(1) of the Act speaks to granting landing to immigrants and not to admission. It would therefore be inaccurate to require the content of the backlog regulations which, according to subsection 6(2) of the Act, govern the mere admission of claimants, to necessarily be consistent with the selection criteria listed under paragraph 114(1)(a) of the Act.

There is no doubt in my mind that paragraph 3(2)(f) serves no purpose in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted; indeed, it is difficult to find any legitimate purpose that the provision serves. None of the alleged purposes of paragraph 3(2)(f), as described in the affidavit of Brian Dougall, a member of the team that developed the Regulations, is particularly convincing. Mr. Dougall states, in the first place, that the seven-day rule was added to compensate for the lack of a provision to allow a refugee claimant to continue with a claim once s/he has left Canada. Viewed this way, paragraph 3(2)(f) was implemented to protect backlog claimants, by preserving their status in the less onerous backlog procedure, while allowing them to leave Canada for family emergencies, etc. The fact is, however, that there is no provision in the Act or the Regulations which signals that refugee claimants who have left Canada for a short period of time should necessarily be excluded from the refugee and backlog processes; the decision as to whether a claim has been abandoned or not, lies with individual adjudicators.

The second factor allegedly underlying the drafting of paragraph 3(2)(f) was a desire to ensure that the processing of backlog claimants remained separate from the processing of non-backlog claimants.

catégories admissibles de l'assujettissement à la procédure normale de détermination du statut de réfugié? À mon avis, le texte de la Loi appuie seulement, dans l'établissement de catégories exemptées, le respect nécessaire de la fin relative à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. Le paragraphe 6(1) de la Loi parle d'accorder aux immigrants le droit d'établissement et non de l'admission. Il ne serait donc pas exact d'exiger que la teneur du règlement sur l'arriéré, qui, selon le paragraphe 6(2) de la Loi, régit simplement l'admission des demandeurs du statut de réfugié, soit nécessairement compatible avec les critères de sélection énoncés à l'alinéa 114(1)a) de la Loi.

Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'alinéa 3(2)(f) ne vise aucun but qui soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées; en effet, il est difficile de trouver un quelconque but légitime visé par cette disposition. Aucune des prétendues fins visées par l'alinéa 3(2)(f), et exposées dans l'affidavit de M. Brian Dougall, membre de l'équipe qui a mis au point le Règlement, n'est particulièrement convaincante. M. Dougall déclare en premier lieu que la règle des sept jours a été ajoutée pour compenser l'absence d'une disposition autorisant un demandeur du statut de réfugié à maintenir sa revendication du statut de réfugié après avoir quitté le Canada. Vu de cette façon, l'alinéa 3(2)(f) a été pris pour protéger les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré en leur conservant le bénéfice de la procédure moins stricte applicable à l'arriéré tout en leur permettant de quitter le Canada pour des raisons familiales urgentes, etc. La réalité, cependant, est qu'on ne peut lire nulle part dans la Loi ou dans le Règlement que les demandeurs du statut de réfugié qui ont quitté le Canada pendant une brève période doivent être nécessairement exclus des procédures applicables aux réfugiés ordinaires et aux réfugiés de l'arriéré; il appartient à l'arbitre de déterminer dans chaque cas si un demandeur du statut de réfugié s'est désisté ou non.

Le deuxième facteur qui aurait motivé la rédaction de l'alinéa 3(2)(f) a été le désir de tenir distinctes la procédure applicable aux demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré et celle qui est appli-

According to Mr. Dougall, while the two parallel processes shared the initial step of a credible basis hearing, the administrative structure handling credible basis hearings was separate for each, and in fact proceeded more quickly under the non-backlog process after Bill C-55 [*An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28] came into force in January, 1989. The seven-day limit was intended to “minimize the number of individuals who would want to switch from one type of processing to another, or who would want to be in both programs at the same time.”

When cross-examined about the mechanics of the process, Mr. Dougall admitted that there was nothing in law preventing backlog applicants from opting out of the backlog and into the new system. This reality renders the stated purpose of keeping both processes separate illusory.

The final motive allegedly underlying the creation of paragraph 3(2)(f) was to ensure that the backlog clearance program would be time-limited. In the words of Mr. Dougall:

The limit was imposed to avoid situations where individuals would leave Canada for indefinite periods of time and return, seeking landing as a member of the designated class.

Surely, any backlog claimant who leaves Canada for an extended period of time risks being determined to have abandoned his or her claim. Furthermore, reality does not correspond to stated theory. During cross-examination, Mr. Dougall admitted that the Toronto backlog hearing offices only closed in June 1993 and that it is likely that there are still cases in the system that have not been finally disposed of.

The question that must be answered is thus whether this Court has the power to strike paragraph 3(2)(f) of the Regulations because it is arbitrary and accomplishes no purpose in accordance with the Act.

cable aux demandeurs ne faisant pas partie de l'arriéré. Selon M. Dougall, quoique ces procédures parallèles comprennent toutes deux une même première étape, celle de l'audience visant à établir si la revendication du statut de réfugié comporte un minimum de fondement, la structure administrative de cette audience est distincte dans les deux cas et, en fait, elle a été plus rapide dans le cas de la procédure applicable aux demandeurs ne faisant pas partie de l'arriéré après l'entrée en vigueur du Projet de loi C-55 [*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28] en janvier 1989. La restriction des sept jours visait à [TRADUCTION] «minimiser le nombre de personnes qui voudraient, soit passer d'un genre de procédure à l'autre, soit s'engager simultanément dans les deux programmes».

Interrogé au sujet du fonctionnement de la procédure, M. Dougall a reconnu qu'il n'y avait rien en droit qui empêchait les demandeurs faisant partie de l'arriéré de choisir de se retirer de l'arriéré en faveur de la nouvelle procédure. Compte tenu de cette réalité, le but déclaré visant à maintenir distinctes les deux procédures devient un but illusoire.

Le dernier facteur qui aurait motivé la création de l'alinéa 3(2)(f) a été de faire en sorte que le programme d'élimination de l'arriéré contienne une limite de temps. Selon les paroles de M. Dougall:

[TRADUCTION] La restriction a été imposée afin d'éviter que des personnes quittent le Canada pour des périodes indéterminées et y retournent en demandant le droit d'établissement à titre de membres d'une catégorie admissible.

Certes, les demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré qui s'absentent du Canada pendant une période prolongée courent le risque que l'on juge qu'ils se sont désistés de leur revendication du statut de réfugié. Par ailleurs, la réalité ne correspond pas à la théorie déclarée. Durant son contre-interrogatoire, M. Dougall a reconnu que les bureaux chargés d'entendre les cas de l'arriéré à Toronto n'ont fermé qu'en juin 1993 et qu'il reste probablement des cas qui ne sont pas encore définitivement tranchés.

Ainsi, la question qui se pose est de savoir si cette Cour est habilitée à invalider l'alinéa 3(2)(f) du Règlement parce qu'il est arbitraire et qu'il ne vise aucune fin qui soit conforme à la Loi. À la lumière des

In light of the legal authority presented by both parties, I am of the opinion that paragraph 3(2)(f) can and must be struck.

No power, including that vested upon the Governor in Council to create regulations, is absolute. In the words of Mr. Justice Rand in the case of *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 140:

... no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

Thus, in cases where regulations have been created that clearly contravene a governing statute, courts have not hesitated to declare such regulations *ultra vires*. In *Ulin v. The Queen*, [1973] F.C. 319 (T.D.), for example, Regulation 19(1)(b) of the *Canadian Citizenship Regulations* [SOR/68-404], which required immigrants wishing to obtain Canadian citizenship certificates, "to make a declaration, in prescribed form, of renunciation of his previous nationality or citizenship", was declared *ultra vires*. According to Noël A.C.J., this regulation in effect added a substantive criterion for citizenship, despite the fact that the addition of substantive criteria by the Governor in Council was not contemplated by the *Canadian Citizenship Act* [R.S.C. 1970, c. C-19]. In fact, according to Mr. Justice Noël, the procedure set down in the *Canadian Citizenship Act* with respect to taking the oath of allegiance indicated a legislative intent for the oath of allegiance to serve as the only qualification for the issuance of a certificate of citizenship.

In *Re Cardona and Minister of Manpower And Immigration* (1978), 89 D.L.R. (3d) 77 (F.C.A.), the Immigration Appeal Board made a rule, approved by the Governor in Council, which required parties who wished to have reasons for Board decisions to file a written request for reasons within 30 days of the disposition of the appeal. The rule was purported to have been made pursuant to subsection 8(1) of the

sources de droit présentées par les deux parties, je suis d'avis que cet alinéa peut et doit être invalidé.

Aucun pouvoir, y compris le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil, n'est absolu. Selon les paroles du juge Rand dans l'affaire *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 140:

[TRADUCTION] ... une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption à la Commission peuvent ne pas être mentionnées dans de telles lois, mais elles sont toujours implicites en tant qu'exceptions. La «discretion» implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

Ainsi, dans les cas où un règlement contrevenait manifestement à la loi habilitante, les tribunaux n'ont pas hésité à le déclarer *ultra vires*. Dans *Ulin c. La Reine*, [1973] C.F. 319 (1^{re} inst.), par exemple, l'alinéa 19(1)(b) des *Règlements sur la citoyenneté canadienne* [DORS/68-404], qui prévoyait qu'un immigrant souhaitant obtenir un certificat de citoyenneté canadienne, devait «faire une déclaration, selon une formule prescrite, de renonciation à sa nationalité ou citoyenneté précédente», a été déclaré *ultra vires*. Selon le juge en chef adjoint Noël, cet alinéa a effectivement ajouté une nouvelle condition de fond pour l'obtention de la citoyenneté, alors que la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [S.C.R. 1970, ch. C-29] ne prévoyait pas la création par le gouverneur en conseil d'une nouvelle condition de fond. En fait, selon lui, la procédure prévue dans la *Loi sur la citoyenneté canadienne* pour la prestation du serment d'allégeance indiquait que le législateur voulait que ce serment constitue la seule condition pour la délivrance d'un certificat de citoyenneté.

Dans le renvoi *Re Cardona et Ministre de la Main-d'œuvre et de l'immigration* (1978), 89 D.L.R. (3d) 77 (C.A.F.), on lit que la Commission d'appel de l'immigration avait établi une règle, approuvée par le gouverneur en conseil, qui exigeait des parties souhaitant obtenir les motifs de ses décisions de lui en faire la demande par écrit dans les 30 jours de la décision. Cette règle était censée avoir été établie en vertu

Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, which provided:

8. (1) The Board may, subject to the approval of the Governor in Council, make rules not inconsistent with this Act governing the activities of the Board and the practice and procedure in relation to appeals to the Board under this Act.

Le Dain J. held that the rule was *ultra vires* despite subsection 8(1), as the rule was inconsistent with subsection 7(3) of the same *Immigration Appeal Board Act*, which conferred an unqualified right to receive reasons to parties appearing before the Board.

The doctrine of *ultra vires* may also be used to strike regulations that clearly go beyond the scope of power bestowed upon the delegated legislator in the governing statute. In *Steve Dart Co. v. Board of arbitration (Produce Licensing Regulations)*, [1974] 2 F.C. 215 (T.D.), the sections of the *Produce Licensing Regulations*, SOR/67-605, which purported to establish an arbitration board, were challenged as being *ultra vires*. The Board was empowered pursuant to the regulations in question, *inter alia*, to determine complaints and to make binding decisions against produce license holders who failed to pay accounts on any transactions.

In holding the provisions to be *ultra vires*, Addy J., of the Trial Division of this Court, noted the general purpose of the empowering statute, the *Canada Agricultural Products Standards Act*, R.S.C. 1970, c. A-8, to establish standards for agricultural products and to regulate international and interprovincial trade in the products, as well as the fact that there was no source of explicit statutory authority for the creation of the Board. The only statutory provision pursuant to which creation of the Board could have been characterized as ancillary was section 8 of the *Canada Agricultural Products Standards Act*, which gave the Governor in Council the power to make regulations "for carrying out the purposes and provisions of this Act and for prescribing anything that by this Act is required to be prescribed." In the opinion of Mr. Justice Addy, however, the power to create what, in

du paragraphe 8(1) de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-3, dont voici le texte:

8. (1) La Commission peut, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règles non incompatibles avec la présente loi en ce qui concerne son activité et la pratique et la procédure relatives aux appels à la Commission prévus par la présente loi.

Le juge Le Dain a statué que la règle était *ultra vires* en dépit du paragraphe 8(1), car elle était incompatible avec le paragraphe 7(3) de la même *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, qui conférait aux parties qui comparaissaient devant la Commission un droit absolu de recevoir les motifs de ses décisions.

La théorie concernant le caractère *ultra vires* peut aussi être invoquée pour invalider un règlement qui excède manifestement la portée du pouvoir de réglementation conféré par la loi habilitante. Dans le renvoi *Steve Dart Co. v. Board of arbitration (Produce Licensing Regulations)*, [1994] 2 C.F. 215 (1^{re} inst.), les articles du *Règlement sur l'octroi de permis pour le commerce des produits*, DORS/67-605, qui prétendaient constituer une commission d'arbitrage, étaient contestés comme étant *ultra vires*. Le règlement en question conférait à cette commission, entre autres pouvoirs, celui de juger des plaintes et de rendre des décisions exécutoires contre les détenteurs de permis pour le commerce des produits qui n'acquittaient pas les sommes dues sur des opérations commerciales.

En statuant que les dispositions contestées étaient *ultra vires*, le juge Addy, de la Section de première instance de cette Cour, a noté que l'objectif général de la loi habilitante, soit la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, ch. A-8, était d'établir des normes nationales pour les produits agricoles et de réglementer le commerce international et interprovincial de ces produits, et que rien dans cette Loi n'autorisait explicitement la création de la Commission. La seule disposition qui aurait pu accessoirement fournir une telle autorisation était l'article 8, qui prévoyait que le gouverneur en conseil pouvait édicter des règlements «pour la réalisation des fins et l'exécution de la présente loi, ainsi que pour prescrire tout ce qui doit être prescrit selon la présente loi». Le juge Addy estimait cependant que le pouvoir de créer ce qui, en fait, était un tribunal ou

effect, was a tribunal or a court, members of which would be delegated significant powers, must be vested explicitly with the Governor in Council and not by means of a vaguely worded provision such as section 8. In the words of Mr. Justice Addy (at page 219):

That section grants the additional right to make regulations to carry out the purposes and provisions of the Act, but such purposes and provisions must be clearly expressed in or contained within or flow by necessary implication from other sections of the Act. It would permit the making of *ejusdem generis* Regulations as those authorized in other sections of the Act providing for the issuing of Regulations. It would also permit a Regulation required to carry out effectively a clearly expressed provision of the Act not falling within one of the other sections authorizing the making of Regulations; it certainly does not provide the right to make Regulations covering a matter which is not even remotely referred to in the Act. [Emphasis added.]

A case which is closer in substance to the present one is that of *Pacific Pilotage Authority v. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 F.C. 54 (C.A.). In that case, paragraphs 9(2)(a) and 10(1)(a) of the *Pacific Pilotage Regulations* [SOR/73-82], which exempted ships registered in Canada from compulsory pilotage requirements, and allowed for waiver from these requirements for ships registered in the United States, respectively, were attacked by the owners and operators of a ship of Liberian registration on the grounds that the regulations were *ultra vires*. In accepting the argument of the ship's owners and operators on this point, Mr. Justice Le Dain noted that the stated objective of the governing statute, the *Pilotage Act* [S.C. 1970-71-72, c. 52], was safety. In light of the fact that country of registration was not relevant to the question of safety, it was held that section 14 of that Act, which gave the authority, with the approval of the Governor in Council, the power to make regulations "necessary for the attainment of its objects", *inter alia*:

14. (1) ...

(b) prescribing the ships or classes of ships that are subject to compulsory pilotage;

(c) prescribing the circumstances under which compulsory pilotage may be waived. [Emphasis added.]

did not allow regulations unrelated to safety to be made.

une cour, dont les membres jouissaient d'importants pouvoirs qui leur étaient délégués, devait être conféré explicitement au gouverneur en conseil et non au moyen d'une disposition aussi vague que l'article 8. Voici ce qu'il a dit à la page 749:

Cet article accorde le droit supplémentaire d'édicter des règlements pour la réalisation des fins de la Loi et la mise en œuvre de ses dispositions, mais ces questions doivent être clairement exprimées ou renfermées dans les autres articles de la Loi ou nécessairement en découler. Cela permet d'édicter des Règlements *ejusdem generis* par rapport à ceux qui sont autorisés dans les autres articles de la Loi prévoyant l'adoption de Règlements. Cela permet également d'édicter un Règlement nécessaire pour mettre effectivement en application une disposition clairement exprimée de la Loi ne relevant d'aucun de ses autres articles de réglementation; cela ne confère pas pour autant le droit d'édicter des Règlements touchant à une question qui n'est même pas abordée dans la Loi. [C'est moi qui souligne.]

Plus proche de la présente espèce quant au fond est l'affaire *L'Administration de pilotage du Pacifique c. Alaska Trainship Corp.*, [1980] 2 C.F. 54 (C.A.). Dans cette affaire, des dispositions du *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique* [DORS/73-82], soit l'alinéa 9(2)a), qui dispensait du pilotage obligatoire les navires immatriculés au Canada, et l'alinéa 10(1)a), qui fixait les conditions d'une telle dispense en faveur des navires immatriculés aux États-Unis, étaient contestées par les propriétaires et les exploitants d'un navire immatriculé au Libéria au motif que le règlement était *ultra vires*. En acceptant l'argument des propriétaires et des exploitants du navire concernant ce point, le juge Le Dain a noté que l'objectif déclaré de la *Loi sur le pilotage* [S.C. 1970-71-72, ch. 52] était d'assurer la sécurité. Vu que le pays d'immatriculation n'avait aucun rapport avec la question de la sécurité, la Cour a jugé que l'article 14 de cette Loi, qui conférait à l'Administration, avec l'approbation du gouverneur en conseil, le pouvoir d'établir des règlements «nécessaires pour atteindre ses objets», notamment des règlements généraux:

14. (1) ...

b) prescrivant les navires ou catégories de navires assujettis au pilotage obligatoire;

c) prescrivant les circonstances dans lesquelles il peut y avoir dispense du pilotage obligatoire; [C'est moi qui souligne.]

n'autorisait pas l'établissement de règlements qui n'avaient aucun rapport avec la sécurité.

The Governor in Council similarly enjoys a broad power, in the present case, to create regulations exempting "classes" for the purposes of subsection 6(2), subject to the caveat in subsection 6(2), that the composition of such classes must be in accordance with Canada's humanitarian tradition toward the displaced and the persecuted. To exclude people from the backlog group merely for leaving Canada for more than seven days, regardless of reason for departure is not, in my opinion, consistent with this stated purpose for which exempted classes are to be created.

Counsel for the respondent referred me to the case of *Dhami v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 161 (F.C.A.), in which Mr. Justice Heald held that the power to designate "classes" is fulfilled properly if the designated group shares at least one differentiating characteristic. In this manner, a regulation differentiating between natural born and adopted sons for the purposes of creating classes of people who may be sponsored was determined to be *intra vires*, despite the apparent lack of justification for differentiating between natural born and adopted children between the ages of 14 and 18 in *Dhami*. The important difference between *Dhami* and the present case is that paragraph 115(1)(b) of the Act [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52], which was the statutory provision governing the creation of regulations prescribing classes of persons whose applications for landing may be sponsored by Canadian citizens and by permanent residents in force at the time of *Dhami*, gave the Governor in Council the unqualified right to prescribe such classes.

Furthermore, although not explicitly discussed by Mr. Justice Heald in *Dhami*, it is possible to infer at least one legitimate purpose that may have underlaid the regulation differentiating between natural born and adopted children: the need to discourage adoptions arranged exclusively for immigration purposes. Recognition of this need to differentiate between *bona fide* arrangements and voluntary arrangements entered into exclusively for immigration purposes clearly motivated the Federal Court, Trial Division, not to accept the argument that subsection 4(3) of the

En l'espèce, le gouverneur en conseil jouit de même d'un pouvoir étendu de prendre des règlements, pour l'application du paragraphe 6(2), accordant une dispense à certaines «catégories» à la condition, énoncée dans le paragraphe 6(2), que la composition de ces catégories soit conforme à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. À mon avis, l'exclusion de certaines personnes du groupe de l'arrière simplement parce qu'elles ont quitté le Canada pendant plus de sept jours, et ce, sans égard au motif de leur absence, n'est pas conforme au but déclaré de la création des catégories exemptées.

L'avocate de l'intimé m'a signalé l'affaire *Dhami c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 161 (C.A.F.) dans laquelle le juge Heald a statué que le pouvoir de définir des «catégories» est correctement exercé si le groupe ainsi défini possède en commun au moins une caractéristique qui le distingue. Ainsi, un règlement qui distingue les fils adoptifs des fils biologiques dans le but de définir des catégories de personnes qui peuvent être parrainées a été jugé *intra vires*, même s'il n'y a pas de raison apparente de distinguer entre les enfants biologiques et les enfants adoptifs âgés de 14 à 18 ans dans l'affaire *Dhami*. La grande différence entre l'affaire *Dhami* et la présente espèce est que l'alinéa 115b) de la Loi [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52], qui était en vigueur à l'époque de l'affaire *Dhami* et qui autorisait l'établissement de règlements définissant les catégories de personnes dont la demande de droit d'établissement pouvait être parrainée par des citoyens canadiens et celles dont la demande pouvait être parrainée par des résidents permanents, donnait au gouverneur en conseil le droit absolu de définir de telles catégories.

En outre, quoique le juge Heald ne l'ait pas mentionné explicitement dans l'affaire *Dhami*, il est possible de déduire au moins un but légitime qui aurait pu motiver le règlement qui a établi une distinction entre les enfants biologiques et les enfants adoptifs, soit la nécessité de décourager les adoptions qui sont arrangées exclusivement dans le but d'immigrer. Dans l'affaire *Horbas c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 359 (1^{re} inst.), c'est la reconnaissance de la nécessité de distinguer entre les arrangements de bonne foi et les arrangements de

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172 (as am. by SOR/84-140, s. 1), was *ultra vires* in the case of *Horbas v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 359 (T.D.). In the words of Mr. Justice Strayer, at page 368:

I can see no reason why the Governor in Council cannot exclude from a class of persons who may be so sponsored those who have entered into marriage primarily for the purposes of immigration and without the intention of residing permanently with the other spouse.

It is not the role of the courts, using the doctrine of *ultra vires*, to police the reasonableness of what in effect is a legislative choice of the Governor in Council. In instances where an institution is answerable to Parliament—and Parliament to the people—it is the electorate that should be the judge of the merits of a legislative choice and not the judiciary. The practical impact of this dichotomy on the standard to be applied in assessing the *vires* of a legislative or policy choice is summarized by the following statement of Mr. Justice Linden in the case of *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.), at page 260:

It is not fatal to a policy decision that some irrelevant factors be taken into account; it is only when such a decision is based entirely or predominantly on irrelevant factors that it is impeachable. It is not up to the Court to pass judgment on whether a decision is “wise or unwise”. (See *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.), at page 46 *per* MacKay J.) This Court, because these matters involve “value judgments”, is not to “sit as an appellate body determining whether the initiating department made the correct decision.” (See Strayer J. in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.) at page 49.)

As this Court stated in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684, at page 707, “Even if one were to assume that the Governor in Council acted with a dual purpose in mind (one falling within his mandate . . . and the other falling outside his mandate. . .) I doubt that this could advance the respondents’ case.” For, as the Supreme Court of Canada has explained, “Governments do not publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations”. (See *Thorne’s Hardware Ltd.*, *supra*, at pages 112 and 113.)

complaisance conclus exclusivement à des fins d’immigration qui a manifestement poussé la Section de première instance de la Cour fédérale à ne pas accepter l’argument selon lequel le paragraphe 4(3) du *Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172* (modifié par DORS/84-140, art. 1), était *ultra vires*. Voici ce que le juge Strayer a dit à la page 368:

Je ne vois pas pourquoi le gouverneur en conseil ne pourrait pas exclure d’une catégorie de personnes susceptibles d’être parrainées, celles qui se sont mariées principalement dans le but d’immigrer et non avec l’intention de vivre en permanence avec leur conjoint.

Ce n’est pas le rôle des tribunaux de contrôler, au moyen de la théorie relative au caractère *ultra vires*, si ce qui est en fait un choix législatif fait par le gouverneur en conseil est raisonnable ou non. Dans les cas où une institution est comptable envers le Parlement—et le Parlement envers le peuple—il appartient à l’électorat, et non à la magistrature, de juger la légitimité d’un choix législatif. Le juge Linden, dans l’affaire *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), a résumé ainsi, à la page 260, la conséquence pratique de cette dichotomie sur le critère à appliquer pour apprécier la légalité d’un choix législatif ou politique:

Le fait d’avoir tenu compte de certains facteurs non pertinents ne met pas en péril une décision en matière de politique; c’est seulement lorsqu’une telle décision est fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents qu’elle est contestable. Il n’incombe pas au tribunal de juger si une décision est [TRADUCTION] «sage ou ne l’est pas». (Voir *Cantwell c. Canada (Ministre de l’Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 46, le juge MacKay.) Étant donné que ces questions portent sur des «jugements de valeur», notre Cour ne doit pas «[siéger] à titre d’organisme d’appel en vue de déterminer si le ministère responsable a pris la bonne décision». (Voir le juge Strayer dans *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.), à la page 49.)

Comme la Cour l’a dit dans l’arrêt *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684, à la page 707, «Même si l’on devait présumer que le gouverneur en conseil visait une double fin (l’une conforme à son mandat . . . et l’autre excédant son mandat . . .), je doute que cela servirait la cause des intimés». Car, comme la Cour suprême du Canada l’a expliqué, «Les gouvernements ne publient pas les motifs de leurs décisions; ils peuvent être mus par une foule de considérations d’ordre politique, économique ou social, ou par leur propre intérêt». (Voir *Thorne’s Hardware Ltd.*, précité, aux pages 112 et 113.)

However paragraph 3(2)(f) does fall into the category of a policy decision that is “based entirely or predominantly on irrelevant factors”; as such, I am of the opinion that it is *ultra vires* the Governor in Council.

Charter Arguments

Section 7

The applicant submits that paragraph 3(2)(f) of the Regulations violates the applicant’s right to security of the person in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice. In particular, it is the contention of the applicant that the backlog Regulations create a benefit for pre-January 1, 1989 refugee claimants in that they may seek landing, as opposed to being required to undergo a full hearing at the Refugee Division, after they have been found to have a credible basis. To deny a claimant of this benefit merely by reason that such claimant has left Canada for more than 7 days without examining the reasons for the absence from Canada violates the claimant’s right to security of the person in a manner that is not consistent with the principles of fundamental justice.

It is well accepted, in light of the Supreme Court of Canada’s decision in the case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that Convention refugee claimants are protected by section 7 of the Charter and that deportation of such claimants infringes their right to security of the person. Where I cannot agree with the applicant is with respect to the premise that merely subjecting him to the regular refugee determination process—which, by all indications, will be in accordance with fundamental justice—constitutes an infringement of his right to security of the person. The applicant’s situation is in stark contrast with that in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, where imminent incarceration was at stake and the situation of the individuals in *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.); *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581 (C.A.); *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.); and *Nguyen v. Canada (Minister of*

Cependant, l’alinéa 3(2)(f) rentre dans la catégorie d’une décision en matière de politique qui est «fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents»; c’est pourquoi je suis d’avis qu’il excède les pouvoirs du gouverneur en conseil.

Les arguments concernant la Charte

L’article 7

Le requérant soutient que l’alinéa 3(2)(f) du Règlement viole son droit à la sécurité de sa personne d’une manière qui n’est pas en conformité avec les principes de justice fondamentale. En particulier, il prétend que le règlement sur l’arriéré crée un avantage pour ceux qui ont revendiqué le statut de réfugié avant le 1^{er} janvier 1989 en leur donnant la possibilité de demander le droit d’établissement, au lieu d’avoir à se soumettre à une audition complète devant la section du statut, après qu’il a été jugé que leur revendication comportait un minimum de fondement. En privant un demandeur du statut de réfugié de cet avantage simplement parce qu’il a quitté le Canada pendant plus de sept jours, sans examiner les raisons de son absence, on viole son droit à la sécurité de sa personne d’une manière qui n’est pas en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est bien établi, compte tenu de l’arrêt *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 que les demandeurs du statut de réfugié au sens de la Convention sont protégés par la Charte et que leur expulsion viole leur droit à la sécurité de leur personne. Là où je ne suis pas d’accord avec le requérant, c’est à propos de la prémisse selon laquelle le simple fait de l’assujettir à la procédure normale de détermination du statut de réfugié, une procédure qui, selon toute apparence, est en conformité avec les principes de justice fondamentale, constitue une violation de son droit à la sécurité de sa personne. La situation du requérant diffère nettement de celle examinée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, où il était question d’un emprisonnement imminent, et des situations en cause dans les arrêts *Kaur c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.); *Grewal c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581 (C.A.); *Berrahma c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1991),

Employment and Immigration), [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), where imminent removal of claimants from Canada was at stake.

Section 15

It could be argued, as the applicant does, that not allowing members of the backlog group to leave Canada for more than 7 days amounts to discrimination, in violation of section 15 of the Charter. The applicant cites the case of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 as authority for the proposition that persons without citizenship in Canada are a discrete and insular minority for the purposes of section 15, such that different treatment on that ground alone constitutes discrimination. The applicant then goes on to argue that the fact that the different treatment in the case at bar only affects a subgroup of persons without citizenship does not prevent a section 15 violation from existing, in light of the holding of the Supreme Court of Canada in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219.

Inherent in the applicant's argument is the assumption that the other requirements of section 15 have been met. This is not the case. As Professor Hogg [*Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., 1985] notes, all of the bases of discrimination listed in section 15 of the Charter except for one—religion—are personal characteristics of individuals that are immutable. Even religion, however, which is generally acquired early and deeply embedded in a person's consciousness, is not subject to easy change.

In *Andrews*, McIntyre J. characterized non-citizen status as a "personal characteristic" of an individual or group; as such, discrimination based on such status would violate section 15. On the other hand, one may interpret La Forest J. in *Andrews* to support an approach that requires "analogous grounds" of discrimination to be both personal and immutable for the purposes of section 15. In the words of the learned Judge (at page 195):

132 N.R. 202 (C.A.); et *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), où il était question d'un renvoi imminent des demandeurs du statut de réfugié hors du Canada.

a

L'article 15

On peut soutenir, comme le fait le requérant, que le fait de ne pas permettre aux demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l'arriéré de quitter le Canada pendant plus de sept jours constitue de la discrimination interdite par l'article 15 de la Charte. Le requérant invoque l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à l'appui de sa thèse selon laquelle les gens qui n'ont pas la citoyenneté au Canada forment une minorité discrète et isolée pour l'application de l'article 15 et que, par conséquent, la distinction de traitement fondée uniquement sur ce motif constitue de la discrimination. Il fait valoir ensuite que le fait que la distinction de traitement en l'espèce ne touche qu'un sous-groupe de gens n'ayant pas la citoyenneté n'empêche pas qu'une violation de l'article 15 existe, compte tenu du jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

b

c

d

e

L'argument du requérant suppose que les autres exigences de l'article 15 ont été respectées. Ce n'est pas le cas. Comme le fait observer le professeur Hogg [*Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., 1985], tous les motifs de discrimination énumérés à l'article 15 de la Charte, à l'exception d'un seul, soit la religion, sont des caractéristiques personnelles qui sont immuables chez les individus. Cependant, même la religion, qui est généralement acquise tôt dans la vie et qui est profondément ancrée dans le conscient de l'être, ne se prête pas facilement au changement.

h

Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a considéré la situation de l'individu ou du groupe qui n'a pas la citoyenneté comme une «caractéristique personnelle»; par conséquent, la discrimination fondée sur une telle situation violerait l'article 15. En revanche, on peut considérer la position exprimée par le juge La Forest dans le même arrêt comme étant favorable à l'interprétation qui exige que les «motifs analogues» de discrimination soient à la fois personnels et immuables pour l'application de l'article 15. Voici ce que le savant juge a dit (à la page 195):

i

j

The characteristic of citizenship is one typically not within the control of the individual and, in this sense, is immutable. Citizenship is, at least temporarily, a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs.

This divergence of approaches need not be resolved in the present case, as the differential treatment alleged by the applicant resulted neither from a “personal characteristic” nor from an “immutable personal characteristic” of his. He chose to enter clandestinely into the United States and the evidence indicates that he made very little, if any, effort to schedule a meeting with U.S. immigration authorities earlier than the scheduled appointment, so that he could return to Canada on time. On the contrary, the consequences of paragraph 3(2)(f) result from the choice of backlog claimants to leave Canada for a period of more than seven days. Furthermore, the issue of whether the applicant knew or not about paragraph 3(2)(f) is irrelevant for the purposes of assessing whether the effects of the provision are discriminatory.

Accordingly, I cannot find a violation of either section 7 or section 15 of the Charter. This application is nevertheless granted in part, on the basis that paragraph 3(2)(f) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40 (the “Regulations”) is *ultra vires* the *Immigration Act*. This provision is hereby declared to be of no force and effect. In light of this finding, I also accept the applicant’s request for an order in the nature of *mandamus* directing the respondent to process and consider the applicant’s application for permanent residence in accordance with law and without reference to paragraph 3(2)(f) of the Regulations.

To conclude, I wish to address the issue of certification. During the hearing, the applicant submitted two questions which he considered sufficiently serious so as to justify certification. The questions are the following:

1. Is paragraph 3(2)(f) of the Regulations *ultra vires* the statutory regulatory powers of the Governor in Council under section 114 of the Act, as a regulation governing landing in Canada which excludes a class of persons on fixed criteria, unrelated to the

La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l’individu et, dans ce sens, elle est immuable. La citoyenneté est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu’on ne peut modifier par un acte volontaire et qu’on ne peut, dans certains cas, modifier qu’à un prix inacceptable.

En l’espèce, il n’est pas nécessaire de trancher cette divergence d’interprétation étant donné que la distinction de traitement qui est alléguée par le requérant ne résulte ni d’une «caractéristique personnelle» ni d’une «caractéristique personnelle et immuable» qui lui appartient. Il a choisi d’entrer clandestinement aux États-Unis et la preuve indique qu’il n’a virtuellement pas tenté de faire avancer le rendez-vous que lui ont fixé les autorités américaines de l’immigration afin de pouvoir revenir au Canada à temps. Au contraire, les conséquences de l’alinéa 3(2)(f) résultent du choix des demandeurs du statut de réfugié faisant partie de l’arriéré de quitter le Canada pendant plus de sept jours. En outre, la question de savoir si le requérant était ou non au courant de l’alinéa 3(2)(f) est sans rapport avec la question de savoir si les effets de cette disposition sont discriminatoires.

En conséquence, il m’est impossible de conclure à une violation de l’article 7 ou de l’article 15 de la Charte. J’accueille cependant la demande en partie au motif que l’alinéa 3(2)(f) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40 (le «Règlement»), est *ultra vires* de la *Loi sur l’immigration*. Je déclare cette disposition nulle et non avenue. Étant donné cette conclusion, j’accède également à la demande du requérant visant à obtenir un bref de *mandamus* enjoignant à l’intimé de traiter et d’examiner la demande de résidence permanente du requérant conformément à la loi et sans tenir compte dudit alinéa.

Pour terminer, j’aborde maintenant la question de la certification. Au cours de l’audience, le requérant a présenté deux questions qu’il considérait suffisamment graves pour justifier une certification. Il s’agit des questions suivantes:

1. L’alinéa 3(2)(f) du Règlement est-il *ultra vires* des pouvoirs de réglementation que l’article 114 de la *Loi sur l’immigration* confère au gouverneur en conseil du fait que ledit règlement sur le droit d’établissement au Canada exclut une catégorie de personnes

need for protection in Canada or the ability of the person to successfully establish in Canada; and

2. Is paragraph 3(2)(f) of the Regulations contrary to the principles of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in that it establishes a fixed criterion unrelated to the circumstances of the individual applicant, to the intention of the applicant, to the need for protection in Canada and to the ability of a person to successfully establish in Canada.

I agree that both questions are serious questions of general importance and accordingly, I certify them as such pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*.

sur la base de critères factices qui sont sans rapport avec la nécessité pour l'intéressé d'obtenir la protection du Canada ou avec son aptitude à réussir son installation au Canada?

^a 2. L'alinéa 3(2)f) du Règlement viole-t-il les principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'il établit un critère factice qui est sans rapport avec les circonstances de l'intéressé, avec son intention, avec la nécessité pour lui d'obtenir la protection du Canada et avec son aptitude à réussir son installation au Canada?

^b Je conviens que ces deux questions sont des questions graves de portée générale et, par conséquent, je les certifie en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*.

T-2120-93

T-2120-93

Lily Kampman (Applicant)**Lily Kampman (requérante)**

v.

c.

Treasury Board (Correctional Services of Canada) (Respondent)**Le Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada) (intimé)***INDEXED AS: KAMPMAN v. CANADA (TREASURY BOARD) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: KAMPMAN c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, June 15 and September 15, 1994.

Première instance, juge Strayer—Ottawa, 15 juin et 15 septembre 1994.

Public Service — Termination of employment — Registered Nurse at federal penitentiary contravened Code of Discipline — Released as loss of enhanced reliability status made her incapable of performing duties of position — When hearing PSEA, s. 31(2) appeal from dismissal recommendation by deputy head, Appeal Board can review decision to revoke status as part of review of recommendation — In revoking enhanced reliability status, deputy head must comply with principles of procedural fairness — No requirement to give warning and opportunity to correct conduct before status revoked as applicant not long-term employee, circumstances urgent such that continued presence at institution intolerable.

Fonction publique — Fin d'emploi — Une infirmière autorisée dans un pénitencier fédéral a contrevenu au Code de discipline — Elle a été congédiée parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable de remplir les fonctions de son poste — Le comité d'appel saisi d'un appel d'une recommandation de renvoi faite par l'administrateur général, sous le régime de l'art. 31(2) de la LEFP, peut réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de la recommandation — Lorsqu'il révoque la cote de fiabilité approfondie, l'administrateur général doit se conformer aux principes de l'équité procédurale — Il n'existait aucune obligation d'avertir la requérante ni de lui donner l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote parce qu'elle n'était pas une employée à long terme et que les circonstances étaient pressantes au point qu'on ne pouvait plus tolérer sa présence dans l'établissement.

Penitentiaries — Registered Nurse at federal penitentiary socializing with ex-convict on parole and failing to report matter to superiors, thereby committing major infraction against Code of Discipline — Enhanced reliability status revoked, released as incapable of performing duties of position — "Incapacity" within PSEA, s. 31(1) can arise from loss of enhanced reliability status when status condition of employment — Within deputy head's discretion to decide could no longer trust employee — In unusual circumstances, no requirement to give warning and opportunity to correct conduct before status revoked — Employee entitled to procedural fairness when deputy head considering revocation of status.

Pénitenciers — Une infirmière autorisée dans un pénitencier fédéral a eu des relations sociales avec un ancien détenu en liberté conditionnelle et elle n'en a pas averti ses supérieurs, commettant ainsi une infraction majeure au Code de discipline — Sa cote de fiabilité approfondie a été révoquée et elle a été congédiée parce qu'elle était incapable de remplir les fonctions de son poste — L'«incapacité» visée à l'art. 31(1) de la LEFP peut découler de la perte de la cote de fiabilité approfondie lorsque cette cote constitue une condition d'embauche — Le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur général l'autorisait à décider qu'il ne pouvait plus se fier à la fonctionnaire — En présence de circonstances extraordinaires, il n'y a pas d'obligation d'avertir la fonctionnaire ni de lui donner l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote — La fonctionnaire avait droit au respect de l'équité procédurale lorsque l'administrateur a pris la décision de révoquer sa cote.

The applicant, a Registered Nurse at Kent Institution, occupied a position with a security requirement of "enhanced reliability." One year after her appointment, she had social contact with an ex-convict out on parole and participated in the admission process when he was returned to Kent after being charged with new offences. She failed to report her contacts with the offender to her superiors. This constituted a major infraction of the Correctional Service's Code of Discipline. The Deputy Commissioner (Pacific), Correctional Service of Canada, with-

La requérante, une infirmière autorisée travaillant à l'établissement Kent, occupait un poste exigeant une cote de «fiabilité approfondie». Un an après sa nomination, elle a eu des contacts sociaux avec un ancien détenu en liberté conditionnelle et elle a participé au processus d'admission lorsqu'il a été réincarcéré à l'établissement Kent après avoir été accusé de nouvelles infractions. Elle n'a pas averti ses supérieurs de ses contacts avec ce délinquant. Il s'agissait là d'une infraction majeure au Code de discipline du Service correctionnel. Le

out any prior notice to her, advised applicant that he was removing her enhanced reliability status and that he was therefore obliged to recommend her release as incapable of performing the duties of her position. The PSC Appeal Board dismissed the applicant's appeal against that recommendation.

This was an application for judicial review to set aside the Appeal Board's decision. The issues were as follows: (1) Can incapacity within the meaning of subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act* (PSEA) arise from the fact that an employee has lost her enhanced reliability status when this is a condition of employment? (2) If yes, can an Appeal Board hearing an appeal under subsection 31(2) from a recommendation by the deputy head that the employee be dismissed review the decision to revoke this status as part of the review of that recommendation? (3) If yes, what standard should be applied by the Appeal Board in reviewing the revocation? (4) Should the employee be warned and given an opportunity to correct her conduct before status is revoked?

Held, the application should be dismissed except that the matter should be returned to the Board for reconsideration with respect to the Board's failure to consider properly the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant's enhanced reliability status.

(1) The possession of enhanced reliability status, if the job description requires it, is a qualification like any other and the loss of that status renders a person incapable of performing her work at least in circumstances such as the present. It does not matter whether the disqualification flows from factors within or beyond the will of the individual.

(2) It flows from the words of the statute that the Appeal Board can review the decision taken by the deputy head, as part of his decision to recommend dismissal, that the employee is incapable because in his view she is no longer entitled to enhanced reliability status.

(3) The deputy head's decision that an employee is incapable of performing her duties and should be released is largely a discretionary one. Applying the decision of the Federal Court of Appeal in *Ahmad v. Public Service Commission*, the Appeal Board can review the decision on matters of law, on the issue of good faith, and on the facts with the criterion being correctness. None of those grounds for review were present in this case. Since the *Ahmad* decision, the Supreme Court of Canada in *Thomson v. Canada* has held that "the Deputy Minister was under a duty to comply with the principles of procedural fairness in the context of security clearance decision-making." This means that "a party must have an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's position." If this is required in matters involving state security and matters of urgency, then *a fortiori* it should be required in the making of a decision concerning ordinary reliability. The applicant was not interviewed or consulted prior to the decision by the Deputy Commissioner to

sous-commissaire (Pacifique), Service correctionnel du Canada, l'a informée, sans préavis, qu'il lui retirait sa cote de fiabilité approfondie et qu'il était tenu de recommander son renvoi parce qu'elle était incapable de remplir les fonctions de son poste. Le comité d'appel de la CFP a rejeté l'appel de la requérante contre cette recommandation.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la décision du comité d'appel. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) L'«incapacité» visée au paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP) peut-elle découler du fait qu'une fonctionnaire a perdu sa cote de fiabilité approfondie lorsque cette cote constitue une condition d'embauche? (2) Le cas échéant, un comité d'appel saisi d'un appel de la recommandation de l'administrateur général de renvoyer la fonctionnaire, sous le régime du paragraphe 31(2), peut-il réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de cette recommandation? (3) Le cas échéant, quelle norme le comité d'appel doit-il appliquer pour réviser la révocation de la cote? (4) Faut-il avertir la fonctionnaire et lui fournir l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote?

Jugement: la demande doit être rejetée, mais l'affaire doit être renvoyée au comité d'appel pour réexamen en ce qui a trait à l'omission du comité d'examiner convenablement la procédure suivie par l'administrateur général pour décider de révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante.

(1) Le fait d'avoir une cote de fiabilité approfondie, lorsque la description de fonction l'exige, est une qualité requise comme toutes les autres et la perte de cette cote rend une personne incapable de remplir ses fonctions, du moins dans des circonstances comme celles de l'espèce. Il n'importe pas que la perte d'une qualité requise découle ou non de facteurs qui sont indépendants de la volonté de la personne en cause.

(2) Le libellé de la Loi permet au comité d'appel de réviser la décision, prise par l'administrateur général dans le cadre de sa décision de recommander le renvoi, selon laquelle la fonctionnaire est incapable parce que, à son avis, elle n'a plus droit à la cote de fiabilité approfondie.

(3) La décision de l'administrateur général portant que la fonctionnaire est incapable de remplir ses fonctions et qu'elle doit être renvoyée est en grande partie discrétionnaire. Par application de l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la fonction publique* prononcé par la Cour d'appel fédérale, le comité d'appel peut réviser la décision en ce qui a trait au droit, à la question de la mauvaise foi et aux faits, leur exactitude étant le facteur à considérer. Aucun de ces motifs de révision n'existait en l'espèce. Depuis l'arrêt *Ahmad*, la Cour suprême du Canada a décidé, dans l'affaire *Thomson c. Canada*, que «le sous-ministre était donc tenu de se conformer aux principes de l'équité procédurale dans le contexte des décisions en matière d'octroi des habilitations de sécurité». Cet énoncé veut «qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve». Si cette exigence vaut pour les décisions qui touchent la sécurité de l'État et les situations d'urgence, elle vaut à plus forte raison lorsqu'on prend simple-

revoke her enhanced reliability status. The Appeal Board erred in law in finding that since the relevant "information" was not in dispute, the procedure followed by the deputy head did not matter. Whether the ultimate decision was right or wrong, it can be set aside as invalid if there has been a denial of fairness. It was an error of law to fail to review the procedure followed by the deputy head and the matter should be referred back to the Appeal Board for consideration on that aspect.

(4) There are cases where the Federal Court of Appeal has found that long-term employees, in the absence of unusual or urgent circumstances, are entitled to a warning prior to dismissal and to be given an opportunity of correcting their mistakes. However, the applicant had worked at Kent for only thirteen months before the events which led to her dismissal. Furthermore, it was open to the Appeal Board to conclude that these were unusual or urgent circumstances where the deputy head in the exercise of his discretion formed the opinion that he could no longer tolerate the presence of this employee in the institution.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ahmad v. Public Service Commission, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Lee v. Attorney General of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 90; (1981), 236 D.L.R. (2d) 1; 38 N.R. 346; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

DISTINGUISHED:

Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board), [1991] 1 F.C. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Kampman and Treasury Board (Solicitor General—Correctional Service Canada), [1992] C.P.S.S.R.B. No. 4

ment une décision concernant la fiabilité ordinaire. La requérante n'a été ni interrogée, ni consultée avant que le sous-commissaire décide de révoquer sa cote de fiabilité approfondie. Le comité d'appel a commis une erreur de droit en concluant que, parce que les «renseignements» pertinents n'étaient pas en litige, la procédure suivie par l'administrateur général n'avait pas d'importance. Que la décision définitive soit juste ou erronée, elle peut être déclarée invalide et annulée s'il y a eu négation du droit à l'équité. C'était une erreur de droit que d'omettre d'examiner la procédure suivie par l'administrateur général et l'affaire doit être renvoyée au comité d'appel pour qu'il examine cet aspect.

(4) Dans certaines causes, la Cour d'appel fédérale a conclu que les employés à long terme avaient droit, en l'absence de circonstances extraordinaires ou pressantes, à un avertissement avant d'être congédiés et à une occasion de corriger leurs erreurs. Cependant, la requérante exerçait ses fonctions à l'établissement Kent depuis seulement treize mois environ lorsque les événements qui ont donné lieu à son renvoi sont survenus. De plus, le comité pouvait conclure que des circonstances extraordinaires ou pressantes ont incité l'administrateur général, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à juger qu'il ne pouvait dorénavant plus tolérer la présence de cette fonctionnaire dans l'établissement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ahmad c. La Commission de la Fonction publique, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Lee c. Procureur général du Canada*, [1981] 2 R.C.S. 90; (1981), 236 D.L.R. (2d) 1; 38 N.R. 346; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique), [1991] 1 C.F. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.F.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Kampman et le Conseil du Trésor (Solliciteur général—Service correctionnel du Service Canada), [1992]

(QL); *Kampman v. Canada*, A-1117-91, Stone J.A., judgment dated 21/1/93, F.C.A., not reported.

C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL); *Kampman c. Canada*, A-1117-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-1-93, C.A.F., non publié.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of the Public Service Commission Appeal Board dismissing an appeal against the recommendation of a Deputy Commissioner of the Correctional Service Canada to the Public Service Commission that the applicant be released on the ground that the loss of her enhanced reliability status rendered her incapable of performing her duties. Application dismissed except that the case should be returned for reconsideration in view of the Board's failure to properly consider the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant's enhanced reliability status.

COUNSEL:

Sean T. McGee for applicant.
Mylène-Y. Bouzigon for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan/Power, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an application for judicial review to set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board of July 22, 1993. In that decision the Board dismissed an appeal by the applicant under subsection 31(2) of the *Public Service Employment Act*¹ against the recommendation of the Deputy Commissioner (Pacific Region) of Correctional Service of Canada to the Public Service Commission that she be released from the Public Service on the ground that the loss of her enhanced reliability status rendered her incapable of performing the duties of her position.

¹ R.S.C., 1985, c. P-33.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique a rejeté un appel formé contre la recommandation faite par le sous-commissaire, Service correctionnel du Canada, à la Commission de la fonction publique de renvoyer la requérante parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable de remplir ses fonctions. La demande est rejetée, mais l'affaire doit être renvoyée pour réexamen compte tenu de l'omission du comité d'examiner convenablement la procédure suivie par l'administrateur pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante.

AVOCATS:

Sean T. McGee pour la requérante.
Mylène-Y. Bouzigon pour l'intimé.

PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE STRAYER:

Le redressement demandé

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant l'annulation de la décision rendue par le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique le 22 juillet 1993. Par cette décision, le Comité a rejeté l'appel interjeté par la requérante, en vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*¹, de la recommandation faite par le sous-commissaire (région du Pacifique) du Service correctionnel du Canada à la Commission de la fonction publique, portant que la requérante devrait être renvoyée de la fonction publique parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable d'exercer les fonctions de son poste.

¹ L.R.C. (1985), ch. P-33.

Facts

The applicant was appointed to a position as Registered Nurse at Kent Institution, a maximum security penitentiary in British Columbia, effective December 4, 1989. The offer of employment specified that this position had a security requirement of “enhanced reliability.” It should be noted at the outset that the standards and procedures for granting or denying enhanced reliability status to a public servant are set out in the part of the *Treasury Board Manual* entitled “Security-Personnel Screening Standards” and dated November 1, 1990. Yet it seems clear that enhanced reliability status is not what is commonly thought of as constituting security clearance. This status is required:

... when the duties of a position or contract demand a significant degree of access to designated information or assets An individual granted this status may access, on a need-to-know basis, designated information and assets.²

“Security assessment” is discussed in another paragraph of the Manual and it is said to involved “an appraisal of loyalty to Canada and, so far as it is related thereto, the reliability of an individual”³ It is clear from the Manual that the screening required for an enhanced reliability status is far less than that required for a security assessment. It is important to keep this in mind in considering the relevance of some of the jurisprudence on security clearances.

On December 13, 1990 a certain inmate, R. Moorehead, was released from Kent on parole. He had been acquainted with the applicant while in Kent. It is not in dispute that while on parole Moorehead occasionally met her in Abbotsford where she lived, beginning with a chance meeting at her church. She was together with him a few times on what appears to be a casual social basis, some times in the company of other people and some times alone. On January 24, 1991, Moorehead was arrested and charged with certain offences and was returned to Kent. The applicant participated in the admission process for Moorehead upon his return. At no time had she advised her superiors of her social contacts with Moorehead during his parole. These contacts came to the attention of the authorities by actions of Moorehead himself after

² *Treasury Board Manual*, at p. 33.

³ *Ibid.*

Les faits

La requérante a été nommée au poste d’infirmière autorisée à l’établissement Kent, un pénitencier à sécurité maximum situé en Colombie-Britannique, le 4 décembre 1989. L’offre d’emploi précisait que ce poste exigeait une «cote de fiabilité approfondie». Il faut signaler d’emblée que les normes et procédures régissant l’attribution ou le refus de la cote de fiabilité approfondie à un fonctionnaire sont énoncées dans le *Manuel du Conseil du trésor* intitulé «Sécurité—Normes—Enquêtes de sécurité sur le personnel», daté du 1^{er} novembre 1990. Il semble cependant clair que la cote de fiabilité approfondie ne correspond pas à ce qu’on considère couramment comme un habilitation au secret. Cette cote est exigée:

... quand les fonctions d’un poste ou d’un marché amènent un accès fréquent aux renseignements ou biens désignés . . . La personne ayant obtenu cette cote peut avoir accès, au besoin, à des renseignements et biens désignés².

Un autre paragraphe du Manuel traite de l’«évaluation sécuritaire» qui comporte une «évaluation de la loyauté au Canada et de la fiabilité d’une personne dans ce contexte . . . »³. Il ressort clairement du Manuel que l’enquête exigée pour l’attribution de la cote de fiabilité approfondie a une portée moins étendue que celle relative à une évaluation sécuritaire. Il est important de ne pas perdre de vue cet élément pour apprécier la pertinence de certaines décisions traitant de l’habilitation au secret.

Le 13 décembre 1990, un détenu, R. Moorehead, a été libéré conditionnellement de l’établissement Kent. Il avait fait la connaissance de la requérante pendant sa détention. Il n’est pas contesté que M. Moorehead a rencontré la requérante à l’occasion à Abbotsford, où elle résidait, pendant qu’il était en liberté conditionnelle, après l’avoir rencontrée par hasard une première fois à l’église. Ils se sont vus à quelques reprises, apparemment lors de rencontres sociales informelles, parfois seuls, parfois en compagnie d’autres personnes. Le 24 janvier 1991, M. Moorehead a été arrêté et inculpé de certaines infractions. On l’a alors renvoyé à l’établissement Kent. La requérante a participé au processus d’admission de M. Moorehead lors de sa réincarcération. Elle n’avait jamais averti ses supérieurs des contacts sociaux

² *Manuel du Conseil du trésor*, à la p. 32.

³ *Ibid.*

his return to Kent. The Deputy Warden of Kent wrote to the applicant on February 4, 1991 advising her that he had received information that gave him concern that she had entered into an unauthorized relationship with an inmate which might have violated the Code of Discipline. She was suspended without pay effective February 12 and on February 20 attended a disciplinary hearing. This hearing resulted in her being suspended without pay for thirty consecutive shifts.

The relevant provision of the Code of Discipline⁴ states:

19. An employee has committed a major infraction, normally warranting a suspension without pay or discharge, if he/she:

e. enters into a relationship not in the line of duty or not approved by one's authorized superior with an offender, ex-offender or the offender's friends or relatives.

Before the suspension was terminated the applicant was advised on April 18, 1991 by the Deputy Commissioner (Pacific), Correctional Service of Canada that he was removing her enhanced reliability status effective immediately. He stated:

Your entry into a relationship with an offender while he was on parole and more importantly, the fact that you did not report this to the Correctional Service of Canada, has rendered you unreliable in terms of controlling the Government of Canada information and assets to which you have access.

In the same letter he advised her that because of her loss of enhanced reliability status he was obliged to recommend to the Public Service Commission that she be released because she was incapable of performing the duties of her position, being prohibited, as a result of the loss of her status, from any further access to designated information or sensitive assets. It seems clear from the evidence, and it was not contested by the respondent, that the decision to cancel the applicant's enhanced reliability status was taken

⁴ Correctional Service of Canada, Commissioner's Directive 060 of January 1, 1987.

qu'elle avait eus avec M. Moorehead au cours de sa liberté conditionnelle. C'est M. Moorehead qui a mis les autorités au courant par ses agissements après son retour à l'établissement Kent. Le directeur adjoint de l'établissement Kent a écrit à la requérante le 4 février 1991 pour l'informer qu'il avait obtenu des renseignements lui faisant craindre qu'elle ait eu des relations non approuvées avec un détenu et qu'elle pourrait ainsi avoir contrevenu au Code de discipline. Elle a été suspendue sans rémunération le 12 février et elle s'est présentée à une audience disciplinaire le 20 février. Par suite de cette audience, elle a été suspendue sans rémunération pour trente quarts de travail consécutifs.

La disposition pertinente du Code de discipline⁴ prévoit:

19. Commet une infraction grave, justifiant normalement une suspension sans rémunération ou le congédiement, l'employé qui:

e. établit avec un délinquant, un ancien délinquant ou avec les amis ou parents d'un délinquant ou ancien délinquant, en dehors de ses fonctions, des relations qui ne sont pas approuvées par son supérieur immédiat;

Avant la fin de sa suspension, la requérante a été informée, le 18 avril 1991, par le sous-commissaire (Pacifique), Service correctionnel du Canada, qu'il lui retirait sa cote de fiabilité approfondie le jour même. Il a déclaré:

[TRADUCTION] En raison des relations que vous avez établies avec un délinquant au cours de sa libération conditionnelle et, qui plus est, de votre omission d'en avertir le Service correctionnel du Canada, vous avez perdu votre fiabilité en ce qui a trait au contrôle des renseignements et biens du Gouvernement du Canada auxquels vous avez accès.

Dans la même lettre, il l'a informée qu'en raison de la perte de sa cote de fiabilité approfondie, il était tenu de recommander son renvoi à la Commission de la fonction publique parce qu'elle était incapable d'exercer les fonctions de son poste du fait qu'ayant perdu sa cote, elle ne pouvait plus avoir accès à des renseignements ou biens désignés de nature délicate. Il ressort clairement de la preuve, et l'intimé ne le conteste pas, que la décision d'annuler la cote de fiabilité approfondie de la requérante a été prise sans

⁴ Service correctionnel du Canada, Directive du commissaire 060 du 1^{er} janvier 1987.

without any notice to her that this was in contemplation and without her having any opportunity to make submissions with respect to this decision.⁵

The discipline decision was the subject of a grievance before a Board member of the Public Service Staff Relations Board. Before that tribunal the respondent argued that “the removal of Enhanced Reliability Status is not adjudicable” and therefore could not be the subject of a grievance. In his decision dated January 10, 1992 [[1992] C.P.S.S.R.B. No. 4 (QL)] the Adjudicator agreed with that but nevertheless indicated that he could examine the matter if the discretion to revoke that status was exercised in bad faith. He was not convinced that there was bad faith. He went on to say that the issue of revocation and its consequences “are part and parcel with the deputy head’s recommendation made under section 31(1) of the *Public Service Employment Act*.”⁶ That is, he regarded the revocation of this status as part of the determination of the deputy head under subsection 31(1) that the applicant was no longer capable of performing her job and thus outside his jurisdiction.

In the meantime the applicant had appealed the deputy head’s decision to have her released, using the appeal process provided in subsection 31(2) of the *Public Service Employment Act*. The Public Service Commission Appeal Board made an initial decision in this appeal but its decision was set aside by the Federal Court of Appeal [A-1117-91, Stone J.A., judgment dated 21/1/93, not reported]. The decision under review now is the second decision of that Board dated July 22, 1993. The Board dismissed the applicant’s appeal on essentially the following bases: that the procedure followed by the deputy head to revoke the applicant’s enhanced reliability status was not reviewable except to determine if it was based on accurate information, the Board concluding that the essential information relevant to that decision was not in dispute; that it was the duty of the deputy head to decide whether to revoke the status, and that decision was in his discretion as to the level of judgment

qu’elle soit avisée qu’il en était question et sans qu’on lui fournisse l’occasion de faire valoir ses prétentions à ce sujet⁵.

La décision disciplinaire a fait l’objet d’un grief devant un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique. Devant ce tribunal, l’intimé a prétendu que «la révocation de la cote de fiabilité approfondie n’est pas arbitrable» et qu’elle ne peut donc pas faire l’objet d’un grief. Dans la décision qu’il a rendue le 10 janvier 1992 [[1992] C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL)], l’arbitre a retenu cet argument, mais il a indiqué qu’il pouvait néanmoins examiner la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire de révocation de cette cote avait été exercé de mauvaise foi. Il n’était pas persuadé qu’il y avait eu mauvaise foi. Il a ajouté que la question de la révocation et de ses conséquences «font partie intégrante de la recommandation que l’administrateur général a faite en vertu du paragraphe 31(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*»⁶. Il a donc estimé que la révocation de la cote de fiabilité entraînait dans l’appréciation de la capacité de la requérante de remplir ses fonctions par l’administrateur général en vertu du paragraphe 31(1) et qu’elle ne relevait donc pas de sa compétence.

Entre-temps, la requérante a interjeté appel de la décision de l’administrateur général de recommander son renvoi en utilisant la procédure d’appel prévue au paragraphe 31(2) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*. Le Comité d’appel de la Commission de la fonction publique a rendu une première décision relativement à cet appel, mais celle-ci a été annulée par la Cour d’appel fédérale [A-1117-91, le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-1-93, non publié]. La décision qui est maintenant en cause est la deuxième décision rendue par ce Comité le 22 juillet 1993. Le Comité a rejeté l’appel de la requérante en se fondant essentiellement sur les motifs suivants: la procédure suivie par l’administrateur général en vue de révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante n’était pas susceptible de contrôle, sauf en ce qui a trait à la question de savoir si elle était fondée sur des renseignements exacts et le Comité a conclu que les renseignements essentiels pertinents à

⁵ See decision of Appeal Board, at pp. 5-6.

⁶ See decision of the Public Staff Relations Board, January 10, 1992, at pp. 64-65.

⁵ Voir la décision du comité d’appel, aux p. 5 et 6.

⁶ Voir la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, 10 janvier 1992, aux p. 64 et 65.

he required from his staff; and, having exercised his discretion to revoke, it was then “open to the deputy head to recommend the appellant’s release because she was incapable of performing her duties.” While the Board implies that a lack of good faith could invalidate the exercise of discretion it found no basis upon which it could conclude that the Department acted in bad faith.⁷

The applicant seeks judicial review of that decision alleging, it appears to me, both error of law and of fact.

Issues

I believe the first three issues have been best defined by the respondent in its analysis of the issues described by the applicant. The fourth issue is primarily addressed by the applicant. These issues are as follows:

(1) Can “incapacity” within the meaning of subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act* arise from the fact that an employee has lost her enhanced reliability status when this is a condition of employment for that employee?

(2) If yes, can an Appeal Board hearing an appeal under subsection 31(2) from a recommendation by the deputy head that the employee be dismissed review the decision to revoke this status as part of the review of that recommendation?

(3) If yes, what standard should be applied by the Appeal Board to the review of the revocation of that status?

(4) Should the employee be warned and given an opportunity to correct her conduct before status is revoked?

cette décision n’étaient pas contestés; il appartenait à l’administrateur général de décider s’il y avait lieu de révoquer la cote de fiabilité et cette décision relevait de son pouvoir discrétionnaire quant au degré de jugement qu’il exigeait de son personnel; enfin, après avoir exercé son pouvoir discrétionnaire de révocation, l’administrateur général pouvait [TRADUCTION] «recommander le renvoi de la requérante parce qu’elle était incapable de remplir ses fonctions». Bien que le Comité ait décidé implicitement que l’absence de bonne foi pouvait vicier l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il n’a trouvé aucun fondement qui lui permettrait de conclure que l’autorité visée avait agi de mauvaise foi⁷.

La requérante demande le contrôle judiciaire de cette décision en faisant valoir, selon moi, qu’il y a eu à la fois erreur de droit et erreur de fait.

Les questions en litige

Je crois que c’est l’intimé qui a le mieux défini les trois premières questions dans son analyse des questions décrites par la requérante. La quatrième question est débattue principalement par la requérante. Voici ces questions:

(1) L’«incapacité» visée au paragraphe 31(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* peut-elle découler du fait qu’une fonctionnaire a perdu sa cote de fiabilité approfondie, lorsque cette cote constitue une condition d’embauche pour cette fonctionnaire?

(2) Le cas échéant, un Comité d’appel saisi d’un appel de la recommandation de l’administrateur général de renvoyer l’employé, sous le régime du paragraphe 31(2), peut-il réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de cette recommandation?

(3) Le cas échéant, quelle norme le Comité d’appel doit-il appliquer pour réviser la révocation de la cote?

(4) Faut-il avertir la fonctionnaire et lui fournir l’occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote?

⁷ Decision of Appeal Board, at pp. 13-15.

⁷ Décision du Comité d’appel, aux p. 13 à 15.

ConclusionsCan incapacity arise from loss of enhanced reliability status?

This issue is central to the question of whether the Public Service Commission Appeal Board could review in any way the denial of enhanced reliability status in the course of hearing an appeal under subsection 31(2) of the Act. That appeal is from the recommendation of the deputy head which in this case was a recommendation that the applicant be dismissed because she was incapable of performing her duties, having lost her enhanced reliability status and thus her access to "designated information or sensitive assets."⁸

I find the position of both parties somewhat ambivalent on this subject. The applicant has argued that an incapacity within the meaning of subsection 31(1) must arise for reasons entirely beyond the control of the employee. As stated in the applicant's memorandum of argument:

If the inability to perform is within the control of the employee, it is a disciplinary matter.⁹

This would mean that the denial of enhanced reliability status in this case should not have been reviewed by the Public Service Staff Relations Board member in the course of the grievance as the circumstances leading to that denial were within the control of the applicant. Yet as I understand it, the applicant is now arguing that this is the matter which the Appeal Board should have reviewed in the subsection 31(2) appeal and the Board should have resolved questions of fact concerning that denial of status.

On the other hand the respondent seems to have followed the road of convenience depending on the circumstances. In the *Treasury Board Manual*, which describes enhanced reliability status and discusses its revocation, it is stated that:

⁸ Letter of April 18, 1991 to the applicant from the Deputy Commissioner advising her of denial of status and recommendation of dismissal.

⁹ Applicant's record, at p. 60.

ConclusionsL'incapacité peut-elle découler de la perte de la cote de fiabilité approfondie?

^a Cette question est cruciale pour déterminer si le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique avait un pouvoir quelconque de révision du retrait de la cote de fiabilité approfondie dans le cadre ^b de l'audition d'un appel sous le régime du paragraphe 31(2) de la Loi. Cet appel vise la recommandation de l'administrateur général qui portait en l'espèce que la requérante devait être renvoyée parce ^c qu'elle était incapable de remplir ses fonctions du fait qu'elle avait perdu sa cote de fiabilité approfondie et ne pouvait plus avoir accès à des [TRADUCTION] «renseignements ou biens désignés de nature délicate»⁸.

^d La position des deux parties est, selon moi, quelque peu ambivalente à cet égard. La requérante a soutenu que l'incapacité visée par le paragraphe 31(1) doit découler de raisons totalement indépendantes de la volonté du fonctionnaire. Elle ^e affirme, dans son mémoire:

[TRADUCTION] Si l'incapacité n'est pas indépendante de la volonté du fonctionnaire, il s'agit d'une question de nature disciplinaire⁹.

^f Il faudrait en conclure que le retrait de la cote de fiabilité approfondie n'aurait pas dû en l'espèce être révisé par un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans le cadre d'un grief, car les circonstances ayant mené à ce ^g retrait n'étaient pas indépendantes de la volonté de la requérante. Toutefois, selon ce que je comprends, la requérante prétend maintenant que c'est cette question que le Comité d'appel aurait dû examiner sous le régime du paragraphe 31(2) et que le Comité aurait ^h dû se prononcer sur les questions de fait concernant le retrait de cette cote.

ⁱ Quant à lui, l'intimé semble avoir adopté la position la plus avantageuse selon les circonstances. Dans le *Manuel du Conseil du trésor*, qui décrit la cote de fiabilité approfondie et traite de sa révocation, on peut lire:

⁸ Lettre du 18 avril 1991 adressée à la requérante par le sous-commissaire en vue de l'avertir qu'il lui retirait sa cote et recommandait son renvoi.

⁹ Dossier de la requérante, à la p. 60.

6.1 Reliability status

Employees who wish to challenge a negative decision based on the results of a reliability check may do so through current grievance procedures in accordance with Sections 91 and 92 of the *Public Service Staff Relations Act*. . . .¹⁰

In the letter from the deputy head advising the applicant of the decision to revoke her status it was stated in reference to this decision that:

If you so desire, you have the right to challenge this decision through the Departmental grievance procedure in accordance with Sections 91 and 92 of the *Public Service Staff Relations Act*. At your request, any such grievance can proceed directly to the Commissioner of Corrections. You may also have the right to refer the decision relating to your enhanced reliability status to the Human Rights Commission and/or the Federal Court.

Yet before the Public Service Staff Relations Board counsel for the employer is reported by the Board to have taken this position:

With regard to the grievor's second grievance, [concerning denial of status] counsel stated that perhaps there was no administrative redress provided, but Parliament has anticipated in paragraph 91 of the *Act* that certain matters could be grieved but not all grievances were made adjudicable under paragraph 92 of the *Act*. Adjudicable matters were confined to collective agreement interpretation and application and to certain disciplinary actions. The removal of Enhanced Reliability Status is not adjudicable.¹¹

The Board member hearing the grievance essentially agreed with this position saying that the revocation of this status lies within the sole discretion of the employer and is administrative in nature, and therefore the Tribunal could only examine the revocation if the discretion was exercised in bad faith.

The applicant attempted to have the revocation decision reviewed by the Security Intelligence Review Committee but it declined jurisdiction. No doubt the respondent supported that position.

¹⁰ *Supra*, note 2, at p. 23.

¹¹ *Supra*, note 6, at p. 60.

6.1 Cote de fiabilité

Les fonctionnaires qui souhaitent contester une décision négative fondée sur les résultats d'une vérification de la fiabilité peuvent utiliser la procédure actuelle de règlement des griefs conformément aux articles 91 et 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*¹⁰

Dans la lettre avisant la requérante de sa décision de révoquer sa cote, l'administrateur général déclare, relativement à cette décision:

[TRADUCTION] Si vous le désirez, vous pouvez contester cette décision en utilisant la procédure de grief du ministère conformément aux articles 91 et 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. À votre demande, le grief pourra être soumis directement au commissaire des services correctionnels. Vous pourriez aussi avoir le droit de porter la décision concernant votre cote de fiabilité approfondie devant la Commission des droits de la personne ou devant la Cour fédérale ou devant ces deux instances.

Par contre, selon la Commission des relations de travail dans la fonction publique, l'avocate de l'employeur aurait pris la position suivante devant la Commission:

À propos du second grief, l'avocat a déclaré qu'il n'y avait peut-être pas de redressement administratif d'offert, mais le Parlement avait prévu, au paragraphe 91 de la *Loi*, que certaines questions pouvaient faire l'objet de griefs, sans qu'il soit toutefois possible de renvoyer ceux-ci à l'arbitrage en vertu du paragraphe 92 de la *Loi*. Les affaires arbitrables se limitent à celles portant sur l'interprétation et l'application d'une convention collective ou concernant certaines questions disciplinaires. La révocation de la cote de fiabilité approfondie n'est pas arbitrale¹¹.

Le membre de la Commission qui a été saisi du grief a retenu cette position pour l'essentiel en affirmant que la révocation de la cote relevait uniquement du pouvoir discrétionnaire de l'employeur et qu'il s'agissait d'une décision de nature administrative; par conséquent, le tribunal ne pouvait réviser cette révocation que si ce pouvoir discrétionnaire avait été exercé de mauvaise foi.

La requérante a tenté de faire réviser la révocation par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, mais celui-ci s'est déclaré incompétent. Il ne fait aucun doute que l'intimé était d'accord avec ce raisonnement.

¹⁰ *Supra*, note 2, à la p. 23.

¹¹ *Supra*, note 6, à la p. 60.

Now the respondent takes the position that “the possession of a valid Enhanced Reliability Status is a qualification like any other.”¹² Yet the respondent argues that, although this is a matter of capacity of the applicant, the Appeal Board in hearing an appeal under subsection 31(2) concerning a recommendation by a deputy head that an employee be dismissed as incapable of performing her functions should not be able to review the decision by the same deputy head made at the same time to revoke her status, the decision which creates the incapacity.

While the respondent contends that revocation of status is the loss of a qualification like any other, it has cited jurisprudence to me such as *Lee v. Attorney General of Canada*¹³ to the effect that a lack of a security clearance and a lack of merit are two completely different things for purposes of appointment to the Public Service.

I have concluded, on the language of the section and on the argument advanced by the respondent, that the possession of enhanced reliability status, if the job description requires it, is a “qualification like any other” and the loss of that status renders a person incapable of performing her work at least in circumstances such as the present. I do not think that there is anything to be gained by elaborate distinctions being drawn on the basis of whether the disqualification flows from factors within or beyond the will of the individual. The word “incapable” is sufficiently broad to cover both situations. While wilful incapacitation may indeed be the subject of disciplinary proceedings, that does not of itself prevent a dismissal being recommended on the same facts. Whatever may be the distinction between merit and ordinary security clearances, I am satisfied that a person who is performing a job which requires enhanced reliability status and who loses that status through her own misconduct may be said to be incapable of continuing to fill her post.

¹² Respondent’s record, para. 27.

¹³ [1981] 2 S.C.R. 90.

Maintenant, l’intimé prétend que [TRADUCTION] «le fait d’avoir une cote de fiabilité approfondie valide est une qualité requise comme toutes les autres»¹². Toutefois, bien qu’il s’agisse de la capacité de la requérante, l’intimé soutient que, sous le régime du paragraphe 31(2), le Comité d’appel saisi de l’appel d’une recommandation de l’administrateur général visant le renvoi d’un fonctionnaire incapable de remplir ses fonctions ne devrait pas avoir le pouvoir de réviser la décision de révoquer sa cote, prise par le même administrateur général au même moment, savoir la décision dont découle l’incapacité.

L’intimé fait valoir que la révocation de sa cote prive la fonctionnaire d’une qualité requise comme toutes les autres, mais il invoque des arrêts comme *Lee c. Procureur général du Canada*¹³ portant que l’habilitation au secret et l’appréciation du mérite d’un candidat sont deux notions totalement différentes en vue de la nomination d’une personne au sein de la fonction publique.

J’ai conclu, en me fondant sur le libellé de l’article en cause et sur l’argument proposé par l’intimé, que le fait d’avoir une cote de fiabilité approfondie, lorsque la description de fonction l’exige, est une [TRADUCTION] «qualité requise comme toutes les autres» et que la perte de cette cote rend une personne incapable de remplir ses fonctions, du moins dans des circonstances comme celles dont je suis saisi. Je ne pense pas qu’il soit avantageux de quelque façon d’établir des distinctions complexes selon que la perte d’une qualité requise découle de facteurs qui sont ou non indépendants de la volonté de la personne en cause. Le mot «incapable» a une portée suffisamment large pour englober ces deux cas. Bien que la perte volontaire de la capacité d’un employé puisse effectivement faire l’objet d’une procédure disciplinaire, cela n’empêche pas en soi qu’on recommande le renvoi de l’employé en se fondant sur les mêmes faits. Peu importe la distinction à établir entre le mérite et l’habilitation au secret ordinaire, je suis convaincu qu’une personne qui exerce des fonctions exigeant une cote de fiabilité approfondie et qui perd cette cote en raison de ses actes, peut être considérée comme incapable de continuer à remplir ses fonctions.

¹² Dossier de l’intimé, par. 27.

¹³ [1981] 2 R.C.S. 90.

If yes, can an Appeal Board review the revocation of status?

As I have answered the first question in the affirmative, it flows in my view from the words of the statute that the Appeal Board can review the decision taken by the deputy head, as part of his decision to recommend dismissal, that the employee is incapable because in his view she is no longer entitled to enhanced reliability status. It appears to me that this is consistent with the position taken by both parties in this judicial review. The applicant is clearly attacking the decision of the Appeal Board for not having made a full review, particularly of the evidence on which the revocation decision was based. The respondent asserts that the loss of status is the loss of her qualification and therefore the loss of capacity. The logic of this is that the Appeal Board on an appeal under subsection 31(2) can review to the extent of its powers the decision that the employee no longer has that qualification and is thus incapable of working in her post.

If yes, what standard of review should be applied by the Appeal Board?

It should first be emphasized that subsection 31(2) states that where a deputy head has formed the opinion that an employee is incapable of performing his or her duties and should be released, and the deputy head has so recommended to the Commission, the employee

31. . . .

(2) . . . may appeal against the recommendation . . . to a board . . . to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

While the section uses the term “appeal” which implies the right to review the correctness of the decision appealed both with respect to law and fact, it must be noted that the decision appealed from is one authorized by subsection 31(1) where “in the opinion of” the deputy head an employee is incapable. This indicates that the decision is largely a discretionary one. The Federal Court of Appeal has defined the role of the Appeal Board in these circumstances. In

Le cas échéant, le Comité d’appel peut-il réviser la révocation de la cote?

Comme j’ai répondu à la première question par l’affirmative, le libellé de la Loi permet, selon moi, au Comité d’appel de réviser la décision, prise par l’administrateur général dans le cadre de sa décision de recommander le renvoi, portant que l’employé est incapable parce qu’on ne peut plus, à son avis, lui attribuer la cote de fiabilité approfondie. Il me semble que cette conclusion est compatible avec la position adoptée par les deux parties dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. La requérante conteste manifestement la décision du Comité d’appel de ne pas avoir procédé à un examen complet, plus particulièrement à l’examen de la preuve qui a fondé la décision de révoquer sa cote. L’intimé soutient que la perte de la cote de la requérante entraîne la perte de sa qualité et, partant, la perte de sa capacité. La logique qui sous-tend ce raisonnement veut que le Comité d’appel saisi d’un appel sous le régime du paragraphe 31(2) puisse réviser, dans la limite de ses pouvoirs, la décision portant qu’un employé n’a plus la qualité requise et n’est donc plus capable d’accomplir son travail.

Le cas échéant, quelle norme le Comité d’appel doit-il appliquer?

Il faut d’abord souligner qu’en vertu du paragraphe 31(2), lorsque l’administrateur général juge qu’un fonctionnaire est incapable de remplir ses fonctions et qu’il doit être renvoyé, et lorsque l’administrateur général recommande son renvoi à la Commission, le fonctionnaire

31. . . .

(2) . . . peut faire appel de la recommandation . . . devant un comité chargé . . . de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l’occasion de se faire entendre.

Bien que l’article utilise le terme «appel», qui sous-entend le droit d’examiner la validité de la décision, tant en ce qui a trait au droit qu’en ce qui a trait aux faits, il faut souligner que la décision visée est celle autorisée par le paragraphe 31(1) dans les cas où l’administrateur général «juge» que le fonctionnaire est incapable. C’est donc une décision en grande partie à caractère discrétionnaire. La Cour d’appel fédérale a défini le rôle du Comité d’appel en pareilles circons-

*Ahmad v. Public Service Commission*¹⁴ the Court observed (in the context of a recommendation based on incompetence) that whether a person is incompetent is a matter of opinion which should be accepted by the Appeal Board unless

(1) the deputy head failed to apply properly some specific statutory or other legal direction;

(2) there is proof of bad faith in the decision made by the deputy head; or

(3) unless a Board

had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent . . .

The same criteria should, it appears to me, apply with respect to the review powers of a board in respect of a decision concerning incapacity. A careful reading of *Ahmad* indicates that while deference should be shown by the Board in the first instance to the opinion formed by the deputy head, it can review the decision on matters of law, on the issue of good faith, and on the facts with the criterion apparently being correctness. This is what the Court of Appeal presumably meant when it said that if the Board had before it material that satisfied it "as a matter of fact" that the deputy head was wrong then it could reverse the deputy head.

I think there is another criterion for review which the Court of Appeal did not have occasion to mention, namely that of fairness in the deputy head's decision-making to which I will return later.

Applying the above criteria, there was no suggestion before me nor, I think, before the Board that the deputy head had failed to apply properly some specific statutory or other legal direction. Therefore that ground of review was not open to the Appeal Board. With respect to the question of good faith the Appeal Board did address this issue and found that there was no evidence that the employer failed to act in good

tances. Dans l'affaire *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*¹⁴, la Cour a noté (dans le contexte d'une recommandation fondée sur l'incompétence) que la question de savoir si une personne est incompétente est une question d'opinion que le Comité d'appel ne doit pas trancher, sauf si l'une ou l'autre des situations suivantes se présente:

a pétente est une question d'opinion que le Comité d'appel ne doit pas trancher, sauf si l'une ou l'autre des situations suivantes se présente:

b (1) l'administrateur général a mal appliqué une directive légale ou juridique;

(2) la preuve établit qu'il y a eu mauvaise foi dans la décision prise par l'administrateur général;

c (3) on a soumis au Comité

des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent . . .

d Il me semble que le même critère doit s'appliquer au pouvoir de révision d'un Comité relativement à une décision concernant l'incapacité. Un examen attentif de la décision *Ahmad* révèle que le Comité doit respecter de prime abord l'opinion de l'administrateur général, mais qu'il peut réviser sa décision en ce qui a trait au droit, à la question de la mauvaise foi et aux faits, leur exactitude étant apparemment le facteur à considérer. C'est vraisemblablement ce que la Cour d'appel voulait dire lorsqu'elle a déclaré que le Comité peut aller à l'encontre de la décision de l'administrateur général si on lui a soumis des documents établissant «effectivement» que l'administrateur général a eu tort.

Je crois qu'il existe un autre critère de révision dont la Cour d'appel n'a pas eu l'occasion de parler, soit le caractère équitable du processus décisionnel suivi par l'administrateur général, dont je reparlerai plus loin.

Appliquons maintenant les critères énoncés plus haut. On n'a pas suggéré devant moi ni, je le pense, devant le Comité, que l'administrateur général avait mal appliqué une directive légale ou juridique. Par conséquent, le Comité d'appel ne pouvait se fonder sur ce motif de révision. En ce qui a trait à la question de la bonne foi, le Comité d'appel s'est prononcé et a conclu qu'aucune preuve n'établissait que l'em-

¹⁴ [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), at pp. 646-647.

¹⁴ [1974] 2 C.F. 644 (C.A.), aux p. 646 et 647.

faith in this case. No such evidence has been suggested to me, though the harshness of the decision taken to dismiss the applicant even after severe disciplinary action would certainly invite consideration of this issue. I do not believe any reviewable error can be found on this ground on the basis of the record before me, however.

With respect to review of the findings of fact upon which the deputy head based his opinion, as contemplated in *Ahmad*, I believe the Board adequately performed its function. The essential facts were not in issue as to what had transpired. There was some dispute as to the depth of the relationship between the applicant and the inmate and, for reasons which I will state below, it appears to me the Board should have been concerned as to the procedure followed by the deputy head in revoking her enhanced reliability status. But the essential facts were that the applicant had had some kind of social contact with the inmate outside of prison and she did not report this to her superiors as the Code of Discipline required. Based on those facts, it was up to the deputy head to assess whether he could any longer trust the applicant with enhanced reliability status and the access which that would give her to documents and property of the institution. That was very much a matter of opinion and the essential facts underlining that opinion were not in dispute. In my view it was not open to the Board to review that opinion as such. While I do not necessarily equate the acquisition or loss of enhanced reliability status with the acquisition or loss of security clearance, the administrative law principles as to the non-reviewability, even on appeal, of matters of opinion, are essentially the same.¹⁵

In my view the fourth ground for review by an Appeal Board is with respect to the procedure employed by the deputy head in deciding that an employee is incapable of performing her duties. It is

¹⁵ See e.g. *Lee v. Attorney General of Canada*, *supra*, note 13; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 395.

ployeur n'avait pas agi de bonne foi en l'espèce. Aucune preuve à cet égard ne m'a été soumise, bien que la rigueur de la décision de renvoyer la requérante après l'application de mesures disciplinaires sévères puisse certainement donner lieu à l'examen de cette question. Je ne crois toutefois pas que les éléments dont je dispose me permettent de conclure, en me fondant sur ce critère, qu'une erreur susceptible de contrôle a été commise.

En ce qui a trait à l'examen des conclusions de fait sur lesquelles l'administrateur général a fondé son opinion, dont parle l'arrêt *Ahmad*, je crois que le Comité a bien exercé ses fonctions. Les faits essentiels n'étaient pas en litige quant aux révélations qui ont été faites. On a contesté l'importance des relations établies par la requérante avec le détenu et, pour les motifs énoncés plus loin, il me semble que le Comité aurait dû s'interroger sur la procédure suivie par l'administrateur général pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante. Voici toutefois les faits essentiels qui ont été établis: la requérante a eu des contacts sociaux quelconques avec le détenu à l'extérieur de la prison et elle n'en a pas averti ses supérieurs comme l'exige le Code de discipline. En se fondant sur ces faits, l'administrateur général était autorisé à décider s'il pouvait toujours avoir assez confiance en la requérante pour qu'elle conserve sa cote de fiabilité approfondie et qu'elle continue, grâce à cette cote, à avoir accès aux documents et aux biens de l'établissement. C'était beaucoup une question d'opinion et les faits essentiels sous-tendant cette opinion n'étaient pas en litige. Selon moi, le Comité ne pouvait pas réviser cette opinion comme telle. Bien que je n'établisse pas nécessairement d'équivalence entre l'acquisition ou la perte de la cote de fiabilité approfondie et l'acquisition ou la perte de l'habilitation au secret, les principes de droit administratif applicables selon lesquels les questions d'opinion ne sont pas susceptibles de révision, même en appel, demeurent essentiellement les mêmes¹⁵.

Selon moi, le quatrième critère applicable à la révision par un comité d'appel concerne la procédure suivie par l'administrateur général pour décider qu'un fonctionnaire est incapable de remplir ses fonctions.

¹⁵ Voir, par exemple, *Lee c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 13; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 395.

not surprising that the Federal Court of Appeal did not refer to this as a ground for review in its decision in *Ahmad* rendered in 1974. That was before the concept of fairness had been generally recognized as a requirement even in the making of administrative decisions.¹⁶ It has been held recently by the Supreme Court of Canada in *Thomson v. Canada*¹⁷ that:

... the Deputy Minister was under a duty to comply with the principles of procedural fairness in the context of security clearance decision-making. Generally speaking, fairness requires that a party must have an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's own position.

If fairness is required in the taking of security decisions which may involve state security and matters of urgency, then *a fortiori* it should be required in the making of a mere decision concerning ordinary reliability. In the present case, as noted earlier, although the applicant had had a hearing before the disciplinary decision was taken against her, she was not interviewed or consulted or advised prior to the decision by the Deputy Commissioner to revoke her enhanced reliability status. This matter was raised before the Appeal Board. In response to argument by the applicant to the effect that she should have been given an opportunity to be heard before the decision was made the Board stated as follows:

The procedure followed by the deputy head in arriving at a decision to remove an enhanced reliability status is relevant to an inquiry conducted under section 31 of the *Public Service Employment Act* to the extent that it brings into question the accuracy or reliability of the information on which the decision is made.¹⁸

As the Board found the relevant "information" not to be in dispute, it found it unnecessary to consider the propriety of the procedure. In my view this is wrong in law. In effect the Appeal Board was saying that it can only review the procedure followed by the deputy head if that procedure resulted in a wrong decision. That is not the law with respect to a requirement of fairness in decision-making. Whether the ultimate

Il n'est pas surprenant que la Cour d'appel fédérale n'en ait pas fait mention dans l'arrêt *Ahmad* rendu en 1974. À cette époque, le concept de l'équité n'avait pas encore été reconnu de façon générale comme une exigence à respecter, même dans la prise de décisions à caractère administratif¹⁶. Dans l'affaire *Thomson c. Canada*¹⁷, la Cour suprême du Canada a décidé récemment que:

Le sous-ministre était donc tenu de se conformer aux principes de l'équité procédurale dans le contexte des décisions en matière d'octroi des habilitations de sécurité. D'une manière générale, l'équité exige qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve.

S'il faut respecter l'équité lorsqu'on prend des décisions concernant le secret, qui touchent à la sécurité de l'État et aux situations d'urgence, il faut à plus forte raison la respecter lorsqu'on prend simplement une décision concernant la fiabilité ordinaire. En l'espèce, comme je l'ai dit plus tôt, la requérante a eu droit à une audience avant la prise de mesures disciplinaires contre elle, mais on ne l'a ni interrogée, ni consultée, ni avertie avant que le sous-commissaire décide de révoquer sa cote de fiabilité approfondie. Cette question a été soulevée devant le Comité d'appel. En réponse à la prétention de la requérante selon laquelle on aurait dû lui fournir l'occasion d'être entendue avant que cette décision soit prise, le Comité a déclaré:

[TRADUCTION] La procédure suivie par l'administrateur général pour parvenir à la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie est pertinente à l'enquête menée sous le régime de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* dans la mesure où elle touche à l'exactitude ou à la fiabilité des renseignements sur la foi desquels la décision a été prise¹⁸.

Étant donné que le Comité a conclu que les «renseignements» pertinents n'étaient pas en litige, il n'a pas jugé nécessaire d'examiner la validité de la procédure suivie. Selon moi, il s'agit là d'une erreur de droit. En effet, le Comité d'appel a affirmé qu'il ne pouvait réviser la procédure suivie par l'administrateur général que si cette procédure avait donné lieu à une décision erronée. Ce n'est pas ce que prévoient les règles

¹⁶ See now e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

¹⁷ *Supra*, note 15, at p. 402.

¹⁸ *Supra*, note 5, at pp. 13-14.

¹⁶ Voir maintenant, par exemple, *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

¹⁷ *Supra*, note 15, à la p. 402.

¹⁸ *Supra*, note 5, aux p. 13 et 14.

decision is right or wrong it can be set aside as invalid if there has been a denial of fairness.¹⁹ It was an error of law on the part of the Appeal Board to fail to review the procedure followed by the deputy head. That procedure may well have resulted in a denial of fairness. Whether the procedure was fair is not a decision I can make but it is one which the Appeal Board must make and the matter must be referred back for consideration by the Board on that aspect.

Should the Appeal Board have found a prior warning was required?

The applicant contended before the Appeal Board that the deputy head had a duty to warn an employee of the possible consequences of her actions before making a recommendation to release her. Further, it was argued that the employer had a duty to refer her for counselling to determine whether rehabilitation was possible. The Appeal Board considered this argument and rejected it on the basis that there might be a duty to warn if what concerned the deputy head was a pattern of poor judgment. But what the deputy head was concerned about was one (in his view) serious instance of poor judgment which caused him to exercise his discretion to dismiss. In those circumstances, according to the Board, he was entitled to decide that he could not again trust the judgment of this individual.

The duty to warn has been confirmed and elaborated by the Federal Court of Appeal in cases such as *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*²⁰ and *Clare v. Canada (Attorney General)*.²¹ These cases involved long-term employees who had in each case worked for 22 or 23 years for the federal Government. In *Dansereau* the Court stated:²²

¹⁹ *Cardinal*, *supra* note 16, at pp. 660-661.

²⁰ [1991] 1 F.C. 444 (C.A.).

²¹ [1993] 1 F.C. 641 (C.A.).

²² *Supra*, note 20, at p. 460.

de droit relatives à l'obligation d'agir équitablement dans la prise d'une décision. Que la décision définitive soit juste ou erronée, elle peut être déclarée invalide et annulée s'il y a eu négation du droit à une audition équitable¹⁹. Le Comité d'appel a commis une erreur de droit en omettant d'examiner la procédure suivie par l'administrateur général. Cette procédure peut très bien avoir donné lieu à la négation du droit de la requérante à une audition équitable. Je ne peux pas me prononcer sur le caractère équitable de la procédure, mais le Comité d'appel doit le faire et le dossier doit lui être renvoyé pour qu'il examine cette question.

Le Comité d'appel aurait-il dû conclure qu'un avertissement préalable était nécessaire?

La requérante a soutenu devant le Comité d'appel que l'administrateur général avait l'obligation d'avertir un fonctionnaire des conséquences éventuelles de ses actes avant de recommander son renvoi. Elle a en outre prétendu que l'employeur avait le devoir de lui offrir des services de counselling pour déterminer si elle pouvait être réhabilitée. Le Comité d'appel a étudié cet argument et l'a rejeté en déclarant que l'administrateur général pouvait avoir l'obligation d'avertir le fonctionnaire lorsqu'il mettait en doute le jugement habituel du fonctionnaire. Par contre, en l'espèce, l'administrateur général a agi à la suite d'une seule occasion à laquelle la requérante a fait preuve d'un manque de jugement (selon lui) qui l'a poussé à exercer son pouvoir discrétionnaire de congédiement. Dans les circonstances, le Comité a jugé qu'il était autorisé à décider qu'il ne pouvait dorénavant pas se fier au jugement de cette personne.

L'obligation de donner un avis a été confirmée et précisée par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*²⁰ et *Clare c. Canada (Procureur général)*²¹. Ces causes concernaient des employés à long terme qui travaillaient depuis 22 ou 23 ans au service du gouvernement fédéral. Dans l'affaire *Dansereau*, la Cour a déclaré²²:

¹⁹ *Cardinal*, *supra*, note 16, aux p. 660 et 661.

²⁰ [1991] 1 C.F. 444 (C.A.).

²¹ [1993] 1 C.F. 641 (C.A.).

²² *Supra*, note 20, à la p. 460.

I therefore conclude on this point for the purposes of the case at bar that when an employee who has performed the same duties for several years consistently receives satisfactory performance reports and is not the subject of any serious criticism by his employer, a presumption results that he has the necessary competence to perform the said duties and, in the absence of unusual or urgent circumstances, the employer cannot dismiss him for incompetence without telling him of the mistakes he is alleged to have made, without giving him an opportunity to correct them and without indicating to him the risk of dismissal he runs if they are not corrected. Of course, each case will be decided on its own merits and the type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances.

The present case is not on all fours with the facts in those cases. In the present case the applicant had apparently worked at the Kent Institution on a short-term basis in 1988 and perhaps part of 1989. But she was only appointed to the position in question effective December 4, 1989 and had worked there only some thirteen months when the events occurred which gave rise to her dismissal. Therefore the same "presumption" referred to in *Dansereau* probably could not be said to have arisen in this case. Further, I think it was open to the Board in effect to conclude, in the language of *Dansereau*, that these were unusual or urgent circumstances where the deputy head in the exercise of his discretion formed the opinion that he could no longer tolerate the presence of this employee in the institution. While the Appeal Board did not put it in those precise terms, I believe that that is the essence of what the Board decided and it was a decision legally open to it.

Disposition

The application for judicial review must therefore be dismissed except with respect to the failure of the Board to consider properly the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant's enhanced reliability status. The matter will be referred back to the Board for reconsideration of that question in accordance with these reasons.

Aussi, je conclus sur ce point, pour les fins du présent dossier, que lorsqu'un employé qui a exercé les mêmes fonctions pendant plusieurs années reçoit de façon constante des rapports de rendement satisfaisants et n'est l'objet d'aucune critique sérieuse de la part de son employeur, il se dégage une présomption qu'il a la compétence voulue pour exercer lesdites fonctions et l'employeur, sauf circonstances extraordinaires ou pressantes, ne saurait le congédier pour cause d'incompétence à moins qu'il ne l'ait informé des lacunes qui lui sont reprochées, qu'il ne lui ait donné la possibilité de les corriger et qu'il ne lui ait indiqué les dangers de congédiement auxquels il s'exposait s'il ne les corrigeait pas. Chaque cas, bien sûr, en sera un d'espèce et le type d'avertissement ainsi que la période de correction varieront au gré des circonstances.

Les faits de l'espèce ne correspondent pas parfaitement aux faits en cause dans ces instances. Dans le présent dossier, la requérante avait apparemment travaillé à l'établissement Kent à court terme en 1988 et peut-être pendant une partie de l'année 1989. Elle n'a toutefois été nommée au poste en cause que le 4 décembre 1989 et elle exerçait ses fonctions depuis seulement treize mois environ lorsque les événements qui ont donné lieu à son renvoi sont survenus. Par conséquent, la «présomption» mentionnée dans l'arrêt *Dansereau* ne s'appliquait probablement pas en l'espèce. De plus, je pense que le Comité pouvait effectivement conclure que, selon les termes utilisés dans l'arrêt *Dansereau*, des circonstances extraordinaires ou pressantes ont incité l'administrateur général, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à juger qu'il ne pouvait dorénavant plus tolérer la présence de cette fonctionnaire dans l'établissement. Bien que le Comité d'appel ne se soit pas exprimé précisément en ces termes, je pense que c'est pour l'essentiel la décision prise par le Comité et qu'il pouvait, en droit, prendre cette décision.

Dispositif

La demande de contrôle judiciaire doit donc être rejetée, sauf en ce qui a trait à l'omission du Comité d'examiner convenablement la procédure suivie par l'administrateur général pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante. L'affaire sera renvoyée au Comité pour qu'il réexamine cette question en conformité avec les présents motifs.

T-505-94
T-506-94
T-508-94

T-505-94
T-506-94
T-508-94

Canadian Broadcasting Corporation (Applicant)

La Société Radio-Canada (requérante)

v.

^a c.

Sergeant Mark Adam Boland, Master Corporal Clayton Matchee, Her Majesty the Queen and Private Elvin Kyle Brown (Respondents)

Le sergent Mark Adam Boland, le caporal-chef Clayton Matchee, Sa Majesté la Reine et le soldat Elvin Kyle Brown (intimés)

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. BOLAND (T.D.)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. BOLAND (1^{re} INST.)

Trial Division, Simpson J.—Ottawa, June 13, 16 and September 28, 1994. ^c

Section de première instance, juge Simpson—Ottawa, 13 et 16 juin et 28 septembre 1994.

Armed forces — Applications for judicial review of Judge Advocate's decisions banning publication of evidence filed at court martial of soldier charged with killing prisoner in Somalia — Judge Advocate, applying test in R. v. Oakes, rejecting total ban, granting ban on more limited terms — Court martial having common law jurisdiction to make non-publication orders — Orders ineffective if civilian media not bound — Real, substantial risk fair trial impossible without non-publication orders — Criminal Code, s. 648 not applicable in court martial proceeding but Judge Advocate having jurisdiction to make order identical to that under Code.

Forces armées — Demandes de contrôle judiciaire contre les décisions du juge-avocat portant interdiction de publier des preuves versées au dossier de la cour martiale jugeant un soldat accusé d'avoir tué un prisonnier en Somalie — Le juge-avocat, appliquant le critère dégagé par l'arrêt R. c. Oakes, n'a pas ordonné l'interdiction intégrale, mais une interdiction partielle — Les cours martiales ont compétence en common law pour rendre des ordonnances de non-publication — Ces ordonnances ne serviraient à rien si elles n'avaient pas force obligatoire pour les médias civils — Risque véritable et considérable qu'un procès équitable soit impossible sans les ordonnances de non-publication — L'art. 648 du Code criminel ne s'applique pas aux cours martiales, mais le juge-avocat a compétence pour rendre une ordonnance semblable à l'ordonnance de non-publication prévue dans cette disposition.

Broadcasting — CBC seeking judicial review of non-publication orders in court martial of Canadian soldier on ground prevented from discharging mandate under Broadcasting Act — Bans preventing media from identifying role played by other accused in death of Somali prisoner and from publishing photographs taken during torture — Civilian media bound — Orders justified as real, substantial risk fair trial otherwise impossible.

Radiodiffusion — Recours en contrôle judiciaire exercés par la SRC contre les ordonnances de non-publication rendues dans le cadre d'un procès en cour martiale d'un soldat canadien par ce motif qu'elles l'empêchaient de remplir sa mission qu'elle tient de la Loi sur la radiodiffusion — Ces ordonnances interdisaient aux médias d'identifier le rôle joué par les autres accusés dans la mort du prisonnier somalien et de publier les photographies des scènes de torture — Elles sont exécutoires à l'égard des médias civils — Elles sont justifiées en raison du risque véritable et considérable qu'un procès équitable soit impossible en leur absence.

Charges were laid against a Canadian soldier, Private Brown, in connection with the torture and death of a young Somali man while in custody of the Canadian Airborne Regiment. The CBC brought applications for judicial review of the decisions made by the Judge Advocate at Brown's Court Martial ordering bans on the publication of certain evidence and of the exhibits filed during the Court Martial. The evidence and exhibit bans meant that, in reporting on the Court Martial, the media could neither identify the role played by any of the other accused in the events leading to the Somali's death, nor publish the sixteen photographs taken during his torture. The CBC argued that the exhibit ban would prevent it from properly discharging its mandate under the *Broadcasting Act* and that such

Un soldat canadien, le soldat Brown, était poursuivi pour torture et meurtre sur la personne d'un jeune Somalien qui était sous la garde du Régiment aéroporté du Canada. La Société Radio-Canada a présenté des demandes de contrôle judiciaire contre la décision du juge-avocat d'interdire la publication de certaines preuves et pièces versées au dossier de la cour martiale. Les interdictions relatives aux preuves et aux pièces signifiaient que, dans les comptes rendus du procès, les médias n'avaient ni le droit d'identifier le rôle joué par l'un quelconque des autres accusés dans les événements précédant la mort du Somalien, ni le droit de publier les 16 photographies des scènes de torture sur la personne de celui-ci. La SRC fait valoir que l'interdiction relative aux pièces l'empêchait de

ban discriminates against television broadcasters who rely primarily on pictures to present their news stories. Four issues were addressed herein: 1) whether the Judge Advocate had jurisdiction to make the non-publication orders; 2) whether such orders bound the civilian media; 3) whether they were justified and 4) whether section 648 of the *Criminal Code* applies to the Brown court martial.

Held, the applications should be dismissed.

1) A court martial is a statutory tribunal and an inferior court of record, and at common law, inferior courts of record have inherent jurisdiction to issue non-publication orders as part of their duty to ensure that justice is done. That being so, the issue was whether that jurisdiction had been lost since non-publication orders are not specifically mentioned in the *National Defence Act* or in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* and since there is no saving provision for the common law jurisdiction. The inherent common law jurisdiction to impose a ban on publication continues to exist because it has not been taken away by statute. Parliament had no intention of removing this important jurisdiction simply by omitting reference thereto in the *National Defence Act*. Moreover, in matters of criminal law such as the Brown Court Martial, subsection 8(2) of the *Criminal Code* expressly continues the common law inherent jurisdiction of inferior courts of record. For both these reasons, the Judge Advocate had jurisdiction to order the evidence and exhibit bans in the Brown Court Martial.

2) Section 60 of the *National Defence Act* cannot be read as a limitation on a judge advocate's inherent common law jurisdiction to make non-publication orders which would operate effectively to protect the integrity of the court martial process. The non-publication orders would be ineffective, at least in Canada, if they did not bind the civilian media. In the absence of a contrary authority or statutory provision, the Judge Advocate at the Brown Court Martial had jurisdiction to make an effective non-publication order which bound the civilian media.

3) In his reasons justifying the non-publication orders, the Judge Advocate acknowledged that he was faced with "a direct conflict in this case between a right and a freedom both guaranteed by the Charter." He declined to impose a total ban in favour of the more limited terms found in the evidence and exhibit bans. He was also justified in rejecting the CBC's suggestion that prospective panel members and witnesses be "cut off" from all media by his order. Such an order would have been unrealistic and unenforceable and would not have provided meaningful protection for the fair trials of the other accused. The Judge Advocate committed no error in law in stating that there was a real and substantial risk that a fair trial would be impossible without the non-publication orders.

remplir convenablement sa mission qu'elle tient de la *Loi sur la radiodiffusion* et valait discrimination contre les télédiffuseurs puisque ceux-ci présentent les informations surtout par les images. Ce recours soulève quatre questions, savoir: 1) si le juge-avocat est investi du pouvoir de rendre des ordonnances de non-publication; 2) si pareilles ordonnances ont force obligatoire pour les médias civils; 3) si elles sont justifiées; et 4) si l'article 648 du *Code criminel* s'applique au procès en cour martiale de Brown.

Jugement: les demandes sont rejetées.

1) Une cour martiale est un tribunal créé par la loi et une cour d'archives inférieure, et en common law, les cours d'archives inférieures ont compétence inhérente pour rendre des ordonnances de non-publication, dans le cadre de leur fonction qui est de s'assurer que justice est faite. Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner si les cours martiales ont perdu cette compétence puisque ni la *Loi sur la défense nationale* ni les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* ne renferment une disposition autorisant expressément les ordonnances de non-publication ou prévoyant le maintien de la compétence de common law qui les justifie. La compétence inhérente de common law pour interdire la publication continue d'exister parce qu'elle n'a été supprimée par aucune loi. Le législateur n'a pas entendu supprimer cette importante compétence juste en omettant de la mentionner dans la *Loi sur la défense nationale*. D'autant plus que dans les affaires criminelles, tel le procès en cour martiale de Brown, le paragraphe 8(2) du *Code criminel* maintient expressément en vigueur la compétence inhérente de common law des cours d'archives inférieures. Par ces deux motifs, le juge-avocat avait compétence pour interdire la publication des preuves et des pièces dans le procès Brown.

2) L'article 60 de la *Loi sur la défense nationale* ne peut s'interpréter comme limitant la compétence inhérente de common law d'un juge-avocat en matière d'ordonnances de non-publication qui seraient exécutoires pour préserver l'intégrité du processus des cours martiales. Une ordonnance de ce genre ne servirait à rien, du moins au Canada, si elle n'avait pas force obligatoire pour la presse civile. Faute de jurisprudence ou de texte de loi en sens contraire, le juge-avocat siégeant au procès Brown avait compétence pour rendre une ordonnance de non-publication, applicable également aux médias civils.

3) Dans les motifs d'ordonnance de non-publication, le juge-avocat reconnaissait qu'il se trouvait confronté «au conflit direct entre un droit et une liberté, garantis l'un et l'autre par la Charte». Il a rejeté l'interdiction intégrale en faveur des dispositions plus limitées qu'on trouve dans les interdictions relatives aux preuves et aux pièces. Il a eu également raison de rejeter la suggestion de la SRC d'«isoler» par son ordonnance les membres de la Cour et les témoins éventuels de tous les médias. Pareille ordonnance serait irréaliste et impossible à appliquer; elle n'assurerait pas vraiment un procès équitable pour les autres accusés. Le juge-avocat n'a pas commis une erreur de droit en concluant qu'il existait un risque véritable et considérable, savoir qu'un procès équitable serait impossible sans les ordonnances de non-publication.

4) Contrary to the Judge Advocate's finding, section 648 of the *Criminal Code* does not apply in a court martial proceeding. However, it was within the jurisdiction of a judge advocate in a court martial to make an order similar to or identical to the non-publication order codified in subsection 648(1) of the *Criminal Code*.

4) Contrairement à la conclusion du juge-avocat, l'article 648 du *Code criminel* ne s'applique pas aux cours martiales. Cependant, le juge-avocat siégeant en cour martiale a compétence pour rendre une ordonnance semblable ou identique à l'ordonnance de non-publication prévue au paragraphe 648(1) du *Code criminel*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 7, 11(d), 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(2), 276.3(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 38, s. 2), 486(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 23, s. 1), (4) (as am. *idem*), 517(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 101), 539(1) (as am. *idem*, s. 97), 648.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(4) (as enacted *idem*, s. 5).
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 60 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60), 118, 302.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), art. 101.07.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Wood (D.A.) (No. 2) (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (S.C.); *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; (1991), 66 C.C.C. (3d) 454; 7 C.R. (4th) 233; 128 N.R. 321; 49 O.A.C. 83; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

DISTINGUISHED:

Ryan v. The Queen (1987), 4 C.M.A.R. 563 (C.M.A.C.); *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.).

CONSIDERED:

Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais (1992), 12 O.R. (3d) 239; 99 D.L.R. (4th) 326; 12 C.R.R. (2d) 229; 59 O.A.C. 310 (C.A.); *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Ont. Gen. Div.).

REFERRED TO:

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299; (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; 28 C.R.N.S. 87 (B.C.C.A.); *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Ont. Gen. Div.).

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. 2b), 7, 11d), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(2), 276.3(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 38, art. 2), 486(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 23, art. 1), (4) (mod., *idem*), 517(1), 539(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 97), 648.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(4) (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 60 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60), 118, 302.
Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968), art. 101.07.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Wood (D.A.) (No. 2) (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (C.S.); *R. v. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; (1991), 66 C.C.C. (3d) 454; 7 C.R. (4th) 233; 128 N.R. 321; 49 O.A.C. 83; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Ryan c. La Reine (1987), 4 C.A.C.M. 563 (C.A.C.M.); *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais (1992), 12 O.R. (3d) 239; 99 D.L.R. (4th) 326; 12 C.R.R. (2d) 229; 59 O.A.C. 310 (C.A.); *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Div. gén. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299; (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; 28 C.R.N.S. 87 (C.A.C.-B.); *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Div. gén. Ont.).

APPLICATIONS for judicial review of Judge Advocate's decisions ordering bans on the publication of certain evidence and exhibits filed at a court martial. Applications denied.

DEMANDES de contrôle judiciaire contre des décisions du juge-avocat portant interdiction de publier certaines preuves et pièces versées au dossier d'une cour martiale. Demandes rejetées.

a

COUNSEL:

AVOCATS:

Edith H. Cody-Rice and Leslie Saunders for applicant.
Arnold Fradkin for respondents.

Edith H. Cody-Rice et Leslie Saunders pour la requérante.
Arnold Fradkin pour les intimés.

b

SOLICITORS:

PROCUREURS:

Canadian Broadcasting Corporation, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Société Radio-Canada, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

c

d

The following are the reasons for order rendered in English by

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

SIMPSON J.: On March 16, 1993 a young Somali man, Shidane Arone (Arone) died in the custody of the Canadian Airborne Regiment. It was serving as part of Canada's commitment to the United Nations' peacekeeping efforts in Somalia. Charges were laid in connection with Arone's torture and murder and the first accused to be tried was Private Elvin Kyle Brown (Brown).

e

LE JUGE SIMPSON: Le 16 mars 1993, un jeune Somalien, Shidane Arone (Arone), mourut pendant qu'il était sous la garde du Régiment aéroporté du Canada, qui faisait partie des forces de maintien de la paix des Nations Unies en Somalie. Des militaires ont été poursuivis pour torture et meurtre sur la personne d'Arone, et le premier accusé à subir son procès a été le soldat Elvin Kyle Brown (Brown).

f

The General Court Martial of Private Brown (the Brown court martial) led to three applications by the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC). The applications are for judicial review pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] (the Act). Two applications concern decisions made by Judge Advocate Lieutenant-Colonel J. S.T. Pitzul (the Judge Advocate) on February 14, 1994 and February 22, 1994 wherein he ordered bans on the publication of certain evidence and of the exhibits filed during the Brown court martial. The third application concerns a decision made by the Judge Advocate on February 14, 1994 wherein he concluded that section 648 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] applied to the Brown court martial.

g

Le procès en cour martiale générale du soldat Brown (le procès Brown) a donné lieu à trois demandes de contrôle judiciaire présentées par la Société Radio-Canada (la SRC) sous le régime de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] (la Loi). Deux de ces demandes visent les décisions rendues par le juge-avocat lieutenant-colonel J. S.T. Pitzul (le juge-avocat) le 14 et le 22 février 1994 pour interdire respectivement la publication de certaines preuves et des pièces versées au dossier du procès Brown. La troisième demande vise la décision rendue le 14 février 1994 par le juge-avocat qui concluait que l'article 648 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] s'appliquait au procès Brown.

h

i

j

By way of background, a brief description of court martial proceeding is in order. The Code of Service Discipline (the Code) is found as Parts IV to IX of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (the NDA). The Code defines the standard of conduct to which military personnel and certain civilians are subject and provides for military tribunals to deal with offenders. Certain provisions of the Code are clarified and procedural details are provided in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* [(1968 Revision)] (the QR&O).

Offences under the Code (service offences) are punishable whether they are committed in Canada or abroad and a person charged with a service offence may be tried outside Canada. Service offences include offences under the *Criminal Code*, as well as other offences which exist only in the military.

Under the Code, there are four types of courts martial. One is a General Court Martial, such as the Brown court martial. General Courts Martial take jurisdiction over the most serious offences and have the power to impose the most severe penalties. The main participants in a General Court Martial are the prosecutor, the Judge Advocate and a panel composed of the president and four other members (the panel). The prosecutor is responsible for making the case against the accused. The Judge Advocate officiates at the court martial and determines questions of law or mixed questions of fact and law. However, he is not a trier of fact. The role of the president is to ensure that the court martial is conducted in an orderly and judicial manner. The panel members are all senior officers. They determine the guilt or innocence of the accused by a majority vote and, if necessary, they impose a sentence.

Those who were charged in addition to Brown with offences related to the death of Arone (the

Pour plus de clarté, il convient de rappeler brièvement la procédure des cours martiales. Le code de discipline militaire (le Code), qui comprend les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, (la LDN) définit les règles de conduite auxquelles sont soumis les militaires et certains employés civils, et soumet les contrevenants à la juridiction des tribunaux militaires. Certaines dispositions du code sont clarifiées et les détails de procédure fixés dans les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* [(Révision de 1968)] (les ORFC).

Les infractions au code (infractions d'ordre militaire) sont punissables qu'elles soient commises au Canada ou à l'étranger, et une personne poursuivie pour infraction d'ordre militaire peut être jugée à l'étranger. Les infractions d'ordre militaire comprennent les infractions au *Code criminel* ainsi que des infractions d'ordre militaire proprement dites.

Selon le code, il y a quatre types de cour martiale, dont l'un est la cour martiale générale, tel le procès Brown. La cour martiale générale connaît des infractions les plus graves et est habilitée à appliquer les peines les plus lourdes. Une cour martiale générale est composée principalement du procureur, du juge-avocat et la cour proprement dite qui comprend le président et quatre autres membres de la cour. Le procureur requiert contre l'accusé. Le juge-avocat participe à la cour martiale où il tranche les questions de droit ou les questions mixtes de droit et de fait. Il n'est cependant pas le juge des faits. Le président veille à ce que l'audience se déroule dans l'ordre et selon les règles judiciaires. Les membres de la cour sont tous des officiers supérieurs. Ils se prononcent sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé à la majorité des voix et, le cas échéant, prononcent la peine applicable.

Ceux qui étaient accusés en sus de Brown d'infractions ayant un rapport avec la mort d'Arone (les pro-

related proceedings) will hereinafter be referred to collectively as the other accused. The related proceedings have unfolded as follows:

cès connexes) seront collectivement appelés ci-après les autres accusés. En voici l'état récapitulatif:

<u>Accused</u>	<u>Charges</u>	<u>Trial Date</u>	<u>Status at Sept. 19, 1994</u>	<i>a</i>	<u>Accusé</u>	<u>Chefs d'accusation</u>	<u>Date du procès</u>	<u>État de la cause au 19 septembre 1994</u>
Private Brown: (Brown)	Second degree murder and torture	February 14, 1994	March 18, 1994, guilty of man-slaughter, and torture. Sentenced to 5 years in prison and dismissal with disgrace from Her Majesty's Service	<i>b</i>	Soldat Brown (Brown)	Meurtre au deuxième degré et torture	14 fév. 1994	18 mars 1994: verdict d'homicide involontaire coupable et de torture. Emprisonnement de 5 ans et destitution ignominieuse
Sergeant Gresty: (Gresty)	Negligent performance of a military duty	March 21, 1994	Acquitted on April 11, 1994	<i>d</i>	Sergent Gresty (Gresty)	Exécution négligente d'obligations militaires	21 mars 1994	Acquitté le 11 avril 1994
Sergeant Boland: (Boland)	Torture and negligent performance of a military duty	April 29, 1994	Acquitted on torture charge and pleaded guilty to negligence charge, sentenced to 90 days detention	<i>e</i>	Sergent Boland (Boland)	Torture et exécution négligente d'obligations militaires	29 avril 1994	Acquitté du chef de torture, a plaidé coupable du chef de négligence — Condamné à 90 jours de détention
Major Seward (Seward)	Unlawfully causing bodily harm	May 9, 1994	Acquitted on June 3, 1994	<i>g</i>	Major Seward (Seward)	Infliction illégale de lésions corporelles	9 mai 1994	Acquitté le 3 juin 1994
Master Corporal Matchee (Matchee)	Murder and torture	April 25, 1994	Proceedings terminated as Matchee was unfit to stand trial	<i>h</i>	Caporal-chef Matchee (Matchee)	Meurtre et torture	25 avril 1994	Action éteinte, Matchee n'étant pas en état de passer en jugement
Lieutenant-Colonel Mathieu (Mathieu)	Negligent performance of a military duty	May 30, 1994	Acquitted, on June 24, 1994	<i>i</i>	Lieutenant-colonel Mathieu (Mathieu)	Exécution négligente d'obligations militaires	30 mai 1994	Acquitté le 24 juin 1994
Private Brockelbank (Brockelbank)	Torture and negligent performance of a military duty	Originally February 28, 1994 Adjourned to Oct. 11, 1994	Pending	<i>j</i>	Soldat Brockelbank (Brockelbank)	Torture et exécution négligente d'obligations militaires	Initialement prévu pour le 28 fév. 1994, ajourné au 11 oct. 1994	Affaire pendante

The Motions for Non-Publication Orders

During the Brown court martial, Boland, one of the other accused, was given the right to intervene to seek relief, pursuant to section 7, paragraph 11(d) and subsection 24(1) 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 sought an order which would have entirely prohibited the publication or broadcast in any form of the proceedings in the Brown court martial until such time as Boland's court martial was completed.

Counsel for Matchee also requested a non-publication order and was permitted to intervene for that purpose. The applications made by Boland and Matchee were supported by the prosecution. Of the remaining other accused, Brockelbank, Seward and Mathieu were not represented and took no position. Gresty did not oppose the applications.

Counsel for the CBC was given leave to intervene to oppose the granting of orders banning publication. Brown's counsel also opposed on the basis that a non-publication order was not in his client's interest.

The Non-Publication Orders

The Judge Advocate made the following two orders which were, to his knowledge, the first non-publication orders made by a Canadian court martial.

1. The Non-Publication of Evidence—February 14, 1994

This court orders that the application for a temporary total ban on publication of the evidence at the trial of Private Brown be dismissed. This court, however, orders a ban on the publication of evidence at the trial of Private Brown, which directly or by necessary implication identifies Private Brockelbank, Sergeant Gresty, Sergeant Boland, Major Seward, Master Corporal Matchee or Lieutenant-Colonel Mathieu in the commission of an offense for which they have been charged and includes their name, rank and position held.

I turn now to the duration of the ban. It shall be temporary but remain in force and effect until the later of:

Les requêtes en ordonnance de non-publication

Au procès Brown, Boland, l'un des autres accusés, s'est vu accorder le droit d'intervenir et d'exercer un recours fondé sur l'article 7, l'alinéa 11d) et le paragraphe 24(1) 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), pour conclure à une ordonnance portant interdiction absolue de toute publication ou diffusion, sous quelque forme que ce soit, de ce qui se passait au procès Brown, et ce, jusqu'à la conclusion de son propre procès en cour martiale.

L'avocat de Matchee concluait lui aussi à une ordonnance de non-publication et s'est vu accorder le droit d'intervenir à cet effet. Les requêtes introduites par Boland et Matchee avaient le soutien de la poursuite. Parmi les autres accusés, Brockelbank, Seward et Mathieu n'étaient pas représentés et n'ont pas pris position. Gresty ne s'est pas opposé à ces requêtes.

L'avocat de la SRC s'est vu accorder l'autorisation d'intervenir pour s'opposer à l'octroi des ordonnances de non-publication. L'avocat de Brown s'y est également opposé par ce motif que pareille ordonnance était contraire aux intérêts de son client.

Les ordonnances de non-publication

Le juge-avocat a rendu les deux ordonnances suivantes, lesquelles étaient, à sa connaissance, les premières ordonnances de non-publication rendues par une cour martiale canadienne.

1. L'interdiction de publier les preuves—14 février 1994

[TRADUCTION] La Cour rejette la requête en interdiction totale temporaire de la publication des preuves produites au procès du soldat Brown. La Cour interdit cependant la publication des preuves produites au procès Brown et qui, directement ou implicitement, identifient le soldat Brockelbank, le sergent Gresty, le sergent Boland, le major Seward, le caporal-chef Matchee ou le lieutenant-colonel Mathieu avec la perpétration d'une infraction dont ils ont été accusés, ce qui s'entend également de leurs nom, rang et fonctions.

J'en viens maintenant à la durée de l'interdiction. Elle sera temporaire mais demeurera en vigueur jusqu'à la fin des procès et procédures suivants:

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>a. the termination of proceedings of the trial by court martial of Private Brockelbank; or</p> <p>b. the termination of proceedings of the trial by court martial of Sergeant Gresty; or</p> <p>c. the formal disposition of charges against Sergeant Boland or the termination of proceedings by court martial in respect of Sergeant Boland; or</p> <p>d. the termination of proceedings of the trial by court martial of Major Seward; or</p> <p>e. the termination of proceedings by court martial on the issue of Master Corporal Matchee's fitness to stand trial or if the termination of those proceedings results in Master Corporal Matchee standing trial by court martial then at the termination of proceedings of the trial by court martial of Master Corporal Matchee; or</p> <p>f. the termination of proceedings of the trial by court martial of Lieutenant-Colonel Mathieu.</p> | <p>a. le procès en cour martiale du soldat Brockelbank;</p> <p>b. le procès en cour martiale du sergent Gresty;</p> <p>c. la décision formelle sur les chefs d'accusation relevés contre le sergent Boland ou le procès en cour martiale du sergent Boland;</p> <p>d. le procès en cour martiale du major Seward;</p> <p>e. l'instruction par la cour martiale de la question de savoir si le caporal-chef Matchee est en état de passer en jugement et, si elle conclut par l'affirmative, le procès en cour martiale du caporal-chef Matchee.</p> <p>f. le procès en cour martiale du lieutenant-colonel Mathieu.</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

This non-publication order will hereinafter be referred to as the evidence ban.

Cette ordonnance de non-publication sera appelée ci-après l'interdiction relative aux preuves.

2. The Non-Publication of Exhibits—February 22, 1994

After having considered the facts and circumstances of this case, the submissions of counsel, including the cases cited, it is the decision of this court based on the above reasons to:

2. L'interdiction de publier les pièces—22 février 1994

[TRADUCTION] Vu les faits et circonstances de la cause, les conclusions des avocats, y compris les précédents cités, la Cour, par ces motifs:

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>b. not provide copies of exhibits to members of the public including the media; and</p> <p>c. direct that the public including the media shall have access at appropriate times during adjournments as determined by the judge advocate to view the exhibits that have been placed before the court. The access is for viewing only. There is to be no reproduction of the exhibits in any way, shape, or form. They can be viewed, not handled, inspected, nor taken away. This direction applies until the termination of the proceedings of this court martial.</p> | <p>b. décide de ne pas mettre des copies des pièces à la disposition du public, les médias y compris;</p> <p>c. ordonne que le public, les médias y compris, aura accès aux moments indiqués durant les ajournements, tels que les décide le juge-avocat, pour regarder les pièces qui ont été produites devant la Cour. L'accès se limite au droit de regarder. Les pièces ne seront reproduites par aucun moyen ou sous aucune forme, elles pourront être regardées, mais non pas manipulées, inspectées ou emportées. La présente ordonnance demeure en vigueur jusqu'à la fin de la procédure en instance devant la Cour martiale.</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

This non-publication order will hereinafter be referred to as the exhibit ban.

Cette ordonnance de non-publication sera appelée ci-après l'interdiction relative aux pièces.

As a practical matter, the evidence and exhibit bans meant that, in its reports of the Brown court martial, the media could not identify the role played by any of the other accused in the events leading to Arone's death. As well, the media could not publish the sixteen photographs taken during the torture of Arone. However, journalists were free to describe the photographs and other exhibits with the restriction that the identities of those depicted (other than Brown) could not be revealed.

En termes pratiques, les interdictions relatives aux preuves et aux pièces signifiaient que dans les comptes rendus du procès Brown, les médias n'avaient pas le droit d'identifier le rôle joué par l'un quelconque des autres accusés dans les événements précédant la mort d'Aronne. De même, ils n'avaient pas le droit de publier les 16 photographies des scènes de torture sur la personne d'Aronne. Cependant, les journalistes avaient toute liberté de décrire ces photographies et d'autres pièces, mais sans révéler l'identité de ceux qui en faisaient l'objet (sauf Brown).

According to the affidavit material filed by the CBC, the evidence ban prevented Michael McAuliffe, a CBC radio journalist, from preparing clear reports about the Brown court martial. He deposed in an affidavit sworn on March 9, 1994 that the ban:

... prevented me from properly discharging my functions as a journalist and has caused confusion in the minds of the public which may be leading the public to wrongly interpret the extent of involvement of certain co-accused to the detriment of those co-accused because the media is unable to properly identify the co-accused persons in this matter.

The exhibit ban also affected the CBC. In an affidavit sworn on March 9, 1994, Chris Waddell who is the Parliamentary Bureau Chief for CBC Television, stated that the exhibit ban:

... has prevented the Canadian Broadcasting Corporation from properly discharging its mandate under the Broadcasting Act as it is unable to convey to the public in a medium appropriate to television the evidence, including exhibits, which is before the General Court Martial and upon which a finding of guilt or innocence may be made.

In argument, counsel for the CBC noted that the exhibit ban discriminates against television broadcasters, because they rely primarily on pictures to present their news stories. Other media, which convey the news primarily through the printed and spoken word, are less affected by the exhibit ban.

The Issues

There are four issues to be addressed. They are:

Part A

1. Does a judge advocate have jurisdiction to make a non-publication order?
2. If jurisdiction exists, can such an order bind the civilian media?
3. If jurisdiction exists, were the orders justified in this case?

Part B

Did section 648 of the *Criminal Code* apply to the Brown court martial?

La SRC fait valoir par affidavit que l'interdiction relative aux preuves empêchait Michael McAuliffe, un reporter de la radio de langue anglaise de la SRC, de donner des comptes rendus clairs du procès Brown. Par affidavit en date du 9 mars 1994, celui-ci affirme que l'interdiction:

[TRADUCTION] ... m'empêchait de faire convenablement mon travail de journaliste et a jeté la confusion dans l'esprit du public, ce qui pourrait amener celui-ci à interpréter à tort le degré de participation de certains autres accusés au grand dam de ces derniers, puisque les médias ne sont pas en état d'identifier proprement les coaccusés dans cette affaire.

L'interdiction relative aux pièces affectait aussi la SRC. Par affidavit en date du 9 mars 1994, Chris Waddell, qui est le chef du bureau parlementaire de la télévision de langue anglaise de la SRC, soutient que cette interdiction:

[TRADUCTION] ... a empêché la Société Radio-Canada de remplir convenablement sa mission qu'elle tient de la Loi sur la radiodiffusion, puisqu'elle n'est pas en état de communiquer au public par un moyen qui convienne à la télévision, des preuves, dont des pièces, produites devant la cour martiale générale et sur la foi desquelles celle-ci pourra conclure à la culpabilité ou à l'innocence.

Dans son argumentation, l'avocate de la SRC fait valoir que l'interdiction relative aux pièces vaut discrimination contre les télédiffuseurs puisque ceux-ci présentent les informations surtout par les images. D'autres médias, qui présentent l'information sous forme parlée ou écrite, souffrent moins de cette interdiction.

§ Les points en litige

Ce recours soulève les quatre questions suivantes:

h Partie A

1. Un juge-avocat est-il investi du pouvoir de rendre une ordonnance de non-publication?
2. Dans l'affirmative, pareille ordonnance a-t-elle force obligatoire pour les médias civils?
3. Dans l'affirmative, les ordonnances visées sont-elles justifiées en l'espèce?

Partie B

L'article 648 du *Code criminel* s'applique-t-il au procès Brown?

Part AIssue I: Did the Judge Advocate Have Jurisdiction to Make the Non-Publication Orders?

The CBC submits that, although a judge advocate lacks jurisdiction to make non-publication orders, such orders could be made in the course of a court martial by the Federal Court of Canada or by a provincial court of record.

It was agreed in argument that a court martial is a statutory tribunal and an inferior court of record. It was also agreed that, at common law, inferior courts of record such as courts martial had inherent jurisdiction to issue non-publication orders as part of their duty to ensure that justice was done. Finally, counsel agreed that neither the NDA nor the QR&O contain any provisions which specifically authorize non-publication orders or which provide for a continuation of the common law jurisdiction which justified such orders.

Against this background, the issue is whether the inherent jurisdiction to make non-publication orders, which a court martial would have had at common law, has somehow been lost. The CBC submits that the common law jurisdiction has been lost and that an express statutory provision, described as a "saving provision," is now required to preserve the common law jurisdiction. It finds that requirement in the case of *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563 (C.M.A.C.), at page 567 (*Ryan*). In *Ryan*, Pratte J. held that "[a] court martial is an inferior court. The chief distinction between superior and inferior courts is that, unless the contrary is shown, no matter is presumed to be beyond the jurisdiction of a superior court whereas nothing is presumed to be within the jurisdiction of an inferior court." Based on this decision, the CBC argues that, since publication orders are not specifically mentioned and since there is no saving provision for the common law jurisdiction, the jurisdiction to make non-publication orders has been lost because it cannot be presumed to exist.

In my view, the *Ryan* decision concerned the jurisdiction of a General Court Martial over a particular offence. The issue for determination was whether the

Partie AQuestion I: Le juge-avocat est-il investi du pouvoir de rendre ces ordonnances de non-publication?

^a La SRC soutient que si un juge-avocat n'est pas investi du pouvoir de rendre des ordonnances de non-publication, les mêmes ordonnances peuvent être rendues au cours d'un procès en cour martiale par la ^b Cour fédérale du Canada ou par une cour d'archives provinciale.

Les parties conviennent au cours des débats qu'une cour martiale est un tribunal créé par la loi et une ^c cour d'archives inférieure; qu'en common law, les cours d'archives inférieures telle une cour martiale ont compétence inhérente pour rendre des ordonnances de non-publication, dans le cadre de leur fonction qui est de s'assurer que justice est faite; et enfin ^d que ni la LDN ni les ORFC ne renferment une disposition autorisant expressément les ordonnances de non-publication ou prévoyant le maintien de la compétence de common law qui justifie pareilles ordonnances. ^e

Dans ce contexte, il convient d'examiner si les cours martiales ont perdu la compétence inhérente en matière d'ordonnances de non-publication, qu'elles ^f auraient eu en common law. La SRC soutient que cette compétence de common law a été perdue, et qu'elle ne peut être préservée que par une disposition législative expresse à cet effet, une «disposition de maintien». Elle cite à ce propos la décision *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563 (C.A.C.M.), à la page 567 (*Ryan*), où le juge Pratte a conclu qu'«[u]ne cour martiale est un tribunal inférieur. La principale différence entre une cour supérieure et une cour inférieure est que, sauf preuve du contraire, aucune affaire n'est présumée échapper à la compétence de la cour supérieure alors qu'aucune affaire n'est présumée relever de la cour inférieure». La SRC se fonde sur cette décision pour soutenir que, les ordonnances de non-publication n'étant pas expressément prévues et faute de disposition portant maintien de la compétence de common law, cette compétence a été perdue puisque on ne saurait présumer qu'elle existe. ^g ^h ⁱ

^j À mon avis, la décision *Ryan* portait sur la compétence d'une cour martiale générale à l'égard d'une infraction donnée. Il s'agissait de savoir si la qualifi-

required nexus to the military could be found in the circumstances in which the offence had been committed. Notably, the Court was not concerned with and did not address the continuing existence or otherwise of inherent common law jurisdiction in a court martial. In these circumstances, I am not prepared to adopt the language in *Ryan* as authority for the demise of a judge advocate's common law jurisdiction to make non-publication orders.

On the question of a saving provision, the CBC also submits that subsection 8(2) of the *Criminal Code* contains a saving provision and that the enactment of that section suggests that, for inferior courts of record, an express statutory provision is needed to continue the inherent jurisdiction which was previously available at common law. In his decision in *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re¹ (Scientology)*, Watt J. used subsection 8(2) as the basis for his conclusion that Ontario provincial courts have jurisdiction to make non-publication orders. However, he was not called upon to consider whether the common law jurisdiction to make such orders would have continued to exist in the absence of subsection 8(2).

Subsection 8(2) provides that:

8. . . .

(2) The criminal law of England that was in force in a province immediately before April 1, 1955 continues in force in the province except as altered, varied, modified or affected by this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

The CBC says that the fact that a saving provision appears in one statute (the *Criminal Code*) and not in another (the NDA) indicates that Parliament intended to omit it from the NDA. On this issue, reference was made by the respondents to the decision of Tidman J. of the Nova Scotia Supreme Court in *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128. That case involved the separate trials of three men accused of a murder committed in the course of an armed robbery at a McDonald's restaurant on Cape Breton Island. The Crown moved under subsection 8(2) for a total ban on the publication of all the evidence at the first trial pending the completion of the third trial. Opposing counsel on behalf of the CBC argued in that case

¹ (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.).

cation militaire de l'infraction pouvait se dégager des circonstances dans lesquelles celle-ci avait été commise. Il est clair que la cour ne s'intéressait pas à la question de l'existence, maintenue ou autre, d'une compétence inhérente de common law de la cour martiale. Puisqu'il en est ainsi, je ne saurais conclure que la décision *Ryan* pose pour règle l'extinction de la compétence de common law du juge-avocat pour rendre des ordonnances de non-publication.

Pour ce qui est de la question de la disposition de maintien, la SRC soutient aussi que le paragraphe 8(2) du *Code criminel* renferme une disposition de maintien dont l'adoption signifie que, pour les cours inférieures, une disposition législative expresse est nécessaire pour maintenir la compétence inhérente qui existait auparavant en common law. Dans la décision *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re¹ (Scientology)*, le juge Watt s'est fondé sur ce paragraphe 8(2) pour conclure que les cours provinciales de l'Ontario sont investies du pouvoir de rendre des ordonnances de non-publication. Il n'était cependant pas appelé à décider si la compétence de common law pour rendre ces ordonnances aurait continué à exister en l'absence de cette disposition.

Le paragraphe 8(2) prévoit ce qui suit:

8. . . .

(2) Le droit criminel d'Angleterre qui était en vigueur dans une province immédiatement avant le 1^{er} avril 1955 demeure en vigueur dans la province, sauf en tant qu'il est changé, modifié ou atteint par la présente loi ou toute autre loi fédérale.

La SRC soutient que le fait qu'une disposition de maintien figure dans une loi (le *Code criminel*) et non pas dans une autre (la LDN) signifie que le législateur entendait l'exclure de cette dernière. À ce propos, les intimés citent la décision rendue par le juge Tidman de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128, qui portait sur les procès distincts de trois hommes accusés d'un meurtre commis au cours d'un vol à main armée dans un restaurant McDonald's dans l'île du Cap-Breton. La Couronne se fondait sur le paragraphe 8(2) pour demander l'interdiction de toute publication des preuves et témoignages produits au premier procès, en attendant l'issue du

¹ (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.).

that, because Parliament has enacted sections of the *Criminal Code* which contain specific provisions banning the publication of evidence, (subsections 486(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 23, s. 1] and (4) [as am. *idem*], 276.3(1) [as enacted by S.C. 1992, c. 38, s. 2], 517(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 101(E)], 539(1) [as am. *idem*, s. 97] and 648(1)), subsection 8(2) could no longer be interpreted as a continuation of the common law jurisdiction to make non-publication orders. In its consideration of this submission the Court said [at page 131]:

This court must have control over its proceedings to ensure fairness in the trial process. It would be impossible to expect Parliament to legislate specifically every instance which would permit the court to exercise control over its proceedings in order to ensure fairness and integrity in the trial process. I thus cannot accept that it was the intention of Parliament to prohibit the court from granting a ban on publication of evidence at trials simply by not granting to the court such specific power in the *Criminal Code*. [Underlining added.]

In reaching his conclusion, Tidman J. relied on the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at page 738 where the Court made it plain that the common law continues in force in the *Criminal Code* "provided of course that there is no clear language in the *Code* which indicates that the *Code* has displaced the common law."

There is no requirement for a saving provision in the NDA. Accordingly, absent an express provision displacing the common law jurisdiction and absent authority to the contrary, I have concluded that the inherent common law jurisdiction to impose a ban on publication continues to exist because it has not been taken away by statute and because, in concert with Tidman J., I cannot accept that Parliament intended to remove this important jurisdiction simply by omitting a reference to it in the NDA.

On the basis of this finding, judge advocates have jurisdiction to make non-publication orders whether court martial proceedings are held in Canada or abroad. In addition, because in this case the Brown court martial was held in Petawawa, there is a second ground for a finding that jurisdiction exists. It is clear that, in Ontario, in matters of criminal law (and counsel agreed that the Brown court martial involved mat-

troisième. La SRC qui s'y opposait soutenait que le législateur, ayant adopté des articles du *Code criminel* qui interdisaient expressément la publication des preuves (paragrapes 486(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 23, art. 1] et (4) [mod., *idem*], 276.3(1) [édicte par L.C. 1992, ch. 38, art. 2], 517(1), 539(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 97] et 648(1)), il n'était plus possible de considérer que le paragraphe 8(2) maintenait la compétence de common law en matière d'ordonnances de non-publication. Voici la conclusion tirée par la Cour au sujet de cet argument [à la page 131]:

[TRADUCTION] La Cour a pouvoir de contrôle sur l'instance afin d'assurer l'équité du procès. Il serait impossible de s'attendre à ce que le législateur prévienne expressément chaque cas où la Cour a pouvoir de contrôle sur l'instance pour assurer l'équité du procès. Il m'est donc impossible de convenir que le législateur entendait interdire à la Cour de rendre des ordonnances de non-publication des preuves produites au procès, du seul fait qu'il ne lui a pas expressément conféré ce pouvoir par le *Code criminel*. [C'est moi qui souligne.]

En parvenant à cette conclusion, le juge Tidman s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la page 738, où la Cour suprême du Canada a souligné que la common law demeure en vigueur dans le *Code criminel*, «à la condition, bien sûr, que le *Code* ne contienne aucune disposition claire indiquant qu'il a remplacé la common law».

Il n'est pas prévu nulle part que la LDN doit renfermer la même disposition de maintien. En conséquence, en l'absence de toute disposition se substituant expressément à la common law et en l'absence de toute règle jurisprudentielle en sens contraire, je conclus que la compétence inhérente de common law pour interdire la publication continue d'exister parce qu'elle n'a été supprimée par aucune loi et que, tout comme le juge Tidman, je ne pense pas que le législateur ait entendu supprimer cette importante compétence juste en omettant de la mentionner dans la LDN.

Il s'ensuit que les juges-avocats ont compétence pour rendre des ordonnances de non-publication, peu importe que la cour martiale ait lieu au Canada ou à l'étranger. En outre, puisque en l'espèce, le procès Brown a eu lieu à Petawawa, il y a un second motif pour conclure que cette compétence existe. Il est clair que dans les affaires criminelles en Ontario (et les avocats conviennent que le procès Brown était un

ters of criminal law), subsection 8(2) expressly continues the common law inherent jurisdiction of inferior courts of record. Accordingly, for both these reasons, the Judge Advocate had jurisdiction to order the evidence and exhibit bans in the Brown court martial.

The CBC also argued that, because section 302 of the NDA does not permit a court martial to punish for contempt, it can be inferred that a court martial is without jurisdiction to issue non-publication orders because they could only be enforced in contempt proceedings. In my view, this argument is defeated by section 118 of the NDA which clearly permits a court martial to punish the breach of a non-publication order.

In view of these conclusions, it is unnecessary to decide whether the “gap rule” found as article 101.07 of the QR&O confers jurisdiction to make non-publication orders although I should note that I would have been reluctant to base my decision on a rule of procedure. Further, it is unnecessary to decide whether jurisdiction exists, as the respondents suggest, because a court martial is a court of competent jurisdiction under subsection 24(1) of the Charter. However, I am bound to note that this argument would probably not have been successful in view of the Supreme Court’s decision in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. At pages 954-955 the Court appears to make it clear that, for inferior courts of record, jurisdiction pursuant to subsection 24(1) does not extend to the granting of prohibition orders such as the evidence and exhibit bans.

Issue II—Did the Judge Advocate Exceed his Jurisdiction?

The CBC has respected the terms of the evidence and exhibit bans but submits that, in law, they do not bind the civilian media. This is so, it is argued, because a court martial’s jurisdiction is limited by section 60 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60] of the NDA and covers only the enumerated military and civilian personnel who are subject to the Code. As the CBC is not listed in section 60, the argument is that a court martial is without jurisdiction to control the CBC’s conduct.

procès criminel), le paragraphe 8(2) maintient expressément en vigueur la compétence inhérente de common law des cours d’archives inférieures. Par ces deux motifs donc, le juge-avocat avait compétence pour interdire la publication des preuves et des pièces dans le procès Brown.

La SRC soutient encore que l’article 302 de la LDN n’ayant pas pour effet d’habiliter les cours martiales à sanctionner l’outrage au tribunal, on peut en conclure que celles-ci n’ont pas compétence pour rendre des ordonnances de non-publication, dont l’exécution forcée ne peut se faire que par procédure en outrage. À mon avis, cet argument est anéanti par l’article 118 de la même Loi, qui habilite indiscutablement la cour martiale à punir la violation d’une ordonnance de non-publication.

Il est donc inutile d’examiner si la «règle d’inclusion» qu’est l’article 101.07 des ORFC confère la compétence pour rendre des ordonnances de non-publication, bien que je doive faire observer que j’aurais hésité à fonder ma décision sur une règle de procédure. Il n’est pas nécessaire non plus d’examiner si cette compétence existe, comme le font valoir les intimés, puisque une cour martiale est un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte. Force m’est cependant de noter que cet argument ne serait probablement pas retenu à la suite de l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 où, aux pages 954 et 955, la Cour suprême du Canada conclut que pour les cours d’archives inférieures, la compétence découlant du paragraphe 24(1) ne s’étend pas aux ordonnances de prohibition telles que les interdictions relatives aux preuves et aux pièces.

Question II—Le juge-avocat a-t-il excédé sa compétence?

La SRC a respecté les interdictions relatives aux preuves et aux pièces, mais soutient que, du point de vue juridique, celles-ci n’ont pas force obligatoire pour la presse civile, par ce motif que la compétence d’une cour martiale est limitée par l’article 60 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60] de la LDN au personnel militaire et civil énuméré et soumis au code. Comme la SRC ne figure pas à l’article 60, elle soutient que ses agissements ne sont pas soumis au contrôle d’une cour martiale.

This submission must fail. On a plain reading, section 60 speaks only about who can be charged with an offence under the Code. It has no bearing, in my view, on the extent of a judge advocate's jurisdiction. I am therefore not prepared to read section 60 as a limitation on a judge advocate's inherent common law jurisdiction to make non-publication orders which would operate effectively to protect the integrity of the court martial process. It is trite to say that non-publication orders would be wholly ineffective, at least in Canada, if they did not bind the civilian media. Accordingly, in the absence of a contrary authority or statutory provision, I have concluded that the Judge Advocate at the Brown court martial had jurisdiction to make an effective non-publication order which bound the civilian media.

Issue III—Was the Order Justified?

In this context, it is appropriate to recall the scope of judicial review. In respect of the evidence and exhibit bans, subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* requires a determination about whether the Judge Advocate erred in law in making the order or about whether he based his decision on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner without regard for the material before him.

This judicial review is based on the facts known to the Judge Advocate at the time the evidence and exhibit bans were made. In February of 1994, the Brown court martial had been reconvened and the Judge Advocate fairly recognized that the media coverage had been widespread and "unprecedented in terms of focusing attention on the Canadian military and its justice system."² The media coverage was both understandable and desirable. The Canadian population had been deeply outraged and angered by the death of Arone at the hands of Canadian peacekeeping forces. The Judge Advocate recognized that Canadians, including those in the military, were intensely interested in the courts martial of those implicated in Arone's death.

² Decision of the Judge Advocate of February 14, 1994, at p. 32.

Cet argument ne tient pas. De toute évidence, l'article 60 ne fait que préciser les catégories de personnes justiciables du code. Il n'a rien à voir avec l'étendue de la compétence d'un juge-avocat. Je ne vais donc pas l'interpréter comme étant une limitation de la compétence inhérente de common law d'un juge-avocat en matière d'ordonnances de non-publication qui seraient exécutoires pour préserver l'intégrité du processus des cours martiales. Il est constant qu'une ordonnance de ce genre ne servirait à rien, du moins au Canada, si elle n'avait pas force obligatoire pour la presse civile. En conséquence, faute de jurisprudence ou de texte de loi en sens contraire, je conclus qu'au procès Brown, le juge-avocat avait compétence pour rendre une ordonnance de non-publication, applicable également aux médias civils.

Question III—L'ordonnance était-elle justifiée?

Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler quelle est la portée du contrôle judiciaire. En ce qui concerne les interdictions relatives aux preuves et aux pièces, le paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* impose d'examiner si le juge-avocat, en rendant l'ordonnance, a commis une erreur de droit ou a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

En l'espèce, le contrôle judiciaire est basé sur les faits connus du juge-avocat au moment des interdictions relatives aux preuves et aux pièces. En février 1994, le procès Brown avait repris et le juge-avocat a noté à juste titre qu'il faisait l'objet d'une couverture étendue par la presse, [TRADUCTION] «couverture sans précédent pour ce qui est d'attirer l'attention sur les Forces canadiennes et sur la justice militaire»². Cette couverture de la presse était à la fois compréhensible et souhaitable. Le public canadien avait été profondément scandalisé et choqué par la mort d'Arone du fait des forces canadiennes de maintien de la paix. Le juge-avocat a pris acte que les Canadiens, y compris les militaires, manifestaient un grand intérêt pour le procès en cour martiale de ceux qui étaient impliqués dans la mort d'Arone.

² Décision du juge-avocat en date du 14 février 1994, à la p. 32.

The Judge Advocate also believed in February 1994 that the Brown court martial was the first of seven related proceedings which would all be convened by May 1994. Although he was aware of the likelihood that Matchee might be found unfit to stand trial, that finding had not been made. The Judge Advocate knew, as well, that there would be a commonality of witnesses called by the prosecution to testify at the courts martial of the other accused and that three of the other accused would testify during the Brown court martial. The panel members for the courts martial of the other accused had not been identified when the evidence and exhibit bans were imposed. Finally, it appeared to the Judge Advocate that the exhibits from the Brown court martial, and, in particular the photographs, might not be entered in evidence in all the related proceedings.

In his reasons justifying the non-publication orders, the Judge Advocate acknowledged that he was faced with “a direct conflict in this case between a right and a freedom both guaranteed by the Charter.”³ He recognized the importance of paragraph 2(b) of the Charter and also the paramount value of an accused’s right to a fair trial which is protected in section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. He applied the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 and rejected the total ban sought by the applicants in favour of the more limited terms found in the evidence and exhibit bans.

It is noteworthy that the CBC does not criticize the analysis undertaken by the Judge Advocate in crafting the exhibit and evidence bans. Rather, the CBC’s position is that the Judge Advocate erred in failing to give due consideration to the fact that the panel members are highly disciplined military officers of senior rank. Though not legally trained, panel members perform some of the functions, such as sentencing, normally reserved for judges in civilian criminal courts. For these reasons, the CBC submits that they can be expected to exercise self-censorship in respect of press reports of related proceedings. According to the CBC, senior military officers did not need the non-publication orders to ensure that they adhered to their

³ Decision of Judge Advocate of February 14, 1994 in the Brown court martial, at p. 31.

Le juge-avocat pensait aussi en février 1994 que le procès Brown était le premier de sept procès connexes qui devaient tous avoir lieu vers mai 1994. Bien qu’il sût que Matchee serait probablement jugé hors d’état de passer en jugement, cette conclusion n’avait pas encore été prononcée. Le juge-avocat savait également que des mêmes témoins seraient cités par la poursuite aux procès des autres accusés et que trois de ces derniers témoigneraient au procès Brown. Les membres de la cour jugeant les autres accusés n’avaient pas été identifiés au moment des interdictions relatives aux preuves et aux pièces. Enfin, il apparut au juge-avocat que les pièces produites au procès Brown, en particulier les photographies, pourraient ne pas être produites en preuve dans les procès connexes.

Dans les motifs d’ordonnance de non-publication, le juge-avocat reconnaissait qu’il se trouvait confronté en l’espèce [TRADUCTION] «au conflit direct entre un droit et une liberté, garantis l’un et l’autre par la Charte»³. Il prenait acte de l’importance de l’alinéa 2b) de la Charte ainsi que de la valeur suprême du droit de l’accusé à un procès équitable, que protègent l’article 7 et l’alinéa 11d) de la Charte. Il a appliqué la règle dégagée par l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 et rejeté l’interdiction intégrale recherchée par les requérants, en faveur des dispositions plus limitées qu’on trouve dans les interdictions relatives aux preuves et aux pièces.

Il y a lieu de noter que la SRC ne critique pas l’analyse effectuée par le juge-avocat pour formuler les interdictions relatives aux preuves et aux pièces. Elle lui reproche plutôt de ne pas tenir pleinement compte du fait que les membres de la cour sont des officiers supérieurs hautement disciplinés. Bien que manquant de formation juridique, ces membres de la cour exercent certaines fonctions, telle l’application de la peine, normalement réservées aux juges des juridictions répressives de droit commun. La SRC en conclut qu’on peut compter sur eux pour faire de l’autocensure quant aux articles de presse concernant les procès connexes. Selon la SRC, ces officiers supérieurs n’ont pas besoin d’ordonnances de

³ Décision en date du 14 février 1994 du juge-avocat dans le procès Brown, à la p. 31.

oaths and discharged their duty to decide cases on the evidence before them.

These submissions are based on a recognition that, in normal circumstances, civilian juries can be trusted to honour their oaths and to respond to judicial admonitions to decide cases based only on the evidence before them.⁴ Accordingly, the CBC argues that even more can be expected of a panel of officers. However, I cannot say that the Judge Advocate acted in a perverse or capricious manner in rejecting the CBC's submissions. I recognize his concern that, given the intense interest in this case, even senior officers might find it impossible to ignore information in circulation outside the courtroom. Further, the CBC's submissions did not address the Judge Advocate's concern that witnesses of lesser rank could not be expected to disregard media publications.

In dealing with these submissions, the Judge Advocate rejected the CBC's suggestion that prospective panel members and witnesses be "cut off" from all media by his order. This rejection was justified. Because panel members for the related proceedings had not yet been identified, the suggestion was impractical. In addition, to be effective, the order would have had to prohibit all senior officers who were prospective panel members from discussing any of the related proceedings. Such an order would have been unrealistic and unenforceable and, for these reasons, would not have provided meaningful protection for the fair trials of the other accused. The CBC also suggested deleting faces from the photographs as a means of avoiding the need for a non-publication order. I agree with the Judge Advocate that this would not have been a viable solution. It appears to me that faces are not the only means of identifying those portrayed in the photographs.

The CBC also alleges that the Judge Advocate erred in applying the wrong standard to justify the need for a non-publication order. In *Scientology*, Watt

⁴ *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299 (B.C.C.A.), per Seaton J.A., at p. 305. *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (S.C.) per Tidman J.A., at p. 134.

non-publication pour respecter leur serment et s'acquitter de leur devoir de juger à la lumière des preuves dont ils sont saisis.

Ces arguments sont fondés sur la reconnaissance que dans les conditions normales, on peut compter sur les jurés civils pour respecter leur serment et se conformer aux directives du juge pour ce qui est de décider à la lumière des preuves dont ils sont saisis⁴. La SRC en infère qu'on peut attendre davantage d'une cour composée d'officiers. Cependant, je ne saurais conclure qu'en rejetant l'argumentation de la SRC, le juge-avocat a agi de façon abusive ou arbitraire. Je prends acte de son souci qu'étant donné l'intérêt intense qu'a provoqué cette affaire, il ne fût impossible même pour des officiers supérieurs d'ignorer les informations qui circulaient hors de la salle d'audience. Qui plus est, l'argumentation de la SRC ne tenait pas compte du souci du juge-avocat que des témoins de rangs inférieurs ne se laissent influencer par les comptes rendus des médias.

Prononçant sur ces arguments, le juge-avocat a rejeté la suggestion de la SRC d'«isoler» par son ordonnance les membres de la cour et les témoins éventuels de tous les médias. Ce rejet était justifié. Étant donné qu'on ne savait pas encore qui seraient les membres de la cour pour les procès connexes, pareille suggestion était peu réaliste. En outre, pour atteindre les résultats voulus, l'ordonnance aurait eu à interdire à tous les officiers supérieurs qui pourraient être membres de la cour de parler de l'un quelconque des procès connexes. Pareille ordonnance serait irréaliste et impossible à appliquer; de ce fait, elle n'assurerait pas vraiment un procès équitable pour les autres accusés. La SRC suggérait aussi d'occulter les visages sur les photographies afin d'obvier à la nécessité d'une ordonnance de non-publication. Je conviens avec le juge-avocat que ce ne serait pas là une solution durable. À mon avis, les visages ne sont pas le seul élément qui permette d'identifier ceux qui se trouvent dans les photographies.

La SRC tient aussi que le juge-avocat a commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour justifier la nécessité d'une ordonnance de non-publica-

⁴ *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299 (C.A.C.-B.), le juge Seaton de la Cour d'appel, à la p. 305. *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (C.S.), le juge d'appel Tidman, à la p. 134.

J. stated that the publication of accounts of related proceedings could be suspended at common law “where such publication may impair the actual or apparent fairness of the trials of such co-accused thereafter taking place” [emphasis added]⁵ (the *Scientology* standard). However, the CBC argues that the standard is now more stringent and has been set out by Dubin C.J.O. in *Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239 (C.A.) (*Dagenais*). That case did not concern related “real life” proceedings. Rather, at issue was whether an injunction should be issued to temporarily ban the airing of the CBC’s “*The Boys of St. Vincent*” program pending the completion of four criminal trials of accused charged with abuse of young boys in Catholic schools. The program was a fictionalized drama. In his decision, at page 246, Dubin C.J.O. articulated the following test “no injunction should be granted unless there is a real and substantial risk that a fair trial would be impossible” [emphasis added] (the *Dagenais* standard). The higher standard may have been imposed in *Dagenais* because that case dealt with the publication of a fictionalized television program.⁶ In any event, the *Dagenais* standard was not adopted by Kovacs J. in *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Gen. Div.). It was rejected as imposing too high standard in a case involving related proceedings. However, the CBC’s position is that *Dagenais* is the applicable law and that the Judge Advocate failed to adopt that standard in his analysis. It is said that, had he done so, he would have been compelled to refuse the non-publication orders.

In my view, the *Scientology* standard is more appropriate when the issue concerns the publication of related proceedings. However, regardless of which standard is the appropriate standard, I have concluded from reading the Judge Advocate’s decisions of February 14 and 22, 1994 in their entirety that he believed that there was a real and substantial risk that

⁵ *Scientology*, *supra*, at p. 209.

⁶ This standard was also applied by Chapnik J. in another application concerning “*The Boys of St. Vincent*”. See *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Ont. Gen. Div.).

tion. Dans *Scientology*, le juge Watt conclut que la publication des comptes rendus des procès connexes pouvait être suspendue en common law [TRADUCTION] «lorsque pareille publication peut compromettre l’équité réelle ou apparente des procès subséquents de ces coaccusés» [non souligné dans le texte]⁵ (la norme *Scientology*). La SRC soutient cependant que la norme observée à l’heure actuelle est plus rigoureuse, telle qu’elle a été dégagée par le juge Dubin, juge en chef de l’Ontario, dans *Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239 (C.A.) (*Dagenais*). Il n’était pas question dans cette dernière affaire de «véritables» procédures connexes; il s’agissait plutôt de savoir s’il fallait rendre une injonction pour interdire la diffusion de l’émission «*The Boys of St. Vincent*» de la SRC, en attendant l’issue de quatre procès criminels des personnes accusées de sévices sexuels contre de jeunes garçons dans des écoles catholiques. Cette émission était une histoire romancée. Dans sa décision, le juge en chef Dubin a dégagé à la page 246 le critère suivant: [TRADUCTION] «il n’y a pas lieu à injonction sauf risque réel et considérable qu’un procès équitable soit impossible» [non souligné dans le texte] (la norme *Dagenais*). Il se peut que cette norme élevée ait été imposée dans *Dagenais* parce que cette affaire concernait la télédiffusion d’une histoire romancée⁶. Quoi qu’il en soit, le juge Kovacs n’a pas adopté la norme *Dagenais* dans *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Div. gén.), par ce motif qu’elle était trop rigoureuse dans un cas concernant des instances connexes. La SRC soutient cependant que la norme *Dagenais* est la règle de droit applicable et que le juge-avocat ne l’a pas suivie dans son analyse. L’eût-il fait, dit-elle, il aurait été obligé de refuser de rendre les ordonnances de non-publication.

À mon avis, la norme *Scientology* est celle qui s’applique lorsqu’il est question d’instances connexes. Cependant, peu importe la norme applicable, je conclus de l’examen des décisions des 14 et 22 février 1994 du juge-avocat, prises dans leur ensemble, qu’il était convaincu qu’il existait un risque véritable et considérable, savoir qu’un procès équitable

⁵ *Scientology*, *supra*, à la p. 209.

⁶ Cette norme a été également appliquée par le juge Chapnik dans une autre requête concernant «*The Boys of St. Vincent*»; voir *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Div. gén. Ont.).

a fair trial would be impossible without the non-publication orders. He clearly apprehended a risk which met the *Dagenais* standard and, for this reason, whichever standard applies, he committed no error in law.

Conclusion

For all these reasons, I am unable to conclude that the Judge Advocate committed a reviewable error under the Act in imposing the evidence and exhibit bans to protect the fundamental right of the other accused to a fair trial.

Part B

Section 648 of the *Criminal Code*

The section reads:

648. (1) Where permission to separate is given to members of a jury under subsection 647(1), no information regarding any portion of the trial at which the jury is not present shall be published, after the permission is granted, in any newspaper or broadcast before the jury retires to consider its verdict.

(2) Every one who fails to comply with subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) In this section, "newspaper" has the same meaning as in section 297.

Counsel for both parties agreed that, contrary to the Judge Advocate's finding, section 648 of the *Criminal Code* does not apply in a court martial proceeding. I accept their submission and will therefore make a declaration to that effect. However, in view of my earlier findings on the issue of jurisdiction, I have concluded that it is within the jurisdiction of a judge advocate in a court martial to make an order which is similar to or identical to the non-publication order codified in subsection 648(1) of the *Criminal Code*.

serait impossible sans les ordonnances de non-publication. Il appréhendait manifestement un risque qui répondait à la norme *Dagenais* et, par ce motif, quelle que soit la norme appliquée, il n'a commis aucune erreur de droit.

Conclusion

Par ces motifs, il m'est impossible de conclure que le juge-avocat a commis une erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire sous le régime de la Loi, en imposant l'interdiction de publier les preuves et les pièces de façon à protéger le droit fondamental des autres accusés à un procès équitable.

Partie B

L'article 648 du *Code criminel*

Cet article prévoit ce qui suit:

648. (1) Lorsque la permission de se séparer est donnée aux membres d'un jury en vertu du paragraphe 647(1), aucun renseignement concernant une phase du procès se déroulant en l'absence du jury ne peut être, après que la permission est accordée, publié dans un journal, ni révélé dans une émission radiodiffusée avant que le jury ne se retire pour délibérer.

(2) Quiconque omet de se conformer au paragraphe (1) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Au présent article, «journal» a le sens que lui donne l'article 297.

Les avocats des deux parties conviennent, à l'opposé du juge-arbitre, que l'article 648 du *Code criminel* ne s'applique pas aux cours martiales. Je fais droit à cette conclusion et rendrai une ordonnance déclaratoire dans ce sens. Cependant, vu mes conclusions précédentes sur la question de compétence, je conclus que le juge-avocat siégeant en cour martiale a compétence pour rendre une ordonnance semblable ou identique à l'ordonnance de non-publication prévue au paragraphe 648(1) du *Code criminel*.

T-2535-88

T-2535-88

Ultramar Canada Inc. (*Plaintiff*)Ultramar Canada Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

Mutual Marine Office Inc., New York Marine Managers Inc., Highlands Insurance Company, Navigators Insurance Company, Trinity Associates Inc., Underwriters at Lloyds, Royal Insurance Company of America, The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited, Alexander & Alexander of New York Inc., and Alexander & Alexander Inc., and Arkwright Mutual Insurance Group, formerly known as Arkwright-Boston Manufacturers Mutual Insurance Company, Midland Insurance Company, Republic Insurance Company, Pennsylvania Lumberman's Insurance Company, The Lumbermen's Insurance Company, Northeastern Insurance Company, Ranger Insurance Company, Reinsurance Corporation of North America, Progressive Casualty Insurance Company, Angelina Casualty Company, Americas Insurance Company, English and American Group, Phoenix Assurance PLC, British Law Insurance Company Limited, Insurance Company of North America and Marine Insurance Company and Kenneth Henry Edmond Boden (*Defendants*)

a

b

c

d

e

f

Mutual Marine Office Inc., New York Marine Managers Inc., Highlands Insurance Company, Navigators Insurance Company, Trinity Associates Inc., Underwriters at Lloyds, Royal Insurance Company of America, The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited, Alexander & Alexander of New York Inc., et Alexander & Alexander Inc., et Arkwright Mutual Insurance Group, autrefois connu sous le nom d'Arkwright-Boston Manufacturers Mutual Insurance Company, Midland Insurance Company, Republic Insurance Company, Pennsylvania Lumberman's Insurance Company, The Lumbermen's Insurance Company, Northeastern Insurance Company, Ranger Insurance Company, Reinsurance Corporation of North America, Progressive Casualty Insurance Company, Angelina Casualty Company, Americas Insurance Company, English and American Group, Phoenix Assurance PLC, British Law Insurance Company Limited, Insurance Company of North America et Marine Insurance Company et Kenneth Henry Edmond Boden (*défendeurs*)

INDEXED AS: ULTRAMAR CANADA INC. v. MUTUAL MARINE OFFICE INC. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ULTRAMAR CANADA INC. c. MUTUAL MARINE OFFICE INC. (1^{re} INST.)

Trial Division, Rouleau J.—Montréal, February 9; Ottawa, June 30, 1994.

g

Section de première instance, juge Rouleau—Montréal, 9 février; Ottawa, 30 juin 1994.

Maritime law — Insurance — General average — Action for apportionment of damages amongst insurance policies — Plaintiff's barge damaged, spilling part of oil cargo — Costing over \$2,000,000 to salvage barge, cargo; \$3,000,000 for pollution clean-up — Barge deemed total constructive loss — Liability of cargo, hull and machinery, pollution insurers, plaintiff, under law of general average for costs incurred in excess of \$2,000,000 to salvage barge — Salvage expenses incurred to save cargo, hull and to prevent pollution disaster — Cargo, hull underwriters liable under law of general average as preservation of property one reason for expenditure — Cargo underwriter's liability limited to properly calculated contributory value — Excess general average expenses falling on shipowner, subject to collection under insurance policies — No further recourse against hull underwriters, having paid insured value of hull — P & I Club covering pollution risks, liability of

h

i

j

Droit maritime — Assurance — Avarie commune — Action en répartition des dommages entre des polices d'assurance — Dommages causés au chaland de la demanderesse et déversement d'une partie de sa cargaison de pétrole — Frais excédant la somme de 2 000 000 \$ pour sauver le chaland et la cargaison et la somme de 3 000 000 \$ pour récupérer les polluants — Chalands considérés comme une perte réputée totale — Responsabilité des assureurs de la cargaison, des assureurs de la coque et des machines, des assureurs contre les risques de pollution, ainsi que de la demanderesse, en vertu du droit des avaries communes pour les dépenses engagées en excédent de la somme de 2 000 000 \$ pour sauver le chaland — Dépenses de sauvetage engagées pour sauver la cargaison et la coque et éviter un désastre écologique — Les assureurs de la cargaison et de la coque sont responsables en vertu du droit des avaries communes car la préservation des biens a été l'une des raisons

owner to compensate salvors for work done to prevent, reduce pollution — Pollution threat neither primary nor sole motivating factor in decision to engage salvor — Plaintiff fully compensated for expenses to prevent, reduce pollution — Ultramar to pay remaining cost of salvage contract.

Maritime law — Salvage — Barge with oil cargo grounded — Pollution disaster risk — Salvor engaged to prevent pollution catastrophe, save hull and cargo — When salvor engaged, no party aware barge damaged to extent of constructive total loss — Hiring of salvor general average act — Extent of cargo, hull underwriters' liability for salvage costs.

This was an action for a declaration for judgment against seven of the defendants, or for an assessment of the plaintiff's damages and an apportionment of those damages amongst the policies of insurance of all the defendants.

The defendants are engaged in the business of marine insurance. Highlands Insurance Company, Navigators Insurance Company, and certain underwriters at Lloyds, collectively referred to as the "cargo underwriters," were the insurers of the plaintiff's cargo carried on board its barge, the *Pointe Levy*. The defendants Mutual Marine Office Inc., New York Marine Managers Inc. and Trinity Associates Inc. acted as agents on behalf of some of the cargo underwriters. The defendant Royal Insurance Company of America insured the hull and machinery of the *Pointe Levy* and the defendant the Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited (P & I Club), provided insurance coverage for pollution. The defendants, Alexander & Alexander, were the plaintiff's insurance brokers. The *Pointe Levy*, laden with the plaintiff's oil, grounded on December 3, 1985 off the shore of Matane, Quebec, sustaining damage and causing some of the oil cargo to spill. Later that day the Coast Guard advised Ultramar it would have to act or action would be taken on its behalf. On December 5, Ultramar engaged the services of Smit American Salvage Inc. to remove the vessel and its cargo from the strand and bring it to a place of safety. The ultimate cost of the contract was nearly \$2,000,000. Pollution clean-up commenced on December 6, and ultimately cost in excess of \$3,000,000. It cost another \$818,000 to heat and remove the cargo from the *Pointe Levy*. As the cost of repairing the vessel substantially exceeded the barge's sound value, a formal declaration of abandonment was sent by the plaintiff to its hull

des dépenses — La responsabilité des assureurs de la cargaison est limitée à sa valeur contributive calculée adéquatement — Les dépenses d'avarie commune excédentaires retombent sur le propriétaire du navire, sous réserve pour lui de se faire rembourser en vertu des polices d'assurance — Il n'y avait pas d'autre recours possible contre les assureurs de la coque, car ils avaient payé la valeur assurée de la coque — P & I Club offrait une protection contre les risques de pollution et tout engagement d'un propriétaire à indemniser les sauveteurs pour le travail effectué pour prévenir ou réduire la pollution — Le risque de pollution ne fut ni le facteur principal ni le seul facteur qui ait sous-tendu la décision de recourir aux services d'un sauveteur — La demanderesse a été pleinement indemnisée de ses dépenses pour empêcher ou réduire la pollution — Ultramar doit supporter les autres frais découlant du contrat de sauvetage.

Droit maritime — Sauvetage — Échouement d'un chaland et de sa cargaison de pétrole — Risque de désastre écologique — Embauche d'un sauveteur pour éviter une catastrophe écologique et sauver la coque et la cargaison — Lors de l'embauche du sauveteur, aucune des parties ne savait que le chaland était endommagé au point d'être une perte réputée totale — L'embauche d'un sauveteur constituait un acte d'avarie commune — Étendue de la responsabilité des assureurs de la cargaison et de la coque à l'égard des frais de sauvetage.

Il s'agissait d'une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire contre sept des défendeurs ou, à défaut, une évaluation des dommages de la demanderesse et la répartition de ces derniers entre les polices d'assurance de tous les défendeurs.

Les défendeurs s'occupent d'assurance maritime. Highlands Insurance Company, Navigators Insurance Company et certains assureurs de la Lloyds, désignés collectivement sous le nom des «assureurs de la cargaison», étaient les assureurs de la cargaison que la demanderesse transportait à bord de son chaland le *Pointe Levy*. Les défenderesses Mutual Marine Office Inc., New York Marine Managers Inc. et Trinity Associates Inc. agissaient pour le compte de quelques-uns des assureurs de la cargaison. La défenderesse Royal Insurance Company of America assurait la coque et les machines du *Pointe Levy*, et la défenderesse The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited (P & I Club) fournissait une protection contre les risques de pollution. Les défenderesses Alexander & Alexander étaient les courtiers d'assurances de la demanderesse. Le *Pointe Levy*, ayant à son bord le pétrole de la demanderesse, s'est échoué le 3 décembre 1985 au large de Matane (Québec), où il s'est endommagé, et une partie de sa cargaison de pétrole s'est répandue. Plus tard ce jour-là, la Garde côtière a informé Ultramar qu'elle devait prendre les mesures nécessaires, car sinon on le ferait à sa place. Le 5 décembre, Ultramar a retenu les services de la société Smit American Salvage Inc. pour éloigner le navire et sa cargaison de la grève et les amener en lieu sûr. En fin de compte, les frais du contrat se sont élevés à près de 2 000 000 \$. La récupération des polluants a commencé le 6 décembre et, en fin de compte, les frais ont dépassé la somme de 3 000 000 \$. Il en a coûté de plus 818 000 \$ pour

underwriters. The voyage was insured as follows: (1) hull and machinery: \$3,000,000; (2) cargo: \$999,332; and (3) pollution liability: up to \$300,000,000. Two to three days after the stranding of the barge, Ultramar declared general average. An adjustment was prepared which allocated "excess general average (sue and labour) expenses" between ship and cargo on the basis of estimates made by Mr. Airey. As a result of the casualty the defendant underwriters have paid or will pay to the plaintiff, subject to the Court's determination of the issue before it, over \$7,000,000 apportioned as follows: hull underwriters, \$3,276,995.80; cargo underwriters, \$950,000; P & I Club \$3,000,000. The issue herein was how the costs in excess of \$2,000,000 which were incurred under the Smit contract in order to salvage the *Pointe Levy* and its cargo were to be allocated amongst the various insurers.

Held, it was declared that the net sums due and owing under the insurance policies were: cargo underwriters—\$331,254.99; hull underwriters \$423,512.91.

"Canadian maritime law", as defined in section 2 of *Federal Court Act*, encompasses the principles of English maritime law as they were in 1934, including the common law principles of tort and contract. Therefore the U.K. *Marine Insurance Act, 1906* forms part of Canadian maritime law, but there is no difference between the principles enunciated in that Act and the Canadian *Marine Insurance Act*, which came into force during the course of the trial.

The law of general average, which is part of the law of carriage of goods by sea, arises when expenditures are intentionally incurred in time of peril, most often by the shipowner, for the benefit of all parties concerned, namely ship, cargo and freight. General average is based on the equitable principle that whatever expenses were incurred for the benefit of all parties to a common maritime adventure must be shared by all in proportion to the interests which benefitted. It exists independently of marine insurance. The obligation to contribute in general average does not depend upon any contract between the parties, but arises out of the perils encountered in carrying out the contract. Nevertheless, it is customary for parties to a maritime venture to insure against liability for general average contributions. Normally a marine insurance policy provides for indemnity against general average losses and contributions, subject to the actual provisions of the policy. The *Marine Insurance Act, 1906* sets out the rules as to general average contribution and the liability of the insurers. Section 66 provides that where there is a general average loss, the party on whom it falls is entitled to a rateable contribution from the other parties interested. Subject to any express provision in the policy, where the assured has incurred a general average expenditure, he may recover from the insurer in respect of the

réchauffer et enlever la cargaison du *Pointe Levy*. Comme le coût des réparations dépassait considérablement la valeur du chaland en bon état, la demanderesse a envoyé une déclaration officielle de délaissement du navire aux assureurs de la coque. L'assurance au voyage était établie ainsi: (1) la coque et les machines du chaland: 3 000 000 \$; (2) la cargaison: 999 332 \$; et (3) la protection contre les risques de pollution: jusqu'à concurrence de 300 000 000 \$. Deux ou trois jours après l'échouement du chaland, Ultramar a déclaré une avarie commune. Un règlement d'avarie a été rédigé qui répartissait les «dépenses d'avarie commune excédentaires (mesures conservatoires et préventives)» entre le navire et la cargaison en fonction des valeurs déterminées par M. Airey. À la suite de l'accident, les assureurs défendeurs ont versé ou verseront à la demanderesse, sous réserve de la décision que notre Cour rendra en l'espèce, plus de 7 000 000 \$ répartis de la façon suivante: assureurs de la coque, 3 276 995,80 \$; assureurs de la cargaison, 950 000 \$; Mutuelle de protection et d'indemnisation, 3 000 000 \$. En l'espèce, il s'agissait de savoir comment les frais excédant 2 000 000 \$ qui avaient été engagés en vertu du contrat conclu avec la société Smit dans le but de sauver le *Pointe Levy* et sa cargaison devaient être partagés entre les différents assureurs.

Jugement: il a été statué que les sommes nettes dues en vertu des polices d'assurance étaient les suivantes: assureurs de la cargaison: 331 254,99 \$; assureurs de la coque: 423 512,91 \$.

Le «droit maritime canadien», ainsi qu'il est défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, comprend les principes de droit maritime anglais qui existaient en 1934, et notamment les principes de la common law en matière de négligence et de contrat. Par conséquent, la *Marine Insurance Act, 1906* (R.-U.) fait partie du droit maritime canadien, mais il n'y a aucune différence entre les principes énoncés dans cette loi et ceux énoncés dans notre *Loi sur l'assurance maritime*, qui est entrée en vigueur pendant le procès.

Le droit de l'avarie commune, qui fait partie du droit du transport de marchandises par eau, prend naissance lorsque des dépenses sont engagées intentionnellement en temps de péril, le plus souvent par l'armateur, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, à savoir le navire, la cargaison et le fret. L'avarie commune se fonde sur le principe reconnu en *equity* selon lequel, quelles que soient les dépenses engagées dans l'intérêt de toutes les parties à une opération maritime commune, elles doivent être partagées par les parties en proportion de leurs intérêts respectifs. L'avarie commune existe indépendamment de l'assurance maritime. L'obligation de contribuer à l'avarie commune ne dépend pas d'un contrat entre les parties, mais elle résulte des périls rencontrés dans l'exécution du contrat. Néanmoins, d'habitude les parties à une opération maritime s'assurent contre la responsabilité à l'égard des contributions à l'avarie commune. Normalement la police d'assurance maritime prévoit une garantie contre les avaries communes et les contributions d'avarie commune, sous réserve des dispositions mêmes de la police. La *Marine Insurance Act, 1906* énonce les règles relatives à la contribution d'avarie commune et à la responsabilité des assureurs. L'article 66 prescrit que l'avarie commune donne droit à la partie à qui elle incombe de recevoir des autres parties intéressées une contribution propor-

proportion of the loss which falls upon him; subject to any express provision in the policy where the assured has paid or is liable to pay a general average contribution in respect of the subject insured, he may recover therefor from the insurer. Expenses incurred for the general safety are to be contributed for, but expenses incurred on behalf of a particular interest are to be borne as particular charges upon such interest.

By engaging the services of Smit, the plaintiff incurred an expenditure for the common benefit of all interests. The defendants' respective liability for those expenses is properly determined in accordance with the principles of the law of general average. Some of those expenses were recoverable under the relevant insurance policies. The question was whether they were fully recoverable from the insurers pursuant to the principles of the law of general average and/or the insurance policies or whether a portion of them must be borne by Ultramar.

The Smit contract, the general averaging act, was undertaken both to save cargo and hull, and to prevent a pollution disaster. As the preservation of their property from peril was one of the underlying reasons for the expenditures, the cargo and hull underwriters bore a liability under the law of general average.

The cargo underwriter's liability was limited to its properly calculated contributory value. To the extent that there are "excess" general average expenses after contributory values are exhausted, those expenses fall on the shipowner, who may have insurance coverage for them under its various policies. There was neither precedent nor practice to support the apportionment of excess general average expenses between hull and cargo insurers.

Clause 26B of the cargo policy provided that "General Average contributions, salvage and Special Charges and Sue and Labour charges will be payable in full irrespective of insured and contributory values." Clause 26B did not render the cargo underwriters liable for general average "in full" and accordingly in excess of its contributory value. The sole purpose of clause 26B was to protect the assured against the consequences of an underinsurance situation which would arise by virtue of section 73 of the *Marine Insurance Act, 1906*. Concerning the difference between the contributory value of the cargo and the insured value, cargo owners are co-insurers with their underwriters. When read in context and in conjunction with *Marine Insurance Act, 1906*, section 73, clause 26B clearly indicated that it was the general average contribution which was payable in full; that is, the cargo underwriter's contribution to general average, calculated in accordance with general average law and practice.

tionnelle appelée contribution d'avarie commune. Sauf stipulation contraire de la police, l'assuré qui a engagé une dépense d'avarie commune peut recouvrer auprès de l'assureur la proportion de la perte qui lui incombe; sauf stipulation contraire de la police, l'assuré qui paie ou est tenu de payer une contribution d'avarie commune à l'égard de la chose assurée peut la recouvrer auprès de l'assureur. Les dépenses engagées pour la sécurité générale donnent lieu à contribution, mais les dépenses engagées pour un intérêt particulier doivent être supportées en tant que frais de conservation pour cet intérêt.

En retenant les services de la compagnie Smit, la demanderesse a engagé une dépense dans l'intérêt commun de toutes les parties concernées. La responsabilité respective des défendeurs à l'égard de ces dépenses est établie correctement conformément aux principes du droit des avaries communes. Certaines de ces dépenses donnaient lieu à indemnisation aux termes des polices d'assurance pertinentes. Il s'agissait de savoir si elles pouvaient être recouvrées entièrement des assureurs conformément aux principes du droit des avaries communes et/ou aux polices d'assurance ou si une partie de ces dépenses devait être supportée par Ultramar.

Le contrat passé avec la société Smit, à savoir l'acte d'avarie commune, a été conclu dans le but tant de sauver la cargaison et la coque que d'éviter un désastre écologique. Comme la préservation de leurs biens du péril a été l'une des raisons sous-jacentes des dépenses, les assureurs de la coque et de la cargaison en supportaient la responsabilité en vertu du droit de l'avarie commune.

La responsabilité des assureurs de la cargaison se limitait à sa valeur contributive calculée adéquatement. Dans la mesure où il y a des dépenses d'avarie commune «excédentaires» après épuisement des valeurs contributives, ces dépenses retombent sur l'armateur, qui est peut-être protégé contre elles aux termes de ses différentes polices. Il n'y avait aucun précédent ni aucune pratique qui venaient étayer la répartition de l'avarie commune excédentaire entre les assureurs de la cargaison et ceux de la coque.

La clause 26B de la police sur la cargaison prévoyait que «Les contributions d'avarie commune, les frais de sauvetage et les frais spéciaux ainsi que les frais de conservation et de prévention seront payables en entier, sans tenir compte de la valeur assurée et de la valeur contributive.» La clause 26B ne rendait pas les assureurs de la cargaison responsables de l'avarie commune «en entier», et, par conséquent, en excédent de sa valeur contributive. La clause 26B avait pour seul but de protéger l'assuré contre les conséquences de la sous-assurance qui pourraient se poser en vertu de l'article 73 de la *Marine Insurance Act, 1906*. En ce qui concerne la différence entre la valeur contributive de la cargaison et la valeur assurée, les propriétaires de la cargaison sont coassureurs avec leurs assureurs. Quand on la lit dans le contexte de l'article 73 de la *Marine Insurance Act*, la clause 26B indique clairement que c'est la contribution d'avarie commune qui est payable en entier; c'est-à-dire la contribution des assureurs de la cargaison à l'avarie commune, fixée conformément au droit et à la pratique en matière d'avarie commune.

The special charges on cargo which were incurred to discharge the cargo had to be deducted under Rule XVII of the *York-Antwerp Rules* to determine the true value of the cargo for the purposes of contribution to general average. The purpose of this deduction is to ensure the contribution was made only on the "net" value of the property saved. The special charges on cargo amounted to \$818,097.62.

Having paid the insured value of the hull in the amount of \$3,000,000, the hull underwriters had discharged their liability to indemnify Ultramar for general average contribution. The plaintiff had no recourse against its hull underwriters unless they had assumed greater liabilities in the insurance policy than those imposed by law. Excess general average falls on the shipowner alone, subject to collection under its various policies of insurance. The hull and machinery policy was subject to the American Institute Hull clauses which contained a sue and labour clause, providing that where a total loss claim is admitted and sue and labour expenses were incurred in excess of any proceeds, the amount payable would be the proportion of such excess that the amount insured bears to the sound value of the vessel at the time of the accident. In the allocation of the excess general average under the sue and labour clause, the proper valuation of the barge involved the use of actual, as opposed to estimated, values which existed when the expenditure was incurred. There was no reason not to defer the assessment of the barge's value on the strand until the survey at the dry dock. The actual value of the *Pointe Levy*, whether on the strand prior to the engagement of Smit's services or in the dry-dock at the end of the adventure was zero, for she was at all relevant times a constructive total loss. The appropriate value to be employed in calculating Royal's liability for those expenses was the amount made good, which consisted of the value of the diesel oil taken from the barge and consumed in her refloating. For the purposes of calculating the amount made good only that quantity of diesel oil consumed in the refloating operation was considered, i.e. \$8,000.

As to the liability of the Standard P & I Club, the Standard Club is a mutual association such as are recognized in *Marine Insurance Act, 1906*, section 85. Under Club Rule 20(14), the P & I Club covered pollution risks as well as any liability of an owner under a salvage agreement to compensate salvors for work done to prevent or reduce pollution. The P & I cover should only be resorted to should the Court find the salvage expenses were incurred solely for pollution prevention or there was compulsory wreck removal through an order by the Coast Guard to put the vessel into dry dock while she was on the strand. The *Pointe Levy* was not a wreck nor was there any wreck removal order. Although the threat of pollution was a predominant concern, it was neither the primary nor sole motivating factor underlying the decision to engage the services of a professional salvor. The salvors were not contracted for the sole purposes of, nor did they specifically do anything to pre-

Les frais spéciaux relatifs à la cargaison qui ont été engagés pour décharger la cargaison doivent être déduits en vertu de la Règle XVII des *Règles d'York et d'Anvers* pour déterminer la valeur réelle de la cargaison aux fins de la contribution à l'avarie commune. Cette déduction vise à ce que la contribution soit prise seulement sur la valeur «nette» des biens sauvés. Les frais spéciaux relatifs à la cargaison s'élevaient à 818 097,62 \$.

Ayant payé la valeur assurée de la coque au montant de 3 000 000 \$, les assureurs de la coque avaient rempli leur obligation d'indemniser Ultramar pour la contribution d'avarie commune. La demanderesse n'avait aucun recours contre les assureurs de la coque à moins qu'ils n'aient assumé, dans la police d'assurance, des responsabilités plus grandes que celles que leur imposait la loi. L'excédent de l'avarie commune retombe sur l'armateur seulement, sous réserve pour celui-ci de se faire rembourser en vertu de ses diverses polices d'assurance. La police d'assurance sur la coque et les machines était assujettie aux American Institute Hull Clauses, qui comportaient une clause sur les mesures conservatoires et préventives prévoyant que, si une demande d'indemnité pour perte totale est admise et si les dépenses relatives aux mesures conservatoires et préventives ont été engagées en excédent du produit de la vente, le montant payable sera la proportion de cet excédent que le montant assuré apporte à la juste valeur en bon état de ce navire au moment de l'accident. Dans la répartition de l'excédent de l'avarie commune selon la clause sur les mesures conservatoires et préventives, pour évaluer correctement le chaland, il faut utiliser les valeurs réelles, par opposition aux valeurs estimées, qui existaient lorsque la dépense a été engagée. Il n'y avait aucune raison de ne pas reporter l'évaluation du chaland échoué sur le rivage jusqu'à l'inspection du navire en cale sèche. La valeur réelle du *Pointe Levy*, qu'il se trouvât sur le rivage avant la conclusion du contrat avec la société Smit ou en cale sèche à la fin des opérations, était nulle, car, à toutes les époques pertinentes, c'était une perte réputée totale. La valeur qu'il fallait employer dans le calcul de la responsabilité de la défenderesse Royal à l'égard de ces dépenses était le montant remboursé qui consistait dans la valeur du mazout retiré du chaland et consommé pour le remettre à flot. Aux fins du calcul du montant remboursé, il fallait tenir compte seulement de la quantité de mazout consommée au cours de la remise à flot, c'est-à-dire 8 000 \$.

En ce qui concerne la responsabilité du Standard P & I Club, ce dernier est une association mutuelle comme celles qui sont reconnues à l'article 85 de la *Marine Insurance Act, 1906*. Selon la Règle 20(14), la mutuelle de protection et d'indemnisation offrait également une protection contre les risques de pollution et tout engagement d'un armateur aux termes d'un contrat de sauvetage à indemniser les sauveteurs pour le travail effectué pour prévenir ou réduire la pollution. Il ne devrait y avoir recours à l'assurance mutuelle de protection et d'indemnisation en tant qu'assurance responsabilité que si notre Cour concluait que les dépenses de sauvetage ont été engagées seulement pour prévenir la pollution ou qu'il y a eu déplacement obligatoire d'épave parce que la Garde côtière avait ordonné de mettre le navire en cale sèche alors qu'il se trouvait sur la grève. Le *Pointe Levy* n'était pas une épave, et il n'y a pas eu d'ordonnance enjoignant de déplacer une épave. Même si le

vent or reduce pollution. Although the acts they were contracted to perform had as their incidental result the prevention of further pollution, it was Ultramar which did everything necessary to prevent or reduce pollution. The plaintiff has been fully compensated for those expenses by the P & I Club.

The remaining cost of the Smit contract must be borne by Ultramar. The general average act was undertaken to save hull and cargo, and they were therefore required to pay their proportionate share of those expenses. But the other reason for entering into the contract, the prevention of a pollution disaster, was clearly in Ultramar's best interests. The plaintiff's potential liability, had the situation deteriorated into a massive oil spill would have been very substantial. There was no injustice in requiring Ultramar to bear the cost of averting a major liability as compared to necessitating the property insurers to pay for expenses which did not result in the saving of property.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 "Canadian maritime law".
Marine Insurance Act, 1906 (U.K.), 6 Edw. 7, c. 41, ss. 66(3),(4),(5), 73, 85.
Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22.
York-Antwerp Rules 1950, Rules A, XVII, XXI.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283; [1983] I.L.R. 1-1627; (1983), 54 N.R. 321;
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Evje, The*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 509 (C.A.); *Green Star Shipping Co., Ltd. v. London Assurance*, [1933] 1 K.B. 378.

CONSIDERED:

- Chellew v. Royal Commission on the Sugar Supply*, [1922] 1 K.B. 12 (C.A.).

AUTHORS CITED

- Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Sir Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman. Stevens and Sons, 1981.
 Ivamy, E. R. Hardy. *Marine Insurance*, 4th ed. London: Butterworths, 1985.

risque de pollution était une préoccupation prédominante, ce ne fut ni le facteur principal ni le seul facteur qui ait sous-tendu la décision de recourir aux services d'un sauveteur professionnel. Les services des sauveteurs n'ont pas été retenus dans le seul but de prévenir ou de réduire la pollution, et ceux-ci n'ont rien fait de particulier en ce sens. Bien que l'activité pour laquelle on a eu recours à leurs services ait eu accessoirement pour effet de prévenir une plus grande pollution, c'est Ultramar qui a fait le nécessaire pour empêcher ou réduire la pollution. La demanderesse a été pleinement indemnisée de ses dépenses par le P & I Club.

Les autres frais découlant du contrat conclu avec la société Smit doivent être supportés par Ultramar. L'acte d'avarie commune visait à sauver la coque et la cargaison, et les parties sont donc tenues de payer leur part proportionnelle de ces dépenses. Mais l'autre raison de la conclusion du contrat, à savoir la prévention d'un désastre écologique, allait manifestement dans le sens des meilleurs intérêts d'Ultramar. Si la situation s'était transformée en un déversement accidentel massif de pétrole, la responsabilité éventuelle de la demanderesse aurait été considérable. Il n'y avait aucune injustice dans le fait d'exiger qu'Ultramar supporte les frais nécessaires pour éviter une plus grande responsabilité par comparaison avec l'obligation des assureurs des biens de payer des dépenses qui n'ont pas entraîné le sauvetage des biens.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «droit maritime canadien».
Loi sur l'assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22.
Marine Insurance Act, 1906 (R.-U.), 6 Edw. 7, ch. 41, art. 66(3),(4),(5), 73, 85.
Règles d'York et d'Anvers 1950, Règles A, XVII, XXI.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 283; [1983] I.L.R. 1-1627; (1983), 54 N.R. 321;
ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Evje, The*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 509 (C.A.); *Green Star Shipping Co., Ltd. v. London Assurance*, [1933] 1 K.B. 378.

DÉCISION EXAMINÉE:

- Chellew v. Royal Commission on the Sugar Supply*, [1922] 1 K.B. 12 (C.A.).

DOCTRINE

- Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Sir Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman. Stevens and Sons, 1981.
 Ivamy, E. R. Hardy. *Marine Insurance*, 4th ed. London: Butterworths, 1985.

Lowndes, R. and G. R. Rudolf. *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 10th ed. by Sir John Donaldson et al. London: Stevens & Sons, 1975.

Lowndes, R. and G. R. Rudolf. *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 11th ed. by D. J. Wilson and J. H. S. Cooke. London: Sweet & Maxwell, 1990. ^a

Parks, Alex Leon. *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1987.

ACTION for apportionment of damages amongst various insurance policies and according to the law of general average as a result of the grounding of the plaintiff's barge, resulting in a total constructive loss of the barge, loss of the cargo of oil, and pollution clean-up expenses. It was declared that the net sums due and owing under the insurance policies were: cargo underwriters—\$331,254.99; hull underwriters \$423,512.91.

COUNSEL:

David L. D. Beard and *Antonin Pribetic* for plaintiff. ^e

George R. Strathy for defendant Mutual Marine Office Inc. et al (The Cargo Underwriters).

George J. Pollack for defendant Royal Insurance Co. of America. ^f

Sean J. Harrington for defendant The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Ass. (Bermuda) Ltd. ^g

Peter F. M. Jones for defendants Alexander & Alexander of N.Y. Inc. and Alexander & Alexander Inc.

SOLICITORS:

Beard, Winter, Toronto, for plaintiff.

George R. Strathy, Toronto, for defendant Mutual Marine Office Inc. et al (The Cargo Underwriters). ⁱ

Marler, Sproule, Castonguay, Montréal, for defendant Royal Insurance Co. of America.

McMaster Meighen, Montréal, for defendant The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Ass. (Bermuda) Ltd. ^j

Lowndes, R. and G. R. Rudolf. *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 10th ed. by Sir John Donaldson et al. London: Stevens & Sons, 1975.

Lowndes, R. and G. R. Rudolf. *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 11th ed. by D. J. Wilson and J. H. S. Cooke. London: Sweet & Maxwell, 1990.

Parks, Alex Leon. *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1987.

ACTION en répartition des dommages entre diverses polices d'assurance et conformément au droit des avaries communes à la suite de l'échouement du chalands de la demanderesse, qui a entraîné une perte réputée totale du chalands, la perte de la cargaison de pétrole et des dépenses de récupération des polluants. Il a été statué que les sommes nettes dues en vertu des polices d'assurance étaient les suivantes: assureurs de la cargaison: 331 254,99 \$; assureurs de la coque: 423 512,91 \$. ^b

AVOCATS:

David L. D. Beard et *Antonin Pribetic* pour la demanderesse.

George R. Strathy pour la défenderesse Mutual Marine Office Inc. et autres (Les assureurs de la cargaison). ^c

George J. Pollack pour la défenderesse Royal Insurance Co. of America.

Sean J. Harrington pour la défenderesse The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Ass. (Bermuda) Ltd. ^d

Peter F. M. Jones pour les défenderesses Alexander & Alexander of N.Y. Inc. et Alexander & Alexander Inc.

PROCUREURS:

Beard, Winter, Toronto, pour la demanderesse.

George R. Strathy, Toronto, pour la défenderesse Mutual Marine Office Inc. et autres (Les assureurs de la cargaison). ^e

Marler, Sproule, Castonguay, Montréal, pour la défenderesse Royal Insurance Co. of America.

McMaster Meighen, Montréal, pour la défenderesse The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Ass. (Bermuda) Ltd. ^f

Paterson, MacDougall, Toronto, for defendants Alexander & Alexander of N.Y. Inc. and Alexander & Alexander Inc.

Paterson, MacDougall, Toronto, pour les défenderesses Alexander & Alexander of N.Y. Inc. et Alexander & Alexander Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

ROULEAU J.: This is an action by the plaintiff for a declaration for judgment in the amount of \$2,707,102.91 against seven of the defendants or in the alternative an assessment of the plaintiff's damages and an apportionment of those damages amongst the policies of insurance of all the defendants. The plaintiff also seeks interest on those sums from date of loss to date of judgment, together with costs of this action.

LE JUGE ROULEAU: Il s'agit d'une action par laquelle la demanderesse tente d'obtenir un jugement déclaratoire au montant de 2 707 102,91 \$ contre sept des défendeurs ou, à défaut, une évaluation de ses propres dommages et la répartition de ces derniers entre les polices d'assurance de tous les défendeurs. La demanderesse réclame également des intérêts sur ces sommes depuis la date de survenance du sinistre jusqu'à la date du jugement, en plus des dépens de l'action.

Ultramar has filed a notice of discontinuance against the defendant Alexander & Alexander, on the basis that having reviewed the evidence at trial, a claim against that defendant for negligence or breach of contract in the placement of the insurance, or for errors in the preparation or collection of the adjustment, is not maintainable. In addition, the plaintiff has withdrawn its allegations concerning punitive damages against the other defendants.

Ultramar a déposé un avis de désistement envers la défenderesse Alexander & Alexander, pour le motif que, après examen de la preuve présentée au procès, elle ne peut pas soutenir l'action contre cette défenderesse pour négligence ou rupture de contrat dans la conclusion de l'assurance, ou pour erreurs dans l'élaboration du règlement d'avarie ou le recouvrement. De plus, la demanderesse a retiré ses allégations au sujet des dommages-intérêts punitifs réclamés aux autres défendeurs.

FACTS

LES FAITS

The plaintiff oil company, incorporated pursuant to the laws of Canada, maintains its head office and principal place of business in Montréal, Quebec. It is a wholly owned subsidiary of Ultramar plc., a United Kingdom corporation and at all material times the owner of the barge *Pointe Levy*.

La compagnie pétrolière demanderesse, qui est constituée en vertu des lois du Canada, a son siège social à Montréal (Québec). C'est une filiale en propriété exclusive d'Ultramar plc., qui est une société du Royaume-Uni, et, à toutes les époques en cause, elle était propriétaire du chaland *Pointe Levy*.

The defendants are engaged in the business of marine insurance. Highlands Insurance Company, Navigators Insurance Company, and certain Underwriters at Lloyds, collectively referred to as the "cargo underwriters," are the insurers of the plaintiff's cargo carried on board its barge the *Pointe Levy* pursuant to open marine cargo policy No. A & A C-81018, dated January 21, 1988. The defendants Mutual Marine Office Inc., New York Marine Managers Inc. and Trinity Associates Inc., were not themselves insurers of the plaintiff's cargo but did, during the course of events leading to this litigation, act as

Les défendeurs s'occupent d'assurance maritime. Highlands Insurance Company, Navigators Insurance Company et certains assureurs de la Lloyd's, désignés collectivement sous le nom des «assureurs de la cargaison», sont les assureurs de la cargaison que la demanderesse transportait à bord de son chaland le *Pointe Levy*, conformément à la police d'assurance flottante sur la cargaison n° A & A C-81018, en date du 21 janvier 1988. Les défenderesses Mutual Marine Office Inc., New York Marine Managers Inc. et Trinity Associates Inc. n'étaient pas elles-mêmes des assureurs de la cargaison de la demanderesse,

agents on behalf of some of the cargo underwriters. The defendant Royal Insurance Company of America insured the hull and machinery of the *Pointe Levy*, and the defendant The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited (P & I Club), provided insurance coverage for pollution as well as other benefits. The defendants, Alexander & Alexander of New York Inc. and Alexander & Alexander Inc. have acted as the plaintiff's insurance brokers since 1981.

The unmanned barge *Pointe Levy*, had a gross registered tonnage of 3,642 tons. In May of 1985, the plaintiff entered into a towage charter-party agreement with Atlantic Towing Limited for the charter of its tug *Irving Teak* to tow cargoes of Ultramar's oil laden on board the *Pointe Levy* from Montréal to Bathurst, New Brunswick. The plaintiff's cargo of 5,263 metric tons of No. 6 oil was laden on board during November of 1985. The *Pointe Levy* departed from Montréal for Bathurst early in the morning of December 1, 1985, under tow by the tug *Irving Teak*. The defendant Alexander & Alexander of New York Inc., acting as the plaintiff's insurance broker, placed hull, cargo and protection & indemnity (P & I) insurance for the voyage as follows:

1. Hull & Machinery Policy with the defendant Royal Insurance Company of America insuring hull and machinery of the barge for the sum of \$3,000,000.00;

2. Marine Open Cargo Policy with the defendant cargo underwriters insuring cargo on board for the sum of \$999,332.00; and

3. The Standard Club Protection & Indemnity Insurance and Standard Club Rules providing coverage for pollution liability up to \$300,000,000.00 and other benefits.

At three o'clock in the morning of December 3, 1985, heavy weather caused the tow line to snap. The tug captain dropped anchor and used the emergency tow line in an attempt to prevent the *Pointe Levy* from going aground. When the emergency tow line parted, the *Pointe Levy* dragged anchor and grounded off Matane, Quebec, in the St. Lawrence River,

mais, au cours des événements qui ont mené au présent litige, elles ont agi pour le compte de quelques-uns des assureurs de la cargaison. La défenderesse Royal Insurance Company of America assurait la coque et les machines du *Pointe Levy*, et la défenderesse The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited (P & I Club) fournissait une protection contre les risques de pollution ainsi que d'autres garanties. Les défenderesses Alexander & Alexander of New York Inc. et Alexander & Alexander Inc. jouent le rôle de courtiers d'assurances de la demanderesse depuis 1981.

Le chaland sans équipage *Pointe Levy* avait une jauge brute enregistrée de 3 642 tonnes. En mai 1985, la demanderesse a conclu une charte-partie de remorquage avec Atlantic Towing Limited pour l'affrètement du remorqueur *Irving Teak* afin de remorquer ses cargaisons de pétrole chargées à bord du *Pointe Levy* de Montréal à Bathurst (Nouveau-Brunswick). La cargaison de 5 263 tonnes métriques de pétrole n° 6 de la demanderesse a été chargée à bord durant le mois de novembre 1985. Le *Pointe Levy* est parti de Montréal à destination de Bathurst tôt le matin du 1^{er} décembre 1985, à la remorque du navire *Irving Teak*. La défenderesse Alexander & Alexander of New York Inc., à titre de courtier d'assurances de la demanderesse, a établi ainsi l'assurance au voyage en ce qui concernait la coque, la cargaison et la protection et indemnisation:

[TRADUCTION] 1. Une police sur corps de navire a été signée avec la défenderesse Royal Insurance Company of America afin d'assurer la coque et les machines du chaland pour la somme de 3 000 000 \$;

2. Une police d'assurance flottante a été signée avec les défendeurs assureurs de la cargaison afin d'assurer la cargaison à bord pour la somme de 999 332 \$;

3. La Standard Club Protection & Indemnity Insurance et les Standard Club Rules fournissaient une protection contre les risques de pollution jusqu'à concurrence de 300 000 000 \$ et offraient d'autres garanties.

À trois heures du matin le 3 décembre 1985, le gros temps a fait se rompre le câble de remorquage. Le capitaine du remorqueur a jeté l'ancre et utilisé le câble de remorquage d'urgence dans le but d'empêcher que le *Pointe Levy* aille s'échouer. Lorsque le câble de remorquage d'urgence s'est brisé, le *Pointe Levy* a chassé sur ses ancrs et s'est échoué au large

where she was damaged and some of her oil cargo spilled. The weather conditions—high winds of sixty kilometres *per* hour gusting to eighty to one-hundred kilometres *per* hour with fifteen to twenty foot waves—hindered all attempts to board the stranded vessel. The weather remained severe throughout the early morning hours of December 3 and the barge was driven and pushed by the strong north and northwest winds and tide, eventually coming to rest with the starboard side parallel to the shoreline.

Later that day the Canadian Coast Guard advised Ultramar it was responsible for taking action. The telex stated that “Depending on the reaction of the owner, the Canadian Coast Guard will take its own proper initiative to address the situation.” On December 4, 1985, a morning aerial inspection of the barge showed pollution and leakage of the bunker oil cargo which was drifting easterly onto the shoreline and collecting at the Matane Marine Dock breakwater. High winds and seas continued to hinder all investigatory work until the afternoon, at which time Mr. Mario Rossi, a surveyor with Salvage Association, together with pumpmen from the *Irving Teak*, boarded the *Pointe Levy* from a Coast Guard landing craft. On a preliminary basis it was discovered that three of the ten cargo tanks were open to the sea, that all double bottom tanks beneath the cargo tanks were flooded with sea water, that two of the six double bottoms contained signs of cargo and that the engine room, the pump room and the cofferdam were tidal with their water levels equal to that of the sea.

The first plan of action, as set out by Mr. Rossi during the evening of December 4, 1985, was to carry out a diver’s inspection, to fit a boom around the *Pointe Levy* to contain further oil spillage, and to helicopter Canadian Coast Guard pumps on to the *Pointe Levy* to skim oil from breached tanks and pump it into sound tanks. A diver’s inspection of the barge was initiated on December 5, 1985, but had to

de Matane (Québec), dans le fleuve Saint-Laurent, où il s’est endommagé, et une partie de sa cargaison de pétrole s’est répandue. Les conditions atmosphériques—des vents violents de soixante kilomètres/heure atteignant des vitesses de quatre-vingts à cent kilomètres/heure et accompagnés de vagues de quinze à vingt pieds—ont rendu impossible toute tentative de monter à bord du navire échoué. Le temps est resté rigoureux durant les premières heures du 3 décembre et le chaland a été entraîné et poussé par la marée et les vents forts du nord et du nord-est, pour aller ensuite s’arrêter à tribord parallèlement au littoral.

Plus tard ce jour-là, la Garde côtière canadienne a fait savoir à Ultramar qu’elle devait prendre les mesures nécessaires. Le télex indiquait que [TRADUCTION] «Selon ce que sera la réaction du propriétaire, la Garde côtière canadienne prendra elle-même les mesures nécessaires pour corriger la situation». Le matin du 4 décembre 1985, une inspection aérienne du chaland a révélé des traces de pollution et une fuite de la cargaison de mazout qui allait à la dérive du côté est vers le littoral et s’amassait au brise-lames du chantier naval de Matane. Les vents violents et la mer houleuse ont continué de rendre impossibles tous travaux d’investigation jusqu’en après-midi, moment où M. Mario Rossi, un expert de la Salvage Association, et des préposés aux pompes du remorqueur *Irving Teak*, sont montés à bord du *Pointe Levy* à partir d’un chaland de débarquement de la Garde côtière canadienne. On s’est d’abord aperçu que l’eau de mer s’infiltrait dans trois des dix citernes de cargaison, que toutes les citernes à double fond situées sous les citernes de cargaison étaient inondées d’eau de mer, qu’il y avait des traces de la cargaison dans deux des six doubles fonds et que la salle des moteurs, la salle des pompes et le batardeau étaient envahis par la marée au point que le niveau d’eau y était égal à celui de la mer.

Le premier plan d’action, tel que présenté par M. Rossi au cours de la soirée du 4 décembre 1985, consistait à effectuer une inspection en plongée, à installer une barrière flottante autour du *Pointe Levy* pour contenir tout autre déversement de pétrole et à transporter par hélicoptère des pompes de la Garde côtière canadienne sur le *Pointe Levy* pour écumer le pétrole des citernes percées et le pomper dans des

be aborted due to weather conditions and poor visibility.

The same day, December 5, Ultramar engaged the services of Smit American Salvage Inc., out of Galveston, Texas, to supply the necessary salvage gear to remove the vessel and its cargo from the strand and bring it to a place of safety. The contract was "To lighten, as required, patch if necessary, re-float and deliver to a mutually-agreed port of refuge—client responsible for disposal of lightered cargo and obtaining C.C.D. [sic] approval to enter/delivery of barge to safe port of refuge." Under the terms of the contract, Smit was to be paid the sum of US \$350,000 plus all its costs, plus 15% provided the barge was brought to a place of safety. In the end, the ultimate cost of the contract was nearly C \$2,000,000.

For the duration of the time the *Pointe Levy* was on the strand, and in fact until it was drydocked on December 17, 1985, the severe prevailing weather conditions were such that no proper diver's inspection could be carried out. However, Mr. Anthony Airey, a principal of Amacan Maritime, Inc., a company which acted as marine manager of the *Pointe Levy* for Ultramar, did make certain estimates of damage prior to an underwater inspection of the barge. The following estimates were made by him from his office in Montréal, on the basis of information provided by individuals at the scene of the mishap:

December 4, 1985—\$160,000.00 covering Coast Guard, tugs, divers, technician and other surveys, exclusive of hull damage, dry dock, etc.

December 9, 1985—\$600,000.00 for hull and machinery repairs to the barge.

December 16, 1985—\$700,000.00 for docking, cargo disposal, clean and gas-free—dispose slops—make permanent repairs (known damages only). Mr. Airey stated "This could be even more if bottom damage is extensive."

citernes en bon état. On a amorcé une inspection en plongée du chaland le 5 décembre 1985, mais on a dû l'interrompre à cause des conditions atmosphériques et de la mauvaise visibilité.

^a Le même jour, soit le 5 décembre, Ultramar a retenu les services de la société Smit American Salvage Inc., de Galveston (Texas), qui devait fournir l'équipement de sauvetage nécessaire pour éloigner le navire et sa cargaison de la grève et les amener en lieu sûr. Selon le contrat, il s'agissait d'[TRADUCTION] «alléger, selon les nécessités, de rapiécer au besoin, de remettre à flot et de conduire le chaland à un port de refuge convenu entre les deux parties—le client devant se débarrasser de la cargaison enlevée et obtenir l'approbation de la G.C.C. pour faire entrer le chaland dans un port de refuge sûr ou le conduire jusque-là». Aux termes du contrat, la société Smit devait recevoir la somme de 350 000 \$ US, plus le remboursement de tous ses frais, et 15 % à condition que le chaland soit mené en lieu sûr. En fin de compte, les frais du contrat se sont élevés à près de 2 000 000 \$ CAN.

^e Pendant tout le temps que le *Pointe Levy* a été échoué et, de fait, jusqu'à ce qu'il soit en cale sèche le 17 décembre 1985, les conditions atmosphériques étaient si mauvaises qu'aucune inspection en plongée n'a pu être effectuée de façon convenable. Cependant, M. Anthony Airey, un dirigeant de la société Amacan Maritime, Inc., laquelle agissait à titre de gestionnaire maritime du *Pointe Levy* pour Ultramar, a effectivement procédé à certaines évaluations des dommages avant que l'on fasse une inspection sub-aquatique du chaland. Il a établi les évaluations suivantes à partir de son bureau de Montréal, en se fondant sur les renseignements fournis par des personnes qui se trouvaient sur les lieux de l'incident:

^h [TRADUCTION] Le 4 décembre 1985—160 000 \$, montant comprenant les coûts de la Garde côtière, des remorqueurs, des plongeurs, des examens techniques et autres, sans compter les dommages survenus à la coque, les frais de cale sèche, etc.

ⁱ Le 9 décembre 1985—600 000 \$ pour la réparation de la coque et des machines du chaland.

^j Le 16 décembre 1985—700 000 \$ pour la mise à quai, l'enlèvement de la cargaison, le nettoyage et le dégazage—l'enlèvement des eaux sales—les réparations permanentes (seulement les dommages connus). M. Airey a déclaré: «Les frais pourraient être encore plus élevés si les dommages à la carène sont importants.»

Pollution clean up commenced on December 6, 1985. Equipment from Sanivan Ltd. worked around the clock to remove contaminated ice, sand and gravel material from the marina breakwater entrance. By mid-day, fifteen transport trucks were on site with two crane clams, two bulldozers and four pressure vacuum trucks all working around the clock. A ramp was constructed joining the elevated roadside with the breakwater shoreline beach area in order to allow heavy machinery to accumulate the polluted material into trucks during low tide for disposal at a nearby temporary dumpsite.

At a meeting held the same day, it was agreed that Ultramar would take immediate steps to clean the pollution on various sections of the beach east of Matane as identified and specified by the Ministry of the Environment. On December 7, 1985, representatives of Ultramar, the Canadian Coast Guard, Environment Quebec and other concerned parties, attended the various clean-up operations on the shorelines and at the Matane Marina dock. The ultimate cost of cleaning up the cargo which had spilled was in excess of \$3,000,000.

During December 15 and 16, 1985, efforts by Smit American Salvage Inc. to refloat the barge proved unsuccessful. On December 17, 1985, the salvors discharged approximately 800 tons of cargo into the barge *Sillery* and the *Pointe Levy* was refloated and towed to Les Méchins, Quebec. While in dry dock, the balance of the cargo of oil was removed from the barge, with great difficulty and at considerable cost, in view of the fact it had almost solidified in the cold weather. Special equipment and facilities had to be employed in order to heat and remove the cargo, at a cost of approximately \$818,000.

On January 15, 1986, an underwater survey was conducted in the dry dock at Les Méchins. The damage seen at that time by Mr. Airey and Mr. Rossi convinced them the *Pointe Levy* was in all probability a constructive total loss. A formal declaration of aban-

La récupération des polluants a commencé le 6 décembre 1985. Le matériel provenant de la compagnie Sanivan Ltd. a travaillé sans relâche à l'enlèvement de la glace, du sable et du gravier contaminés de l'entrée de la digue de la marina. Avant midi, quinze camions de transport se trouvaient sur les lieux, ainsi que deux grues, deux bulldozers et quatre camions-aspirateurs, à travailler sans relâche. On a construit une passerelle pour relier l'accotement élevé à la plage située sur le littoral du brise-lames afin de permettre aux poids lourds de déverser à marée basse les matières polluantes dans des camions qui les transporteraient jusqu'à un dépotoir temporaire tout près de là.

À une réunion tenue le même jour, il a été convenu que la compagnie Ultramar prendrait immédiatement des mesures pour débarrasser des produits polluants différents secteurs de la plage à l'est de Matane, qui avaient été désignés par le ministère de l'Environnement. Le 7 décembre 1985, des représentants de la compagnie Ultramar, de la Garde côtière canadienne, d'Environnement Québec et d'autres parties concernées ont assisté aux diverses opérations de nettoyage sur le littoral et au quai de la Marina de Matane. En fin de compte, les frais de nettoyage de la cargaison qui s'était répandue dépassaient la somme de 3 000 000 \$.

Durant les journées du 15 et du 16 décembre 1985, les efforts déployés par Smit American Salvage Inc. pour remettre le chaland à flot n'ont pas été couronnés de succès. Le 17 décembre 1985, les sauveteurs ont déversé environ 800 tonnes de cargaison dans le chaland *Sillery*, et le *Pointe Levy* a été remis à flot et remorqué jusqu'à Les Méchins (Québec). Pendant que ce dernier chaland était en cale sèche, on l'a vidé du reste de sa cargaison, avec beaucoup de difficultés et au prix fort, parce qu'elle s'était presque solidifiée en raison du temps froid. Il a fallu utiliser de l'équipement spécial et des installations particulières pour réchauffer et enlever la cargaison, au coût d'environ 818 000 \$.

Le 15 janvier 1986, on a procédé à une inspection subaquatique en cale sèche à Les Méchins. À la vue des dommages, M. Airey et M. Rossi étaient convaincus que le *Pointe Levy* était, selon toute probabilité, une perte réputée totale. La demanderesse a envoyé

donment of the vessel was sent by the plaintiff to its hull underwriters, the defendant Royal Insurance Company of America, on March 11, 1986, after various bids received from a number of ship repairmen revealed the cost of repairing the damage substantially exceeded the barge's sound value which had been determined to be \$2,120,000. Thereafter, offers to purchase the damaged barge on an "as is where is" basis were invited and on April 29, 1986, the vessel was sold and subsequently delivered to Messrs. McAsphalt Industries Ltd. for the sum of C \$206,602.

ISSUE

Two to three days after the stranding of the barge, Ultramar declared general average and Mr. John Tull of Alexander & Alexander was appointed as the plaintiff's average adjuster for the purpose of adjusting the loss. He prepared the adjustment which apportioned expenses amongst the defendant insurers. The claims arising out of the grounding of the *Pointe Levy* were characterized in the adjustment as follows:

- (a) salvage charges;
- (b) sue and labour expenses;
- (c) loss of vessel;
- (d) loss of cargo;
- (e) general average expenses;
- (f) expenses to clean up and avoid pollution
- (g) surveyors expenses;
- (h) legal expenses.

Mr. Tull prepared an original adjustment dated April 30, 1987, to which there were a number of objections by the various underwriters. He then prepared a revised adjustment, dated April 7, 1988, which reallocated some of the expenses in question, largely from the P & I side of the ledger to the hull and cargo. These "excess general average (sue and labour) expenses" were allocated between ship and cargo on the basis of the values estimated by Mr. Airey, and their recovery claimed under the hull and cargo insurance policies.

une déclaration officielle de délaissement du navire aux assureurs de la coque, la défenderesse Royal Insurance Company of America, le 11 mars 1986, après que plusieurs offres reçues d'un certain nombre de réparateurs de navire eurent révélé que le coût des réparations dépassait considérablement la valeur du chaland en bon état, qui avait été établie à 2 120 000 \$. Par la suite, on a sollicité des offres pour l'achat «sans réparation ni livraison» du chaland endommagé et, le 29 avril 1986, le navire a été vendu et remis par la suite à Messrs. McAsphalt Industries Ltd. pour la somme de 206 602 \$ CAN.

LA QUESTION EN LITIGE

Deux ou trois jours après l'échouement du chaland, Ultramar a déclaré une avarie commune et M. John Tull de la société Alexander & Alexander a été nommé à titre d'expert en avarie de la demanderesse et chargé de régler le sinistre. Il a élaboré le règlement d'avarie qui répartissait les dépenses entre les assureurs défendeurs. Les demandes d'indemnité découlant de l'échouement du *Pointe Levy* ont été désignées ainsi dans le règlement d'avarie:

- (a) frais de sauvetage;
- (b) dépenses conservatoires et préventives;
- (c) perte du navire;
- (d) perte de la cargaison;
- (e) dépenses d'avarie commune;
- (f) dépenses de récupération des polluants et de prévention de la pollution;
- (g) dépenses d'inspection;
- (h) frais juridiques.

M. Tull a rédigé un premier règlement d'avarie en date du 30 avril 1987, auquel les différents assureurs ont présenté un certain nombre d'oppositions. Il a ensuite rédigé un règlement révisé en date du 7 avril 1988, qui répartissait différemment quelques-unes des dépenses en question, en les transférant surtout de la colonne «protection et indemnisation» du grand livre dans celle de la coque et de la cargaison. Ces [TRADUCTION] «dépenses d'avarie commune excédentaires (mesures conservatoires et préventives)» ont été réparties entre le navire et la cargaison en

As a result of the casualty the defendant underwriters have paid or will pay to the plaintiff, subject to this Court's determination of the issue before it, over \$7,000,000 apportioned as follows:

Hull Underwriters	\$3,276,995.80
Cargo Underwriters	\$ 950,000 (approximate)
P & I Club	\$3,000,000

The issue between the parties in this action is the liability for the costs of in excess of \$2,000,000 which were incurred under the Smit contract in order to salvage the *Pointe Levy* and its cargo. The question to be determined is how these expenses are to be allocated amongst the various parties, namely:

1. the defendant Royal Insurance Company of America (Royal) in its capacity as the insurer of the hull and machinery of the *Pointe Levy*;
2. the defendant Mutual Marine Office, Inc. (Mutual) in its capacity as the lead insurer of the cargo of fuel oil laden aboard the barge at the time of the grounding;
3. the defendant The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Ltd. (Standard); and,
4. the plaintiff in its capacity as owner of the *Pointe Levy*.

PLAINTIFF'S ARGUMENT

The plaintiff's position is that general average is a means to effect an equitable sharing of expenses incurred for the benefit of all interests in a common adventure. If the excess expenses at issue in the present case cannot be recovered in keeping with general average principles, the plaintiff maintains they are recoverable under various clauses of the insurance policies such as the sue and labour clauses. Ultramar argues it had an obligation to minimize its losses, to

fonction des valeurs déterminées par M. Airey, et leur recouvrement a été réclamé en vertu des polices d'assurance sur la coque et la cargaison.

À la suite de l'accident, les assureurs défendeurs ont versé ou verseront à la demanderesse, sous réserve de la décision que notre Cour rendra en l'espèce, plus de 7 000 000 \$ répartis de la façon suivante:

Assureurs de la coque	3 276 995,80 \$
Assureurs de la cargaison	950 000 \$ (environ)
Mutuelle de protection et d'indemnisation	3 000 000 \$

En l'espèce, le litige entre les parties porte sur la responsabilité à l'égard des frais excédant 2 000 000 \$ qui ont été engagés en vertu du contrat conclu avec la société Smit dans le but de sauver le *Pointe Levy* et sa cargaison. Il s'agit de savoir comment ces dépenses doivent être partagées entre les différentes parties, à savoir:

1. la défenderesse Royal Insurance Company of America (Royal) en sa qualité d'assureur de la coque et des machines du *Pointe Levy*;
2. la défenderesse Mutual Marine Office, Inc. (Mutual) en sa qualité d'assureur principal de la cargaison de mazout chargée à bord du chaland au moment de l'échouement;
3. la défenderesse The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Ltd. (Standard);
4. la demanderesse en sa qualité de propriétaire du *Pointe Levy*.

LES PRÉTENTIONS ET MOYENS DE LA DEMANDERESSE

La demanderesse soutient que l'avarie commune est un moyen d'arriver à un partage équitable des dépenses engagées dans l'intérêt de toutes les parties concernées dans une opération commune. Si les dépenses excédentaires en cause dans la présente affaire ne peuvent pas être recouvrées conformément aux règles de l'avarie commune, la demanderesse maintient qu'elles donnent lieu à indemnisation aux termes de plusieurs clauses des polices d'assurance,

protect its assets, to safeguard against exposure to liability and to protect the environment. Had it not acted to save the barge and cargo, it would have faced the allegation it had not sued and laboured on behalf of the insurers as it was obligated to do.

In contracting for salvage, the plaintiff maintains it acted reasonably under the circumstances and should not be penalized for incurring expenses in order to save insured property. It believes the revised adjustment prepared by Mr. Tull provides for an equitable sharing of what can be termed as "excess general average" expenses. These expenses, it is argued, should be allowed and paid for by the hull and cargo underwriters as set forth in the revised adjustment prepared by Mr. Tull, not because they should be allowed in general average, but because the insurance policies provide for them and to do otherwise would render the sue and labour clauses in the policies meaningless.

DEFENDANTS' ARGUMENT

There is no dispute by the defendant cargo underwriters that the expenses in issue are general average expenses. It is submitted however, that as a matter of law and adjusting practice, the liability of cargo in general average is limited to its contributory value. The cargo underwriters maintain that to the extent there is excess general average expenses after contributory values are exhausted, those expenses fall on the shipowner, subject to collection from its hull and P & I underwriters, in accordance with the practice followed by average adjusters around the world. In the present case, there is neither precedent nor practice to support the approach taken by Mr. Tull as regards cargo and it is, in fact, contrary to the well-established and accepted practice which limits cargo's contribution to its contributory value. Nor is there any clause in the cargo policy, it is argued, which would render the cargo underwriters liable for the expenses in issue.

telles que les clauses sur les mesures conservatoires et préventives. Ultramar avance qu'elle avait l'obligation de minimiser ses pertes, de protéger ses biens, de se prémunir contre les risques de responsabilité et de protéger l'environnement. Si elle n'avait pas agi dans le but de sauver le chaland et la cargaison, on lui aurait reproché de ne pas avoir pris de mesures conservatoires et préventives pour les assureurs, comme elle était tenue de le faire.

La demanderesse fait valoir que, en passant un contrat de sauvetage, elle a agi raisonnablement selon les circonstances et ne devrait pas être pénalisée pour les dépenses engagées afin de sauver les biens assurés. Elle croit que le règlement d'avarie révisé qui a été rédigé par M. Tull prévoit un partage équitable de ce qu'on peut qualifier de «dépenses d'avarie commune excédentaires». On prétend que ces dépenses doivent être admises et payées par les assureurs de la coque et de la cargaison ainsi qu'il est énoncé dans le règlement d'avarie révisé qui a été rédigé par M. Tull, non pas parce qu'elles doivent être admises en avarie commune, mais parce que les polices d'assurance les prévoient et que sinon les clauses sur les mesures conservatoires et préventives prévues dans les polices perdraient tout sens.

LES PRÉTENTIONS ET MOYENS DES DÉFENDEURS

Les assureurs de la cargaison qui sont défendeurs en l'espèce ne contestent pas que les dépenses en question constituent des dépenses d'avarie commune. Ils allèguent cependant que, selon le droit et la pratique en matière de règlement d'avarie, la responsabilité de la cargaison dans une avarie commune se limite à sa valeur contributive. Les assureurs de la cargaison soutiennent que, dans la mesure où il y a des dépenses d'avarie commune excédentaires après épuisement des valeurs contributives, ces dépenses retombent sur l'armateur, sous réserve pour lui de les recouvrer des assureurs de la coque et de la mutuelle de protection et d'indemnisation, conformément à la pratique suivie par les experts en avarie dans le monde entier. En l'espèce, il n'existe ni précédent ni pratique qui viennent étayer la méthode adoptée par M. Tull en ce qui concerne la cargaison et, de fait, cela va à l'encontre de la pratique bien établie qui limite la contribution de la cargaison à sa valeur con-

The defendant Royal, the hull underwriter, submits the estimates of repair costs and the *Pointe Levy's* value made by Mr. Airey before the barge was examined in dry dock, are incompetent to prove a value for the purpose of calculating Royal's contribution to excess general average expenses under the sue and labour clause of the hull and machinery insurance policy. As of the grounding, it is argued, the *Pointe Levy* was a constructive total loss and had no value. Accordingly, it cannot be said the excess general average expenses were incurred in respect of the barge thereby engaging Royal's liability under the sue and labour clause.

In the alternative, Royal argues that if it has any obligation to contribute to the excess general average expenses, the only value available for determining Royal's liability is the amount made good for the barge. On this basis, Royal's liability for excess general average cannot exceed the sum of \$236,294.87. Finally, it is submitted by this defendant that the predominant purpose of the contract with Smit American Salvage Inc. was the prevention of pollution. Viewed in this context, Royal maintains the resulting excess general average expenses are not recoverable under the policies issued by the cargo and hull underwriters, but are recoverable from the Standard P & I Club.

The defendant Standard maintains the plaintiff is entitled to recover some of the cost of the Smit contract from its cargo underwriters, some from its hull underwriters and must bear the rest itself since the contract was for salvage services in saving the hull and cargo. The cost is a general average expense which is supported by the property saved up to the limit of their contributory values. P & I itself, it is argued, which only insures if there is no other cover-

tributive. La police relative à la cargaison ne contiendrait non plus aucune clause qui rendrait les assureurs de la cargaison responsables des dépenses en question.

^a La défenderesse Royal, l'assureur de la coque, laisse entendre que les évaluations du coût des réparations et les études de la valeur du *Pointe Levy* effectuées par M. Airey avant que le chaland soit examiné en cale sèche ne peuvent pas servir à prouver une valeur aux fins du calcul de la contribution de la défenderesse Royal aux dépenses d'avarie commune excédentaires, aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives qui figure dans la police d'assurance sur la coque et les machines. Quant à l'échouement, le *Pointe Levy* serait une perte réputée totale et n'aurait aucune valeur. On ne peut donc pas dire que les dépenses d'avarie commune excédentaires ont été faites à l'égard du chaland et engageaient, de ce fait, la responsabilité de la défenderesse Royal aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives.

^e Subsidiairement, la défenderesse Royal affirme que, si elle doit contribuer aux dépenses d'avarie commune excédentaires, la seule valeur qui peut servir à déterminer sa responsabilité est le montant remboursé pour le chaland. Dans ces conditions, sa responsabilité à l'égard de l'avarie commune excédentaire ne peut pas dépasser la somme de 236 294,87 \$. Enfin, cette défenderesse déclare que le contrat conclu avec Smit American Salvage Inc. avait pour but principal de prévenir la pollution. Elle maintient que, dans ce contexte, les dépenses d'avarie commune excédentaires qui en ont découlé ne donnent pas lieu à indemnisation aux termes des polices établies par les assureurs de la cargaison et de la coque, mais qu'elles donnent lieu à indemnisation de la part de la mutuelle Standard P & I Club.

ⁱ La défenderesse Standard fait remarquer que la demanderesse a le droit de recouvrer premièrement une partie des frais du contrat conclu avec Smit des assureurs de la cargaison, deuxièmement une autre partie des assureurs de la coque, et qu'elle doit supporter le reste elle-même puisque le contrat visait la prestation de services pour le sauvetage de la coque et de la cargaison. Ces frais constituent une dépense d'avarie commune qui est supportée par les biens

age, did not insure with respect to general average expenses incurred in excess of contributory values and accordingly, is not liable to cover any of the expenses in question.

ANALYSIS

The perils against which Ultramar insured itself are classic marine perils. In accordance with the Supreme Court of Canada decision in *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283, marine insurance falls within the legislative class of subject of navigation and shipping and thus into the federal realm of jurisdiction. The Supreme Court also held in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 that “Canadian maritime law” as defined in section 2 of *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, encompasses the principles of English maritime law as they were in 1934, including the common law principles of tort and contract. It follows from this that the *Marine Insurance Act, 1906* (U.K.) [6 Edw. 7, c. 41] forms part of Canadian maritime law. In any event, there is no difference in the principles enunciated in that Act and our own *Marine Insurance Act*, Bill C-97 [S.C. 1993, c. 22], which came into force during the course of the trial.

The law of general average, which is part of the law of carriage of goods by sea, originated in equity and was practised long before marine insurance developed. It arises when expenditures are intentionally incurred in time of peril, most often by the shipowner, for the benefit of all parties concerned, namely ship, cargo and freight. General average is based on the equitable principle that whatever expenses were incurred for the benefit of all parties to a common maritime adventure must be shared by all in proportion to the interests which benefited. A general average act is defined in Rule A of the *York-Antwerp Rules 1950*, as follows:

sauvés jusqu’à concurrence de leurs valeurs contributives. On allègue que la défenderesse P & I elle-même, qui n’offre une assurance que s’il n’y a aucune autre protection, n’a pas souscrit d’assurance à l’égard des dépenses d’avarie commune engagées en excédent des valeurs contributives et qu’elle n’est donc tenue de rembourser aucune des dépenses en question.

ANALYSE

Les périls contre lesquels Ultramar s’est assurée sont les périls de mer ordinaires. Conformément à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 283, l’assurance maritime relève de la catégorie législative de la navigation et des bâtiments ou navires, et donc du domaine de compétence du gouvernement fédéral. La Cour suprême a également conclu dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, que le «droit maritime canadien», ainsi qu’il est défini à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et ses modifications, comprend les principes de droit maritime anglais qui existaient en 1934, et notamment les principes de la common law en matière de négligence et de contrat. Il s’ensuit que la *Marine Insurance Act, 1906* (R.-U.) [6 Edw. 7, ch. 41] fait partie du droit maritime canadien. De toute façon, il n’y a aucune différence entre les principes énoncés dans cette Loi et ceux énoncés dans notre propre *Loi sur l’assurance maritime*, projet de loi C-97 [L.C. 1993, ch. 22], qui est entrée en vigueur pendant le procès.

Le droit de l’avarie commune, qui fait partie du droit du transport de marchandises par eau, vient de l’«equity» et s’appliquait bien avant l’apparition de l’assurance maritime. Il prend naissance lorsque des dépenses sont engagées intentionnellement en temps de péril, le plus souvent par l’armateur, dans l’intérêt de toutes les parties concernées, à savoir le navire, la cargaison et le fret. L’avarie commune se fonde sur le principe reconnu en *equity* selon lequel, quelles que soient les dépenses engagées dans l’intérêt de toutes les parties à une opération maritime commune, elles doivent être partagées par les parties en proportion de leurs intérêts respectifs. L’acte d’avarie commune est

défini de la façon suivante à la Règle A des *Règles d'York et d'Anvers* 1950:

Rule A

There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.

General average exists quite independently of marine insurance. The obligation to contribute in general average does not depend upon any contract between the parties. As stated by Lord Denning in *Evje, The*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), at page 513:

... a claim by shipowners against a cargo owner for general average contribution does not arise "out of" the contract. It arises "in the course of it". It arises in the course of the voyage. It arises out of the perils encountered in carrying out the contract, and not out of the contract itself. That was clearly the view of Lord Esher, M.R. in *Burton & Co. v. English & Co.*, (1883) 12 Q.B.D. 218, at p. 220 and 221:

... it does not arise from any contract at all, but from the old Rhodian laws, and has become incorporated into the law of England as the law of the ocean. It is not as a matter of contract, but in consequence of a common danger, where natural justice requires that all should contribute to indemnify for the loss of property which is sacrificed by one in order that the whole adventure may be saved. If this be so, the liability to contribute does not arise out of any contract at all, and is not covered by the stipulation in the charter-party...

Nevertheless, it is customary for parties to a maritime venture to insure against liability for general average contributions. Normally a marine insurance policy will provide for indemnity against general average losses and contributions, subject to the actual provisions of the policy. The *Marine Insurance Act, 1906* sets out the rules as to general average contribution and the liability of the insurers in respect of general average losses. Subsections 66(3), (4) and (5) provide as follows:

66. . . .

(3) Where there is a general average loss, the party on whom it falls is entitled, subject to the conditions imposed by maritime law, to a rateable contribution from the other parties interested, and such contribution is called a general average contribution.

Règle A

Il y a acte d'avarie commune quand, et seulement quand, intentionnellement et raisonnablement, un sacrifice extraordinaire est fait ou une dépense extraordinaire encourue pour le salut commun, dans le but de préserver d'un péril les propriétés engagées dans une aventure maritime commune.

L'avarie commune existe tout à fait indépendamment de l'assurance maritime. L'obligation de contribuer à l'avarie commune ne dépend pas d'un contrat entre les parties. Comme l'a déclaré lord Denning dans *Evje, The*, [1973] 1 Lloyd's Rep 509 (C.A.), à la page 513:

[TRADUCTION]... la demande d'indemnité présentée par les armateurs contre le propriétaire d'une cargaison pour contribution à une avarie commune «ne résulte pas du» contrat. Elles prend naissance «au cours de celui-ci». Elle prend naissance au cours du voyage. Elle résulte des périls rencontrés dans l'exécution du contrat et non pas du contrat lui-même. C'était clairement l'opinion de lord Esher, maître des rôles, dans *Burton & Co. v. English & Co.*, (1883) 12 Q.B.D. 218, aux p. 220 et 221:

... elle ne résulte pas du tout d'un contrat, mais du vieux droit rhodien et a été incorporée au droit anglais comme droit de la mer. Ce n'est pas comme objet d'un contrat mais à la suite d'un danger commun, où la justice naturelle exige que tous contribuent à l'indemnisation de la perte du bien qui est sacrifié par l'un d'eux pour que toute l'opération puisse être sauvée. S'il en est ainsi, la responsabilité à l'égard de la contribution ne résulte pas du tout d'un contrat et ne donne pas lieu à indemnisation aux termes de la stipulation figurant dans la charte-partie...

Néanmoins, d'habitude les parties à une opération maritime s'assurent contre la responsabilité à l'égard des contributions à l'avarie commune. Normalement la police d'assurance maritime prévoira une garantie contre les avaries communes et les contributions d'avarie commune, sous réserve des dispositions mêmes de la police. La *Marine Insurance Act, 1906* énonce les règles relatives à la contribution d'avarie commune et à la responsabilité des assureurs à l'égard des avaries communes. Les paragraphes 66(3), (4) et (5) prescrivent ce qui suit:

66. . . .

[TRADUCTION] (3) Sous réserve des conditions imposées par le droit maritime, l'avarie commune donne droit à la partie à qui elle incombe de recevoir des autres parties intéressées une contribution proportionnelle appelée contribution d'avarie commune.

(4) Subject to any express provision in the policy, where the assured has incurred a general average expenditure, he may recover from the insurer in respect of the proportion of the loss which falls upon him; and, in the case of a general average sacrifice, he may recover from the insurer in respect of the whole loss without having enforced his right of contribution from the other parties liable to contribute.

(5) Subject to any express provision in the policy, where the assured has paid, or is liable to pay, a general average contribution in respect of the subject insured, he may recover therefrom from the insurer.

In cases involving complex salvage operations however, it is often difficult to determine if the shipowner's act or acts are taken for the benefit of the common adventure, or for a specific interest. As stated in *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed., at page 847:

Difficult questions have arisen as to how the expenses of what Lowndes calls complex salvage operations should be born and apportioned. Operations of this nature are most common in cases of stranding. Thus, where a vessel strands on a beach with cargo on board, and a series of separate operations is necessary, it often happens that the cargo or part of it is put into a position of safety in the first instance, the ship with perhaps the rest of the cargo remaining in danger from which they are only saved by the continuance of the operations. The questions for consideration then are, first, are the expenses of the earlier operations general average, or a particular charge on the cargo saved? and secondly, are the subsequent operations, which save the ship and the rest of the cargo, general average, to the expense of which the cargo originally saved contributes, or is such expense to be borne merely by the interests to which the operations directly relate? This appears to be another of those cases, which are so common in questions of marine insurance, where there is little difficulty in the enunciation of the principle to be applied, but great difficulty as to its actual application to particular circumstances. The principle is simply that laid down generally in *Svendson v. Wallace* (1885) 10 App. Cas. 404... that expenses incurred for the general safety are to be contributed for, but expenses incurred on behalf of a particular interest are to be borne as particular charges upon such interest. [Emphasis added.]

There is no longer any dispute between the parties in the present case that the stranding of the *Pointe Levy* gave rise to general average expenses. It is agreed that by engaging the services of Smit to lighten the barge, remove it from the strand, and tow it to Les Méchins, the plaintiff incurred an expendi-

(4) Sauf stipulation contraire de la police, l'assuré qui a engagé une dépense d'avarie commune peut recouvrer auprès de l'assureur la proportion de la perte qui lui incombe; et l'assuré qui a fait un sacrifice d'avarie commune peut recouvrer auprès de l'assureur l'ensemble de la perte, sans avoir à exercer son droit à contribution auprès des autres parties tenues de contribuer.

(5) Sauf stipulation contraire de la police, l'assuré qui paie ou est tenu de payer une contribution d'avarie commune à l'égard de la chose assurée peut la recouvrer auprès de l'assureur.

Cependant, dans les cas d'opérations de sauvetage compliquées, il est souvent difficile de déterminer si la ou les mesures prises par l'armateur l'ont été dans l'intérêt de l'opération commune ou dans un intérêt particulier. Ainsi qu'il est écrit dans *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16^e éd., à la page 847:

[TRADUCTION] De difficiles questions se sont posées quant à savoir comment les dépenses que Lowndes appelle des opérations de sauvetage compliquées doivent être supportées et réparties. Les opérations de cette nature sont très communes dans les cas d'échouement. Ainsi, lorsqu'un navire s'échoue sur une plage avec une cargaison à bord et qu'une série d'opérations distinctes s'imposent, il arrive souvent que la cargaison ou une partie de celle-ci soit placée en sécurité en premier lieu, tandis que le navire et peut-être le reste de la cargaison demeurent en danger et sont sauvés seulement par la suite des opérations. Les questions à examiner alors sont, premièrement, celle de savoir si les dépenses engagées pour les opérations initiales sont des avaries communes ou des frais de conservation à l'égard du navire sauvé et, deuxièmement, celle de savoir si les opérations subséquentes, qui sauvent le navire et le reste de la cargaison, sont des avaries générales, à la dépense desquelles la cargaison sauvée au début contribue ou si une telle dépense doit être supportée simplement par les intérêts auxquels les opérations se rapportent directement. Cela semble être un autre de ces cas, qui sont si communs en matière d'assurance maritime, où l'énonciation du principe à appliquer pose peu de difficultés, mais où son application même à des circonstances particulières pose beaucoup de difficultés. Le principe est simplement celui exposé de façon générale dans *Svendson v. Wallace* (1885) 10 App. Cas. 404... les dépenses engagées pour la sécurité générale donnent lieu à contribution, mais les dépenses engagées pour un intérêt particulier doivent être supportées en tant que frais de conservation pour cet intérêt. [C'est moi qui souligne.]

Il n'y a plus de désaccord entre les parties à la présente affaire quant à savoir si l'échouement du *Pointe Levy* a entraîné des dépenses d'avarie commune. On convient que, en retenant les services de la compagnie Smit pour alléger le chaland, le retirer de la grève et le remorquer jusqu'à Les Méchins, la

ture for the common benefit of all interests. Accordingly, the defendants' respective liability for those expenses is properly determined in accordance with the principles of the law of general average. Some of those expenses are recoverable under the relevant insurance policies. The question is whether they are fully recoverable from the insurers pursuant to the principles of the law of general average and/or the insurance policies or whether a portion of them must be borne by Ultramar.

There was considerable argument before me concerning whether the plaintiff's act in engaging the services of a professional salvor were motivated primarily, even solely, by the concern over the pollution hazard which was created by the stranding. These submissions were based on the fact that oil leakage from the barge had already resulted in some pollution to a sensitive local environment which featured a shrimp and salmon fishery and tourism industry. The Canadian Coast Guard advised Ultramar it would have to act or action would be taken on its behalf.

However, the facts of this case do not support a finding that pollution prevention was the sole reason for engaging the services of a professional salvor. Clearly, the plaintiff oil company had a grave situation on its hands which had to be brought under control, in austere weather conditions, and in the swiftest and most efficient manner possible. There is no question the general average act was undertaken by Ultramar for the purpose of preventing a pollution catastrophe. But neither is there any doubt that saving the hull and cargo was also a predominant consideration. The evidence shows that at the time the Smit contract was entered into, none of the parties involved were aware the damage to the *Pointe Levy* was so extensive as to render her a constructive total loss. Accordingly, the salvaging efforts must also be seen as having been undertaken by the plaintiff for the purpose of attempting to save the ship and cargo, as it was certainly obliged to do.

demanderesse a encouru une dépense dans l'intérêt commun de toutes les parties concernées. Par conséquent, la responsabilité respective des défendeurs à l'égard de ces dépenses est établie correctement conformément aux principes du droit des avaries communes. Certaines de ces dépenses donnent lieu à indemnisation aux termes des polices d'assurance pertinentes. Il s'agit de savoir si elles peuvent être recouvrées entièrement des assureurs conformément aux principes du droit des avaries communes et/ou aux polices d'assurance ou si une partie de ces dépenses doit être supportée par Ultramar.

Il y a eu un long débat à l'audience quant à savoir si l'acte posé par la demanderesse pour retenir les services d'un sauveteur professionnel était motivé principalement, même uniquement, par les risques de pollution qu'entraînait l'échouement. Ces allégations se fondaient sur le fait que le pétrole qui fuyait du chaland avait déjà pollué jusqu'à un certain point un environnement fragile dans une région connue pour son industrie touristique et la pêche à la crevette et au saumon. La Garde côtière canadienne a informé Ultramar qu'elle devait prendre les mesures nécessaires, car sinon on le ferait à sa place.

Toutefois, les faits de l'espèce ne viennent pas étayer la conclusion que la prévention de la pollution était le seul motif ayant incité la compagnie pétrolière demanderesse à retenir les services d'un sauveteur professionnel. Elle faisait manifestement face à une situation grave qu'il lui fallait, dans des conditions atmosphériques très difficiles, maîtriser le plus rapidement et le plus efficacement possible. Il ne fait aucun doute qu'Ultramar a accompli cet acte d'avarie commune dans le but d'éviter une catastrophe écologique. Mais il ne fait pas de doute non plus que le sauvetage de la coque et de la cargaison était également une préoccupation importante. Il ressort de la preuve que, lors de la conclusion du contrat avec la société Smit, aucune des parties concernées ne savait que les dommages subis par le *Pointe Levy* étaient considérables au point d'en faire une perte réputée totale. Par conséquent, il faut également considérer que les efforts en vue du sauvetage ont été déployés par la demanderesse pour tenter de sauver le navire et la cargaison, comme elle était certainement tenue de le faire.

Indeed, the unique circumstances of this case make it impossible to point to any one single factor as the motivating force behind the general average act. The reality is the Smit contract, the general average act, was undertaken for a variety of reasons and in order to protect various interests. In my view, the expenses were incurred both for the purpose of saving cargo and hull, and in order to prevent a pollution disaster. As the preservation of their property from peril was one of the underlying reasons for the expenditures, the cargo and hull underwriters bear a liability under the law of general average. The only question before this Court is the extent of that liability.

LIABILITY OF THE CARGO UNDERWRITERS

There is no dispute concerning the insurance of the lost cargo and expenses incidental thereto. That claim, in the amount of \$131,639.23, has been paid in full and forms no part of this action.

With respect to the extent of cargo's liability for the expenses incurred in the general average act, I am satisfied cargo's liability is limited to its properly calculated contributory value. The evidence before the Court demonstrates this is the practice followed by average adjusters around the world. The testimony of all the expert average adjusters called on behalf of the defendant underwriters was that properties saved are only liable in general average up to their contributory values. Furthermore, the learned treatises on the subject matter support the conclusion this is a well-established principle. The editors of the most recent edition of Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules* (11th edition, 1990, paragraphs 17.95-17.98) now acknowledge the virtually universal acceptance of the proposition that "a general average contribution cannot exceed the contributory value." The same principle is stated in *The Law and Practice of Marine Insurance and Average* (Vol. 1) 1987 by Alex L. Parks, at page 624:

En effet, étant donné les circonstances exceptionnelles de l'espèce, il est impossible de dégager un seul et unique facteur de l'acte d'avarie commune. En fait, le contrat passé avec la société Smit, à savoir l'acte d'avarie commune, a été conclu pour un certain nombre de raisons et en vue de protéger plusieurs intérêts. À mon avis, les dépenses ont été engagées dans le but tant de sauver la cargaison et la coque que d'éviter un désastre écologique. Comme la préservation de leurs biens du péril a été l'une des raisons sous-jacentes des dépenses, les assureurs de la coque et de la cargaison en supportent la responsabilité en vertu du droit de l'avarie commune. La seule question à trancher pour la Cour concerne l'étendue de cette responsabilité.

LA RESPONSABILITÉ DES ASSUREURS DE LA CARGAISON

Il n'y a pas de contestation au sujet de l'assurance de la cargaison perdue et des dépenses qui y sont liées. La demande d'indemnité, au montant de 131 639,23 \$, a été payée en entier et ne fait pas partie de la présente action.

Quant à l'étendue de la responsabilité de la cargaison à l'égard des dépenses engagées dans l'acte d'avarie commune, je suis convaincu que la responsabilité de la cargaison se limite à sa valeur contributive calculée adéquatement. Il ressort de la preuve présentée devant la Cour que c'est la pratique suivie par les experts en avarie dans le monde entier. Tous les experts en avarie assignés pour le compte des assureurs défendeurs ont témoigné que les biens sauvés ne sont tenus à l'avarie commune que jusqu'à concurrence de leurs valeurs contributives. En outre, les savants traités sur le sujet viennent étayer la conclusion que c'est un principe reconnu. Dans l'édition la plus récente de l'ouvrage de Lowndes & Rudolf, intitulé *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules* (11^e édition, 1990, paragraphes 17.95 à 17.98), on reconnaît maintenant que la thèse selon laquelle [TRADUCTION] «la contribution d'avarie commune ne peut pas dépasser la valeur contributive» est acceptée presque universellement. Le même principe est formulé par Alex L. Parks dans *The Law and Practice of Marine Insurance and Average* (vol. 1) 1987, à la page 624:

As noted, when general average expenditure exceeds the total arrived values of ship and cargo, cargo is liable for general average only up to its contributory value.

In *Chellev v. Royal Commission on the Sugar Supply*, [1922] 1 K.B. 12, the Court of Appeal, affirming the Trial Division, held that if no cargo survived, there was no liability on cargo underwriters in general average.

To the extent there are "excess" general average expenses after contributory values are exhausted, those expenses fall on the shipowner, who may or may not have insurance coverage for them under its various policies, depending on the policies taken out and the wording thereof. In *Green Star Shipping Co., Ltd. v. London Assurance*, [1933] 1 K.B. 378, Mr. Justice Roche stated, at page 391:

Accordingly, if a shipowner, being the assured under a policy in the present form, incurs expenditure for general average, and the cargo's contribution falls short of what is hoped or expected by reason of the diminution or extinction of its value before the adventure terminates, then I think the loss falls into the category of the proportion of the loss which falls upon the assured, the shipowner, and is within the meaning of those words in the Marine Insurance Act . . .

However, in the case at bar, Alexander & Alexander apportioned the excess general average expenses between ship and cargo on the basis of the values estimated by Mr. Airey. In doing so, A & A was inspired by the report of the Association Internationale de Dispatcheurs Europeens (AIDE) dealing with "general average in excess of contributory values." The AIDE report considered a theory regarding the allocation of excess general average which had been proposed and rejected at a conference held in Stockholm prior to the adoption of the 1924 version of the York-Antwerp Rules. A similar theory had been considered but not adopted in the York Rules of 1864. Indeed, the AIDE group itself concluded that general average in excess of contributory values creates great practical problems, and although it listed various possible solutions, it made no recommendations. To this day there is neither a rule of general average nor a practice among average adjusters providing for the apportionment of excess general average between cargo and hull insurers.

[TRADUCTION] Ainsi qu'il est mentionné, lorsque la dépense d'avarie commune dépasse la valeur totale fixée pour le navire et la cargaison, la cargaison n'est tenue à l'avarie commune que jusqu'à concurrence de sa valeur contributive.

^a Dans *Chellev v. Royal Commission on the Sugar Supply*, [1922] 1 K.B. 12, le tribunal d'appel, en confirmant la décision de première instance, a conclu que, si aucune cargaison ne subsistait, les assureurs de la cargaison n'étaient pas tenus aux avaries communes.

^b Dans la mesure où il y a des dépenses d'avarie commune «excédentaires» après épuisement des valeurs contributives, ces dépenses retombent sur l'armateur, qui est peut-être protégé contre elles aux termes de ses différentes polices, selon les polices souscrites et leur libellé. Dans *Green Star Shipping Co., Ltd. v. London Assurance*, [1933] 1 K.B. 378, le juge Roche a déclaré, à la page 391:

^c [TRADUCTION] Par conséquent, si l'armateur qui est l'assuré aux termes d'une police sous la présente forme engage une dépense d'avarie commune et si la contribution de la cargaison n'atteint pas ce à quoi l'on s'attendait en raison de la diminution ou de l'extinction de sa valeur avant la fin des opérations, j'estime alors que la perte entre dans la catégorie de la proportion de la perte qui retombe sur l'assuré, à savoir l'armateur, et est visée par ces termes de la Marine Insurance Act . . .

^d Cependant, en l'espèce, la société Alexander & Alexander a réparti les dépenses d'avarie commune excédentaires entre le navire et la cargaison en fonction des valeurs déterminées par M. Airey. Ce faisant, A & A s'est inspirée du rapport de l'Association internationale de dispatcheurs européens (AIDE) portant sur l'«avarie commune excédant les valeurs contributives». Dans son rapport, l'AIDE a étudié une théorie concernant la répartition de l'avarie commune excédentaire qui a été proposée et rejetée lors d'une conférence tenue à Stockholm avant l'adoption de la version de 1924 des Règles d'York et d'Anvers. Une théorie semblable avait été examinée mais n'avait pas été retenue dans les Règles d'York de 1864. En effet, l'AIDE elle-même a conclu que l'avarie commune excédant les valeurs contributives crée de graves problèmes pratiques et, bien qu'elle ait exposé diverses solutions possibles, elle n'a présenté aucune recommandation. Chez les experts en avarie, il n'existe pas jusqu'à maintenant de règle d'avarie commune ni de pratique qui prévoit la répartition de l'avarie com-

Accordingly, there is neither precedent nor practice to support the approach taken by Alexander & Alexander as regards cargo. In fact, it is blatantly contrary to the well-established and accepted practice which limits cargo's contribution to its contributory value.

The plaintiff further argues that clause 26B of the cargo policy extends coverage where general average rules do not provide for the amounts to be paid due to the low "net contributory values of the hull and cargo." Clauses 26A and 26B of the policy read as follows:

26A General Average, Salvage and Special Charges, as per foreign custom, payable according to foreign statement, and/or per York-Antwerp Rules and/or in accordance with the contract of affreightment, if and as required; or, failing any provision in or there being no contract of affreightment, payable in accordance with the Laws and Usages of the Port of New York.

26B General Average Contributions, salvage and Special Charges and Sue and Labour Charges will be payable in full, irrespective of insured and contributory values.

I cannot accept the plaintiff's submissions in this regard. The overwhelming weight of expert evidence offered at trial supports the conclusion that the sole purpose of clause 26B is to protect the assured against the consequences of an underinsurance situation which would arise by virtue of section 73 of the *Marine Insurance Act, 1906*. That section, which provides for co-insurance in the case of a difference between insured and contributory values, reads as follows:

73. (1) Subject to any express provision in the policy, where the assured has paid, or is liable for, any general average contribution, the measure of indemnity is the full amount of such contribution, if the subject-matter liable to contribution is insured for its full contributory value; . . . or if only part of it be insured, the indemnity payable by the insurer must be reduced in proportion to the under insurance, and where there has been a particular average loss which constitutes a deduction from the contributory value, and for which the insurer is liable, that amount must be deducted from the insured value in order to ascertain what the insurer is liable to contribute.

mune excédentaire entre les assureurs de la cargaison et ceux de la coque.

Il n'y a donc aucun précédent ni aucune pratique qui viennent étayer la méthode adoptée par Alexander & Alexander en ce qui concerne la cargaison. De fait, cette méthode va à l'encontre, de manière flagrante, de la pratique reconnue qui limite la contribution de la cargaison à sa valeur contributive.

La demanderesse soutient également que la clause 26B de la police sur la cargaison étend la protection lorsque les règles de l'avarie commune ne prévoient pas les montants à payer, en raison des faibles [TRADUCTION] «valeurs contributives nettes de la coque et de la cargaison». Les clauses 26A et 26B de la police sont libellées ainsi:

[TRADUCTION] 26A Les frais d'avarie commune, de sauvetage et les frais spéciaux, suivant la coutume étrangère, seront payables conformément à la déclaration étrangère, et/ou suivant les Règles d'York et d'Anvers et/ou en conformité avec le contrat d'affrètement, selon les nécessités; ou, en l'absence de dispositions dans le contrat d'affrètement ou d'un contrat d'affrètement, elles seront payables en conformité avec les lois et usages du port de New York.

26B Les contributions d'avarie commune, les frais de sauvetage et les frais spéciaux ainsi que les frais de conservation et de prévention seront payables en entier, sans tenir compte de la valeur assurée et de la valeur contributive.

Je ne puis admettre les allégations de la demanderesse à cet égard. Le poids écrasant des témoignages offerts au procès par les experts vient étayer la conclusion selon laquelle la clause 26B a pour seul but de protéger l'assuré contre les conséquences de la sous-assurance qui pourraient se poser en vertu de l'article 73 de la *Marine Insurance Act, 1906*. Cet article, qui prévoit la coassurance dans le cas d'une différence entre la valeur assurée et la valeur contributive, est rédigé comme suit:

[TRADUCTION] 73. (1) Sauf stipulation contraire de la police, lorsque l'assuré a payé, ou est tenu de payer, une contribution d'avarie commune, l'indemnité est le montant entier de cette contribution si le bien tenu de contribuer est assuré pour sa pleine valeur contributive, . . . ou, si une partie seulement de ce bien est assurée, l'indemnité payable par l'assureur doit être réduite en proportion de la sous-assurance, et, lorsqu'il y a eu une avarie particulière qui constitue une déduction de la valeur contributive, et à laquelle l'assureur est tenu, ce montant doit être déduit de la valeur assurée afin de s'assurer que l'assureur est tenu de contribuer.

(2) Where the insurer is liable for salvage charges the extent of his liability must be determined on the like principle.

Indeed, Mr. Barstow, testifying as an expert on behalf of the defendant P & I Club, stated that “to someone in the insurance industry, the clause could only possibly have one meaning” and authorities on the subject confirm it is common to include such a clause in the policy to avoid the effects of section 73. In Parks, *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*, Vol. 1, the author states, at page 627:

... American law is to the effect that cargo underwriters are liable only for the full general average contribution payable by the assured, if the insured value of the cargo is equal to or exceeds the sound value on which the contributory value of the cargo was based. Thus, concerning the difference between the contributory value of the cargo and the insured value, cargo owners are co-insurers with their underwriters.

It is not surprising that an experienced marine insurance broker such as Alexander & Alexander included clause 26B in the cargo policy so as to protect its client against the consequences of this well-recognized principle. It is significant that both Mr. Barstow and Mr. Fitzgerald, testifying as experts on behalf of the defendant P & I Club, which had nothing to gain and in fact something to lose by reducing cargo’s liability in this case, stated the clearly understood meaning of this common clause in the marine insurance market, is to protect the assured against underinsurance.

The interpretation of the clause put forward by the plaintiff is not only unsupported by the commercial experts who testified at trial, it was not even advanced by Alexander & Alexander, the broker who prepared the policy and who was being sued for negligence for failing to have obtained proper insurance coverage for the plaintiff. It is significant the clause is a “broker’s clause,” inserted in a manuscript policy prepared by the broker, acting as agent on behalf of the assured. In a case such as this, where the broker was being sued for negligence, had there been any other reasonable interpretation of the clause, one would have expected the broker to proffer expert evi-

(2) Lorsque l’assureur est tenu aux frais de sauvetage, l’étendue de sa responsabilité se détermine selon le même principe.

En effet, M. Barstow, qui a témoigné à titre d’expert pour le compte de la défenderesse P & I Club, a dit que [TRADUCTION] «la clause ne pourrait avoir qu’un sens pour quelqu’un du milieu des assurances», et la doctrine et la jurisprudence sur le sujet confirment qu’il est d’usage d’inclure une telle clause dans la police afin d’éviter les effets de l’article 73. Dans son ouvrage intitulé *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*, vol. 1, M. Parks indique, à la page 627:

[TRADUCTION] En droit américain, les assureurs de la cargaison ne sont tenus à la pleine contribution d’avarie commune payable par l’assuré que si la valeur assurée de la cargaison est égale ou supérieure à la valeur en bon état sur laquelle était fondée la valeur contributive de la cargaison. Ainsi, en ce qui concerne la différence entre la valeur contributive de la cargaison et la valeur assurée, les propriétaires de la cargaison sont coassureurs avec leurs assureurs.

Il n’est pas étonnant qu’un courtier d’assurance maritime expérimenté comme Alexander & Alexander ait inclus la clause 26B dans la police sur la cargaison afin de protéger sa cliente contre les conséquences de ce principe reconnu. Il est révélateur que M. Barstow et M. Fitzgerald, dans leurs témoignages à titre d’experts pour le compte de la défenderesse P & I Club, qui n’avait rien à gagner mais de fait quelque chose à perdre en réduisant la responsabilité de la cargaison dans la présente affaire, aient tous deux déclaré qu’il est manifestement convenu dans le marché de l’assurance maritime que cette clause commune vise à protéger l’assuré contre la sous-assurance.

Non seulement l’interprétation de la clause proposée par la demanderesse n’est-elle pas appuyée par les experts commerciaux qui ont témoigné au procès, mais elle n’a même pas été avancée par Alexander & Alexander, le courtier qui a préparé la police et qui était poursuivi pour négligence pour ne pas avoir obtenu une protection adéquate pour la demanderesse. Il est significatif qu’il s’agisse d’une [TRADUCTION] «clause de courtier», insérée dans une police écrite à la main et préparée par le courtier, qui agit au nom de l’assuré. Dans une affaire comme la présente, où le courtier a été poursuivi pour négligence, s’il y avait eu une autre façon raisonnable d’interpréter la

dence to support its intent. However, no such evidence was adduced on behalf of Alexander & Alexander. Nor was underwriting evidence called by A & A to support the contention the clause had some secondary meaning, other than its clear and commonly understood meaning. In fact, at no time has Alexander & Alexander suggested the claim against the cargo underwriters was based on clause 26B.

Mr. Wight and Mr. Cantello, brokers called on behalf of the plaintiff, admitted the clause deals with underinsurance but suggested it might be capable of a different interpretation. However, they could point to no authority for their proposition.

Nor can I accept the plaintiff's argument that the *contra proferentem* rule of interpretation should be applied to the clause. That rule is designed to resolve an ambiguity and I cannot see that one exists here. As stated in *Marine Insurance*, 4th ed. by E. R. Hardy Ivamy, at page 324:

Unless it can be shown that some special meaning is attached to the words either by judicial decisions, by usage, or by special circumstances or terms of the contract, the words of the policy are to be construed in their ordinary and popular sense.

In my view, the clause is clear and unambiguous. When read in context and in conjunction with section 73 of the *Marine Insurance Act, 1906*, it is clear that it is the "general average contribution" which is payable in full; that is, cargo's contribution to general average, calculated in accordance with general average law and practice. The word "full" comes from section 73—"the measure of indemnity is the full amount of such contribution" [underlining added]—and the words "irrespective . . ." refer to the words "full amount." I am unable to accept the plaintiff's argument therefore that clause 26B renders the cargo underwriters liable for general average "in full" and accordingly in excess of its contributory value.

The remaining issue with respect to cargo's liability involves the special charges on cargo. Mr. Tull

clause, on se serait attendu à ce que le courtier présente des témoignages d'experts à l'appui de son interprétation. Toutefois, aucun élément de preuve de ce genre n'a été produit pour le compte de la société Alexander & Alexander. Cette dernière n'a pas non plus présenté d'expertise pour étayer la prétention selon laquelle la clause avait un deuxième sens, autre que son sens clair et communément admis. De fait, Alexander & Alexander n'a jamais laissé entendre que l'indemnité demandée aux assureurs de la cargaison était fondée sur la clause 26B.

M. Wight et M. Cantello, courtiers assignés pour le compte de la demanderesse, ont reconnu que la clause traite de sous-assurance, mais ils ont suggéré qu'elle pourrait s'interpréter différemment. Cependant, ils n'ont pas pu fournir de sources à l'appui de leurs dires.

Je ne puis accepter non plus l'allégation de la demanderesse selon laquelle la règle d'interprétation *contra proferentem* devrait s'appliquer à la clause. Cette règle vise à dissiper une ambiguïté, et je n'en vois pas en l'espèce. Comme l'écrit E. R. Hardy Ivamy dans *Marine Insurance*, 4^e éd., à la page 324:

[TRADUCTION] À moins que l'on puisse établir que les mots ont une signification particulière à cause de décisions judiciaires, de l'usage, de circonstances particulières ou de conditions spéciales du contrat, les termes de la police s'interprètent selon leur sens courant et ordinaire.

À mon avis, la clause est claire et nullement ambiguë. Quand on la lit dans le contexte de l'article 73 de la *Marine Insurance Act, 1906*, il est évident que c'est la «contribution d'avarie commune» qui est payable en entier; c'est-à-dire la contribution de la cargaison à l'avarie commune, fixée conformément au droit et à la pratique en matière d'avarie commune. Le mot «entier» vient de l'article 73—«l'indemnité est le montant entier de cette contribution» [soulignements ajoutés]—et les mots «sans tenir compte . . . » renvoient aux mots «montant entier». Je ne puis donc admettre l'allégation de la demanderesse selon laquelle la clause 26B fait que les assureurs de la cargaison sont tenus à l'avarie commune «en entier», et, par conséquent, en excédent de sa valeur contributive.

L'autre question qui concerne la responsabilité de la cargaison porte sur les frais spéciaux relatifs à la

has conceded he erred by failing to deduct from the arrived value of the cargo, the "special charges on cargo" which were incurred for the purpose of discharging the cargo from the vessel. These charges must be deducted in order to determine the true value of the cargo for the purposes of contribution to general average.

The deduction of special charges for the purposes of calculating cargo's contributory value is required by Rule XVII of the *York-Antwerp Rules* 1950, which provides, in part, as follows:

RULE XVII. CONTRIBUTORY VALUES

The contribution to a general average shall be made upon the actual net values of the property at the termination of the adventure . . . deduction being also made from the value of the property of all charges incurred in respect thereof subsequently to the general average act, except such charges as are allowed in general average.

The purpose of this deduction is to ensure the contribution is made only on the "net" value of the property saved. All expert witnesses agreed the deduction should have been made in the present case, although they were not unanimous on the exact contributory value to be used for the purpose of determining cargo's general average liability. Mr. Hicks, Mr. Tull, Mr. Fitzgerald and Mr. Barstow agreed the special charges on cargo amount to \$818,097.62. Using the net cargo value of \$848,615.99 shown on page 66 of the revised adjustment, Mr. Hicks, Mr. Fitzgerald and Mr. Tull appear to be in agreement that cargo's contributory value is \$30,518.37 (\$848,615.99—\$818,097.62). This figure then is cargo's liability in general average. Mr. Barstow arrives at a slightly different figure, and would add interest to the contributory value, but overall the difference in his calculation is not significant and I am satisfied that the figure of \$30,518.37 is an accurate calculation of cargo's liability in general average.

For these reasons therefore the liability of the cargo underwriters is the sum of \$331,254.99 calculated as follows:

M. Tull a reconnu s'être trompé en omettant de déduire de la valeur fixée pour la cargaison les [TRADUCTION] «frais spéciaux relatifs à la cargaison» qui ont été engagés pour décharger la cargaison du navire. Il faut déduire ces frais pour déterminer la valeur réelle de la cargaison aux fins de la contribution à l'avarie commune.

C'est la Règle XVII des *Règles d'York et d'Anvers* 1950 qui exige la déduction des frais spéciaux aux fins du calcul de la valeur contributive de la cargaison. Ce texte prévoit, entre autres, ce qui suit:

RÈGLE XVII. VALEURS CONTRIBUTIVES

La contribution à l'avarie commune sera établie sur les valeurs nettes réelles des propriétés à la fin du voyage . . . De la valeur des propriétés seront également déduits tous les frais y relatifs, postérieurs à l'événement qui donne ouverture à l'avarie commune mais pour autant seulement qu'ils n'auront pas été admis en avarie commune.

Cette déduction vise à ce que la contribution soit prise seulement sur la valeur «nette» des biens sauvés. Tous les témoins experts ont convenu qu'il aurait fallu faire la déduction dans la présente affaire, même s'ils n'étaient pas tous d'accord sur la valeur contributive exacte à utiliser pour déterminer la responsabilité de la cargaison au titre de l'avarie commune. M. Hicks, M. Tull, M. Fitzgerald et M. Barstow ont admis que les frais spéciaux relatifs à la cargaison s'élevaient à 818 097,62 \$. En utilisant la valeur nette de la cargaison de 848 615,99 \$ figurant à la page 66 du règlement révisé, M. Hicks, M. Fitzgerald et M. Tull semblent être d'accord pour dire que la valeur contributive de la cargaison est de 30 518,37 \$ (848 615,99 \$—818 097,62 \$). Ce montant représente alors la responsabilité de la cargaison au titre de l'avarie commune. M. Barstow arrive à un montant légèrement différent et ajouterait les intérêts à la valeur contributive, mais, dans l'ensemble, ses calculs ne diffèrent guère de ceux des autres, et je suis convaincu que le montant de 30 518,37 \$ constitue un calcul exact de la responsabilité de la cargaison au titre de l'avarie commune.

Pour ces raisons, la responsabilité des assureurs de la cargaison se chiffre à 331 254,99 \$, montant qui est calculé ainsi:

Special Charges on Cargo	\$818,097.62	Frais spéciaux relatifs à la cargaison	818 097,62 \$
General Average	30,518.37	Avarie commune	30 518,37 \$
Sub-total	\$848,615.99	Sous-total	848 615,99 \$
Paid on Account	\$517,361.00	Acompte versé	517 361,00 \$
(including interest)		(y compris les intérêts)	
Balance Owing	\$331,254.99	<i>a</i> Solde dû	331 254,99 \$

LIABILITY OF THE HULL UNDERWRITERS

I turn now to the liability of the hull and machinery underwriters. Having paid the insured value of the hull in the amount of \$3,000,000, the hull underwriters have discharged their liability to indemnify Ultramar for general average contribution. The plaintiff therefore has no recourse against its hull underwriters unless the latter has assumed greater liabilities in its policy of insurance than those imposed by law. As stated above, it is well settled that excess general average falls on the shipowner alone, subject to collection under its various policies of insurance.

The hull and machinery policy issued by the defendant Royal to Ultramar in respect of the *Pointe Levy* was subject to the American Institute Hull Clauses which contained a sue and labour clause providing as follows:

If claim for Total Loss is admitted under this policy and sue and labour expenses have been reasonably incurred in excess of any proceeds realized or value recovered, the amount payable under this policy will be the proportion of such excess that the amount insured hereunder (without deduction for loss or damage) bears to the Agreed value or to the sound value of that Vessel at the time of the accident, whichever value was greater; provided always that Underwriters' liability for such expenses shall not exceed their proportionate part of the Agreed Value. The foregoing shall also apply to expenses reasonably incurred in salvaging or attempting to salvage the Vessel and other property to the extent that such expenses shall be regarded as having been incurred in respect of the Vessel.

On the basis of this clause and relying on the estimate of the barge's value given on December 16, 1985, by Ultramar's representative Mr. Airey, Mr. Tull concluded in his adjustment that Royal was

LA RESPONSABILITÉ DES ASSUREURS DE LA COQUE

Je passe maintenant à la responsabilité des assureurs de la coque et des machines. Ayant payé la valeur assurée de la coque au montant de 3 000 000 \$, les assureurs de la coque ont rempli leur obligation d'indemniser Ultramar pour la contribution d'avarie commune. La demanderesse n'a donc aucun recours contre les assureurs de la coque à moins que ces derniers n'aient assumé, dans leur police d'assurance, des responsabilités plus grandes que celles que leur imposait la loi. Comme il a déjà été mentionné, il est bien établi que l'excédent de l'avarie commune retombe sur l'armateur seulement, sous réserve pour celui-ci de se faire rembourser en vertu de ses diverses polices d'assurance.

La police d'assurance sur la coque et les machines délivrée par la défenderesse Royal en faveur d'Ultramar à l'égard du *Pointe Levy* était assujettie aux American Institute Hull Clauses, qui comportaient la clause suivante sur les mesures conservatoires et préventives:

[TRADUCTION] Si une demande d'indemnité pour perte totale est admise en vertu de la présente police et si les dépenses relatives aux mesures conservatoires et préventives ont été raisonnablement engagées en excédent du produit de la vente obtenu ou de la valeur recouvrée, le montant payable en vertu de la présente police sera la proportion de cet excédent que le montant assuré (sans déduction de la perte ou des dommages) apporte à la valeur agréée ou à la juste valeur en bon état de ce navire au moment de l'accident, quelle que soit la valeur la plus élevée; sous réserve que la responsabilité des assureurs à l'égard de ces dépenses ne dépasse pas leur part proportionnelle de la valeur agréée. Ce qui précède s'applique également aux dépenses raisonnablement engagées pour sauver ou tenter de sauver le navire et les autres biens dans la mesure où ces dépenses sont considérées comme ayant été engagées à l'égard du navire.

En se fondant sur cette clause ainsi que sur l'évaluation du chaland faite le 16 décembre 1985 par M. Airey, le représentant d'Ultramar, M. Tull a conclu dans son règlement d'avarie que la compagnie

obliged to pay \$1,305,837.45 on account of excess general average.

In defining the scope of Royal's liability, the issue is how one values a ship in circumstances such as those in which the *Pointe Levy* was found as a result of the grounding. There are three possibilities:

1. The relative values of hull and cargo at the commencement of the voyage in the amounts of \$1,120,000 and \$999,568.20 respectively;

2. Their values on the strand as estimated by Mr. Airey, and as used by Alexander & Alexander of \$1,420,000 and \$949,345.42; or

3. The contributory values in general average, the hull's being approximately \$8,000 and the cargo's approximately \$30,000.

I agree with the defendant that the estimates made by Mr. Airey before the *Pointe Levy* was examined in dry dock are inappropriate to establish a value for the purpose of calculating its contribution to excess general average under the sue and labour clause. At the time the Smit contract was entered into, none of the attending surveyors had ventured any opinions as to the monetary extent of the damage to the barge for the simple reason it was impossible to do so. In fact, on December 4, 1985, Mr. Airey advised his principals by telex of his estimate of ongoing expenses but specifically excluded "hull damages, dry dock etc."

The first actual attempt to calculate barge damage costs was made by Mr. Airey on December 9, 1985, which was four days after Smit had been hired. On the same date, Mr. Airey estimated the cost of repairing the hull damage at \$600,000. On December 16, limiting himself to "known damages only," he estimated the cost of the hull repairs to be \$700,000 and advised the plaintiff that the "possible total" of all expenses arising out of the grounding was \$3,450,000. It was this estimate to which Mr. Tull and his superior at Alexander & Alexander, Mr. Leo Walsh, attached so much importance later on.

d'assurance Royal était tenue de payer 1 305 837,45 \$ au titre de l'excédent de l'avarie commune.

Pour définir l'étendue de la responsabilité de la compagnie d'assurance Royal, il s'agit de savoir comment on évalue un navire dans des circonstances comme celles où le *Pointe Levy* a été retrouvé à la suite de l'échouement. Il y a trois possibilités:

1. Les valeurs relatives de la coque et de la cargaison établies au début du voyage aux montants de 1 120 000 \$ et 999 568,20 \$ respectivement;

2. Leurs valeurs sur la grève, telles qu'elles ont été établies par M. Airey et utilisées par Alexander & Alexander, aux montants de 1 420 000 \$ et de 949 345,42 \$;

3. Les valeurs contributives en avarie commune, soit environ 8 000 \$ pour la coque et 30 000 \$ pour la cargaison.

Je suis d'accord avec la défenderesse pour dire que les estimations faites par M. Airey avant l'examen du *Pointe Levy* en cale sèche ne conviennent pas pour établir une valeur aux fins du calcul de la contribution du chaland à l'avarie commune excédentaire aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives. À l'époque de la conclusion du contrat avec la société Smit, aucun des inspecteurs présents n'avait osé émettre une opinion sur le montant des dommages subis par le chaland, pour la simple raison que ce n'était pas possible de le faire. De fait, le 4 décembre 1985, M. Airey a informé ses commettants par télex de son évaluation des dépenses courantes, mais il a exclu expressément [TRADUCTION] «les dommages causés à la coque, la cale sèche, etc.»

La première véritable tentative pour calculer le montant des dommages subis par le chaland est venue de M. Airey le 9 décembre 1985, soit quatre jours après que les services de Smit eurent été retenus. Le même jour, M. Airey a évalué le coût de réparation de la coque à 600 000 \$. Le 16 décembre, en se limitant aux [TRADUCTION] «seuls dommages connus», il a estimé le coût de réparation de la coque à 700 000 \$ et a informé la demanderesse que toutes les dépenses résultant de l'échouement [TRADUCTION] «pouvaient s'élever» à 3 450 000 \$. C'est à cette évaluation que M. Tull et son supérieur chez Alexander

It is noteworthy that Carlos Laguna, Amacan's on-site representative in Matane, had not given Mr. Airey any estimates as to the extent of bottom damage while the *Pointe Levy* was on the strand. It is also significant that when pressed by Mr. Airey to agree to the estimate of \$600,000 given on December 9, 1985, Mr. Rossi refused to do so as he did not believe there was sufficient information at hand regarding the extent of the damage to the barge to permit a reasonable assessment of the cost of repairs. Mr. Airey confirmed during his testimony at trial that Mr. Rossi did not participate in the formulation of the estimates nor had he ever signified his agreement with them.

Mr. Rossi's testimony was that as far as he was concerned, the knowledge that certain tanks were leaking was of little assistance in evaluating the bottom damage because he could not assess whether that meant the replacement of "three pounds or three hundred pounds" of steel. He stated, "was it a hole of a foot, three feet, three yards, three miles, I didn't know." He also emphasized the caution to be exercised by a hull surveyor when providing estimates as to the extent of vessel damage and the cost of repairing it and was adamant that repair costs could only be developed once the vessel was in dry dock. Had he been asked by Royal to provide an estimate of the damages, he would have indicated he was unable to do so.

In fairness to Mr. Airey, however, he did, during his testimony at trial, express concern that the estimates which he had given to Ultramar were subsequently adopted and employed for a purpose entirely different from that which he had intended at the time he made them. Furthermore, it was clear from his testimony he never considered his estimates to be a reliable benchmark for the purpose of assessing the surviving value of the *Pointe Levy*. In this regard, Mr. Airey characterized his estimates as "brave"; a "hip-shoot"; "qualified . . . [as to the existence of] exten-

& Alexander, M. Leo Walsh, ont attaché tellement d'importance par la suite.

Il convient de noter que M. Carlos Laguna, représentant sur place d'Amacan à Matane, n'avait fourni à M. Airey aucune estimation quant à l'ampleur des dommages subis par la carène pendant que le *Pointe Levy* était sur la grève. Il est également révélateur que, lorsqu'il a été prié par M. Airey de souscrire à l'estimation de 600 000 \$ donnée le 9 décembre 1985, M. Rossi a refusé de le faire, car il ne croyait pas posséder suffisamment de renseignements sur l'importance des dommages subis par le chaland pour pouvoir établir une évaluation raisonnable du coût des réparations. M. Airey a confirmé durant son témoignage au procès que M. Rossi n'a pas participé à la formulation des estimations ni n'a jamais indiqué qu'il y souscrivait.

M. Rossi a témoigné que, quant à lui, le fait de savoir que certaines citernes fuyaient ne l'aidait guère dans l'évaluation des dommages subis par la carène, parce qu'il ne pouvait pas déterminer si cela signifiait le remplacement de [TRADUCTION] «trois livres ou de trois cents livres» d'acier. Il a déclaré: [TRADUCTION] «Était-ce un trou d'un pied, de trois pieds, de trois verges, de trois milles? Je ne le savais pas.» Il a également insisté sur la prudence dont l'inspecteur de coque doit faire preuve lorsqu'il fournit des évaluations portant sur l'ampleur des dommages subis par le navire et le coût des réparations, et il a été intransigeant sur le fait que le coût des réparations ne pouvait être fixé qu'une fois que le navire était en cale sèche. Si la compagnie d'assurance Royal lui avait demandé de fournir une estimation des dommages, il lui aurait indiqué qu'il ne pouvait pas le faire.

En toute justice pour M. Airey, cependant, il a dit, durant son témoignage au procès, s'inquiéter de ce que les estimations qu'il avait remises à Ultramar aient été adoptées et utilisées par la suite à une fin entièrement différente de celle qu'il visait au moment où il les faisait. De plus, il est ressorti clairement de son témoignage qu'il n'a jamais considéré ses estimations comme une source fiable pour évaluer ce qui subsistait du *Pointe Levy*. À cet égard, M. Airey a qualifié ses estimations d'[TRADUCTION] «audacieuses»; un «calcul rapide et approximatif»; «sous

sive bottom damage”; and, “not an estimate or description of damages.” On one occasion during the course of his testimony, he commented “I have to say this really can’t be called an estimate because it’s far from being accurate.” In fact, he acknowledged he had spent no more than ten to fifteen minutes estimating the cost of repairs to the barge.

Finally, he conceded that as of December 5, 1985, he foresaw the magnitude of the damages, especially with respect to the double bottoms, although he could not confirm his suspicion. However, he knew on December 16, 1985, when he made the estimate which was to play such a crucial role in this case, that a genuine possibility existed the damage to the *Pointe Levy* could be far more serious than estimated.

In light of all this, it is difficult to conceive how those estimates of December 9 and 16, 1985, could have been adopted by Alexander & Alexander as a rational and fair basis for determining the extent of Royal’s liability under the sue and labour clause. Nevertheless, they were to serve as the cornerstone of Mr. Tull’s adjustment to the excess general average expenses and formed the basis for his decision to attribute liability to Royal of \$1.3 million worth of these expenses.

I am convinced Alexander & Alexander was motivated in acting as it did because it was the broker which had bound the insurance coverage for Ultramar. It was, therefore, in a delicate position and was understandably concerned with maintaining good relations with its customer. When doubts concerning Ultramar’s ability to recover all of its expenses from its insurers began surfacing at a very early stage, Alexander & Alexander steadfastly maintained the position there was full insurance coverage and gave ongoing reassurances to the plaintiff to this effect. In this business context, I have no doubt that Alexander & Alexander was also aware of the poten-

réservation . . . [quant à l’existence de] dommages importants à la carène»; et «pas une estimation ou description des dommages». À une occasion au cours de son témoignage, il a fait la remarque suivante: [TRADUCTION] «Je dois dire qu’on ne peut pas vraiment appeler cela une estimation, parce que c’est loin d’être exact.» De fait, il a reconnu ne pas avoir consacré plus de dix à quinze minutes à évaluer le coût de réparation du chaland.

Enfin, il a admis que, dès le 5 décembre 1985, il avait prévu l’importance des dommages, tout particulièrement en ce qui concernait les citernes à double fond, même s’il ne pouvait pas confirmer ses doutes. Toutefois, il savait le 16 décembre 1985, lorsqu’il a procédé à l’évaluation qui devait jouer un si grand rôle dans la présente affaire, qu’il était vraisemblable que les dommages subis par le *Pointe Levy* soient beaucoup plus graves qu’on ne l’estimait.

Compte tenu de tout cela, il est difficile de concevoir comment la société Alexander & Alexander aurait pu se fonder logiquement sur ces évaluations du 9 et du 16 décembre 1985 pour déterminer l’étendue de la responsabilité de la défenderesse Royal aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives. Néanmoins, elles devaient être la pierre angulaire du règlement d’avarie rédigé par M. Tull en ce qui concernait les dépenses d’avarie commune excédentaires et constituer le fondement de sa décision d’attribuer à la défenderesse Royal une part de responsabilité de 1,3 million de dollars relativement à ces dépenses.

Je suis convaincu que la société Alexander & Alexander avait un motif d’agir ainsi, puisqu’elle était le courtier qui avait engagé l’assureur pour Ultramar. Elle se trouvait donc dans une situation délicate et était soucieuse naturellement de maintenir de bonnes relations avec sa cliente. Lorsque, très tôt, des doutes ont commencé d’apparaître quant à la possibilité pour Ultramar de recouvrer toutes ses dépenses auprès de ses assureurs, Alexander & Alexander a soutenu fermement la position selon laquelle il y avait couverture complète, et elle a donné des garanties suivies à la demanderesse à cet effet. Dans ce contexte commercial, je ne doute pas que la défende-

tial for litigation in the event Ultramar was not fully insured.

Nevertheless, this does not change the fact the general average adjuster must credibly establish his valuations on the strength of prevailing factual realities and not on the basis of theories crafted with a view to attaining a preferred outcome. Mr. Airey's estimates cannot stand as a credible basis for the determination of Royal's obligations under the sue and labour clause. I accept Royal's argument therefore that those estimates should not be the basis on which its contribution to the excess general average expenses should be calculated. Under the circumstances, those estimates cannot be seen as anything more than speculation. The situation was such that it was impossible to ascertain the extent of the damage or the cost of repairs until the *Pointe Levy* was in dry dock.

What then is the correct basis for determining Royal's obligation to contribute to the excess general average expenses under the sue and labour clause? Once again, there is no ambiguity in the wording of the clause such as would require the application of the *contra proferentem* rule of interpretation. Furthermore, the notion of equity on which the plaintiff so heavily relies is not a factor which plays a role in the determination. Over \$7,000,000 has or will be paid by the defendant underwriters as a result of a casualty involving a combined value at risk in terms of hull and cargo of \$3,100,000 and Ultramar was far from being in a position of relative economic weakness or disadvantage in relation to its insurers. While the absence of meaningful surviving values may have unintended consequences for an assured, this is not to be confused with or mistaken for an inequity.

There can be little doubt that the extensive damage noted after the *Pointe Levy* had been brought to dry dock existed at the time she was refloated on December 16, 1985. The evidence also suggests on a clear balance of probabilities that the vessel was in the same condition prior to the engagement of Smit's services. The movement of the *Pointe Levy* which pre-

resse Alexander & Alexander était également consciente de la possibilité que naisse un litige au cas où Ultramar ne serait pas pleinement assurée.

Néanmoins, cela ne change rien au fait que l'expert en avarie commune doit fonder de façon crédible ses évaluations sur des faits solides, et non pas sur des théories échafaudées en vue d'atteindre un résultat souhaité. Les évaluations de M. Airey ne peuvent pas offrir un fondement crédible pour établir les obligations de la défenderesse Royal aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives. J'admets donc la prétention de la défenderesse Royal selon laquelle ces évaluations ne doivent pas servir de base aux calculs de sa contribution aux dépenses d'avarie commune excédentaires. Dans les circonstances, ces évaluations ne peuvent être considérées que comme des conjectures. La situation était telle qu'il n'était pas possible de vérifier l'ampleur des dommages ou le coût des réparations tant que le *Pointe Levy* n'était pas en cale sèche.

Sur quoi peut-on alors se fonder convenablement pour déterminer l'obligation de la défenderesse Royal de contribuer aux dépenses d'avarie commune excédentaires aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives? Encore une fois, le libellé de la clause ne révèle aucune ambiguïté qui nécessiterait l'application de la règle d'interprétation *contra proferentem*. En outre, la notion d'*equity* sur laquelle la demanderesse s'appuie si fermement n'est pas un facteur qui joue un rôle dans cette détermination. Plus de 7 000 000 \$ ont été ou seront versés par les assureurs défendeurs à la suite d'un risque mettant en jeu une valeur combinée de 3 100 000 \$ en ce qui a trait à la coque et à la cargaison, et Ultramar était loin d'être dans une situation désavantageuse sur le plan économique par rapport à ses assureurs. Bien que l'absence de valeurs subsistantes significatives puisse avoir des conséquences non voulues pour l'assuré, il ne faut pas voir là une injustice.

Il ne peut guère y avoir de doute que les dommages considérables observés après que le *Pointe Levy* eut été conduit en cale sèche existaient au moment où il a été remis à flot le 16 décembre 1985. La preuve laisse également supposer, selon une prépondérance évidente des probabilités, que le navire était dans le même état avant que ne soient retenus

cipitated the escape of oil and led to the engagement of Smit occurred on the night of December 3, 1985. On the night of December 6, 1985, there was a further movement of the barge 300 to 400 feet downstream on a course parallel to the shoreline. No further escape of oil was noted suggesting that no material damage had occurred as a result. In any event, there is no indication that whatever damage may have occurred at that time created or contributed to the total loss situation. The barge was therefore a constructive total loss virtually from December 4 onwards.

In the allocation of the excess general average under the sue and labour clause, scholarly authority and the testimony of Mr. Raymond Hicks indicates the proper solution to the valuation of the barge is to be found in the use of values which existed when the expenditure was incurred. While there is little in the way of either case law or legal commentary dealing with the valuation of a ship for the purposes of the sue and labour clause, credible authority for the proposition that actual as opposed to estimated values are to be employed is found in Lowndes and Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 10th ed., wherein the authors state, at page 430:

The insurers are to pay such proportion of the expenses in that class "as may reasonably be regarded as having been incurred in respect of the vessel." How is the apportionment to be made? It cannot be on arrived values, since *ex hypothesi* the vessel has none, or almost none. The choice lies between sound values, and actual values at the time when the expenditure was incurred (but without discount for the contingency that the interests would be lost). It is submitted that the latter is the more plausible solution.

In the eleventh and most recent edition of the text the authors acknowledge, at page 610 that:

... although the clause gives no precise guide, it is submitted that the abortive expenses—(or the excess over any proceeds)—should be apportioned over approximate values of the property sought to be saved, and in the condition it was likely to be saved; [Emphasis added.]

In the present case, the actual value of the *Pointe Levy* in the condition in which she was likely to be saved when the contract with Smit was concluded

les services de la compagnie Smit. Le mouvement du *Pointe Levy* qui a causé la fuite de pétrole et a mené à l'embauche de la société Smit est survenu dans la nuit du 3 décembre 1985. Dans la nuit du 6 décembre 1985, il y a eu un autre mouvement du chalands, de 300 à 400 pieds en aval et parallèle au rivage. Aucune autre fuite de pétrole n'a été notée, ce qui laisserait supposer qu'il n'en ait résulté aucun dommage matériel. De toute façon, rien n'indique que, quel que soit le dommage qui ait pu survenir à ce moment-là, il a créé la situation de perte totale ou y a contribué. Le chalands était donc en fait une perte réputée totale dès le 4 décembre.

Dans la répartition de l'excédent de l'avarie commune selon la clause sur les mesures conservatoires et préventives, la doctrine et le témoignage de M. Raymond Hicks montrent que, pour évaluer correctement le chalands, il faut utiliser les valeurs qui existaient lorsque la dépense a été engagée. Même si la jurisprudence ou les commentateurs juridiques ont peu traité de l'évaluation d'un navire aux fins de la clause sur les mesures conservatoires et préventives, la proposition selon laquelle il faut employer les valeurs réelles par opposition aux valeurs estimées tire son autorité de Lowndes et Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 10^e éd., où les auteurs écrivent, à la page 430:

[TRADUCTION] Les assureurs doivent payer la proportion des dépenses de cette catégorie «qui peuvent raisonnablement être considérées comme ayant été engagées à l'égard du navire». Comment la répartition doit-elle se faire? Ce ne peut pas être en fonction des valeurs fixées, car le navire, par hypothèse, n'en a aucune ou presque aucune. Le choix existe entre, d'une part, les valeurs en bon état et, d'autre part, les valeurs réelles au moment où la dépense a été engagée (mais sans déduction au cas où les intérêts seraient perdus). On soutient que la deuxième solution est la plus plausible.

Dans la onzième et dernière édition du texte, les auteurs reconnaissent, à la page 610, que:

[TRADUCTION] ... bien que la clause ne donne aucune directive précise, on soutient que les dépenses infructueuses—(ou l'excédent sur tout produit de la vente)—doivent être réparties par rapport aux valeurs approximatives du bien que l'on cherche à sauver, et dans l'état où il serait vraisemblablement sauvé; [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, la valeur réelle du *Pointe Levy*, dans l'état où il serait vraisemblablement sauvé, au moment de la conclusion du contrat avec Smit, était

was zero. There is no logical reason why the assessment of the barge's value on the strand for any meaningful purpose, including the establishment of Royal's contribution to excess general average, should not have been deferred until the time of the survey of the vessel at the dry dock in Les Méchins. This is particularly true when one considers that the condition of the barge did not change after December 16, 1985, and in all probability, did not change in any material way between December 5, 1985, and the time when the inspections were carried out in dry dock.

Even Mr. Tull conceded he would have used the barge's "real value" on the strand for the purpose of calculating Royal's contribution to excess general average had Mr. Airey's estimates not existed. The following passages from Mr. Tull's cross-examination of May 25, 1993, are particularly relevant:

Q. Let's assume he [Mr. Airey] gave no estimates either on the 11th or the 16th. Keep all other facts unchanged, how would you have addressed that, or what possibilities were there open for you?

A. Obviously, if the vessel was a total loss at the time, we would have been looking at the P & I Club for wreck removal expenses. And the GA expenses, if any, incurred up to that time, presumably, there would have been absolutely no contributory values on the ship and the cargo.

Q. Now, I want you to go as it happened here, the vessel went to the dry dock. And you've adjusted as you've explained it in your adjustment on the basis of the real values for the purposes of the excess general average because you had Mr. Airey's estimate of the 16th.

A. Yes.

Q. Now, in that scenario, had Mr. Airey not given you any estimate. So this case less Mr. Airey's estimates.

A. Well, I think in that case, if we had no estimates and the circumstances were exactly the same as we have, in all probability we would have been looking at the values that were used for the general average.

Q. The real values.

A. The real values.

Q. So you are saying if Mr. Airey doesn't give you an estimate on the 11th or 16th you would have used the real values?

nulle. Il n'y a aucune raison logique pour laquelle l'évaluation du chaland échoué sur le rivage, à toute fin significative, y compris l'établissement de la contribution de la défenderesse Royal à l'excédent de l'avarie commune, n'ait pas été reportée jusqu'à l'inspection du navire en cale sèche à Les Méchins. C'est particulièrement vrai lorsqu'on considère que l'état du chaland n'a pas changé après le 16 décembre 1985 et que, selon toute probabilité, il n'a pas changé de façon significative entre le 5 décembre 1985 et le moment où on a procédé aux inspections en cale sèche.

Même M. Tull a reconnu qu'il aurait utilisé la «valeur réelle» du chaland échoué sur le rivage, aux fins du calcul de la contribution de la défenderesse Royal à l'excédent d'avarie commune si les évaluations de M. Airey n'avaient pas existé. Les passages suivants du contre-interrogatoire de M. Tull du 25 mai 1993 sont particulièrement pertinents:

[TRADUCTION] Q. Supposons qu'il [M. Airey] n'ait fourni aucune évaluation le 11 ou le 16. Gardons tous les autres faits, comment auriez-vous abordé la situation, ou quelles possibilités s'offraient à vous?

R. Évidemment, si le navire était une perte totale à l'époque, nous aurions examiné de près la mutuelle de protection et d'indemnisation pour les frais de déplacement de l'épave. Et les dépenses d'avarie commune, le cas échéant, engagées jusqu'à ce moment-là, probablement, il n'y aurait eu absolument aucune valeur contributive en ce qui concernait le navire et la cargaison.

Q. Maintenant, je veux que vous suiviez ce qui est arrivé ici, le navire est allé en cale sèche. Et vous avez préparé le règlement d'avarie, comme vous l'avez expliqué dans ce document, en fonction des valeurs réelles aux fins de l'excédent d'avarie commune parce que vous aviez l'évaluation du 16 de M. Airey.

R. Oui.

Q. Maintenant, dans ce scénario, si M. Airey ne vous avait pas fourni d'évaluation. Ainsi, le présent cas, sans les évaluations de M. Airey.

R. Bien, je pense que, dans ce cas, si nous n'avions eu aucune évaluation et si les circonstances avaient été exactement les mêmes, en toute probabilité, nous aurions examiné de près les valeurs qui ont été utilisées pour l'avarie commune.

Q. Les valeurs réelles.

R. Les valeurs réelles.

Q. Ainsi, vous êtes en train de dire que, si M. Airey ne vous avait pas fourni d'évaluation le 11 ou le 16, vous auriez utilisé les valeurs réelles?

A. Yes, they would have been the only values we would have had. [Emphasis added.]

The real value of the *Pointe Levy*, whether on the strand prior to the engagement of Smit's services or in the dry dock at the end of the adventure was zero, for she was at all relevant times a constructive total loss, a state of fact that cannot be altered by any argument put forward by Ultramar or Alexander & Alexander.

In my view, the appropriate value to be employed in calculating Royal's liability for those expenses is the amount made good which consisted of the value of the diesel oil taken from the barge and consumed in her refloating. The evidence now shows that the amount made good of \$17,214, used by Mr. Tull in calculating the value of the *Pointe Levy* for purposes of general average, was incorrect. He mistakenly believed that two lots of diesel oil, 5,000 and 4,600 gallons respectively, had been removed from the barge and employed in the salvage operation. However, the 5,000-gallon quantity had, as it turned out, been received from a shore facility at Matane, not from the barge, and only a portion of the 4,600-gallon quantity taken for the *Pointe Levy* was used in the refloating operation. The balance was used in order to facilitate the discharge of the fuel oil cargo from the barge while she was in dry dock.

It is undisputed that for the purposes of calculating the amount made good only that quantity of diesel oil consumed in the refloating operation is to be considered. Unfortunately, no one could quantify that amount with any degree of certainty and the plaintiff put forward no evidence which would be of any assistance in the least, although in my view, the burden of accurately calculating and proving the amount made good lay upon Ultramar and/or Alexander & Alexander. What evidence there was on this point, indicates that the amount of \$8,000 is a relatively accurate representation of the value of diesel consumed in connection with the refloating operation.

I conclude therefore that Royal is liable under the sue and labour clause to pay excess general average expenses in the amount of \$423,512.91, apportioned on the basis of the amount made good and the net surviving cargo value. This sum is arrived at by

R. Oui, elles auraient été les seules valeurs dont nous aurions disposé. [C'est moi qui souligne.]

La valeur réelle du *Pointe Levy*, qu'il se trouvât sur le rivage avant la conclusion du contrat avec la société Smit ou en cale sèche à la fin des opérations, était nulle, car, à toutes les époques pertinentes, c'était une perte réputée totale, état de fait que ne peut modifier aucun moyen ou prétention avancé par Ultramar ou Alexander & Alexander.

À mon avis, la valeur qu'il faut employer dans le calcul de la responsabilité de la défenderesse Royal à l'égard de ces dépenses est le montant remboursé qui consistait dans la valeur du mazout retiré du chaland et consommé pour le remettre à flot. Il ressort maintenant de la preuve que le montant remboursé de 17 214 \$, dont M. Tull s'est servi dans le calcul de la valeur du *Pointe Levy* aux fins de l'avarie commune, n'était pas correct. Il a cru par erreur que deux quantités de mazout, de 5 000 et de 4 600 gallons respectivement, avaient été retirées du chaland et consommées dans l'opération de sauvetage. Cependant, la quantité de 5 000 gallons, ainsi qu'il s'est avéré, provenait d'une installation située sur la côte, à Matane, non pas du chaland, et seule une partie de la quantité de 4 600 gallons retirée du *Pointe Levy* a été consommée au cours de la remise à flot. Le reste a servi à faciliter le déchargement de la cargaison de mazout du chaland pendant que celui-ci était en cale sèche.

On ne conteste pas que, aux fins du calcul du montant remboursé, il faille tenir compte seulement de la quantité de mazout consommée au cours de la remise à flot. Malheureusement, personne ne pouvait quantifier ce montant avec quelque certitude, et la défenderesse n'a présenté aucun élément de preuve qui serait de quelque utilité que ce soit, bien que, à mon avis, l'obligation de calculer exactement et de prouver le montant remboursé incomberait à Ultramar et/ou à Alexander & Alexander. Les éléments de preuve produits à cet égard indiquent que le montant de 8 000 \$ représente assez exactement la valeur du mazout consommé en rapport avec la remise à flot.

Je conclus donc que la défenderesse Royal est tenue, aux termes de la clause sur les mesures conservatoires et préventives, de payer 423 512,91 \$ au titre des dépenses d'avarie commune excédentaires, montant réparti en fonction de la somme remboursée et de

dividing the total values considered to have survived, \$8,000 for the barge plus \$30,518.37 for the cargo for a total of \$38,518.37, into the amount made good of \$8,000 and multiplying the result by the excess general average amount of \$2,039,128.46.

LIABILITY OF THE P & I CLUB

I turn now to the liability of the defendant Standard P & I Club. The Standard Club is a mutual association such as are recognized in section 85 of the *Marine Insurance Act, 1906*. The cover taken out by Alexander & Alexander on behalf of Ultramar excluded some of the risks otherwise covered under the Club's rules. The only one germane to this case was "excluding liabilities to cargo" found in the cover note. However, even without that exclusion, the liabilities to cargo interests are inapplicable in that the Club rules provide liability cover, and do not insure a member against loss or damage to its own property.

Under rule 19 the Club did not cover

... salvage or other services in the nature of salvage and any costs in connection therewith in relation to an entered ship—provided always that the following exceptions shall not apply to claims under the following paragraphs of Rule 20: paragraph (14)(e)—relating to salvors' expenses—paragraph (23)—relating to Cargo's proportion of General Average and—paragraph (24)—relating to Ship's proportion of General Average.

Rules 20(23) and (24) have no application in that, as regards cargo, coverage was only for general average "which is not legally recoverable solely by reason of a breach of the Contract of carriage" and, as regards the ship, coverage was only for liability arising "by reason of the value of the entered ship being assessed for contribution to General Average or Salvage at a sound value in excess of the insured value under the Hull Policies." There was no contract of carriage in this case, and even if there were, there is

la valeur nette de la cargaison subsistante. On obtient ce montant en divisant la somme remboursée de 8 000 \$ par la valeur totale de ce qui est considéré comme subsistant (soit 8 000 \$ pour le chaland et 30 518,37 \$ pour la cargaison, pour un grand total de 38 518,37 \$) et en multipliant le résultat par le montant de l'avarie commune excédentaire de 2 039 128,46 \$.

b LA RESPONSABILITÉ DE LA MUTUELLE DE PROTECTION ET D'INDEMNISATION

Je passe maintenant à la responsabilité du Standard P & I Club. Le Standard Club est une association mutuelle comme celles qui sont reconnues à l'article 85 de la *Marine Insurance Act, 1906*. L'assurance signée par Alexander & Alexander au nom d'Ultramar excluait certains des risques couverts par ailleurs aux termes des règles du Club. La seule règle se rapportant à la présente affaire [TRADUCTION] «excluait les engagements pris à l'égard de la cargaison» et figurait sur le récipissé d'assurance. Toutefois, même sans cette exclusion, la participation aux engagements pris à l'égard de la cargaison ne s'applique pas puisque les règles du Club fournissent une protection contre la responsabilité et n'assurent pas les membres contre la perte de leurs propres biens ou les dommages subis par ces derniers.

f Selon la règle 19, le Club n'offrait pas de protection

[TRADUCTION] ... contre les frais de sauvetage ou d'autres services de la nature du sauvetage et contre les frais y afférents en rapport avec un navire inscrit—sous réserve que les exceptions suivantes ne s'appliquent pas aux demandes d'indemnité présentées en vertu des paragraphes suivants de la règle 20: le paragraphe (14)e—concernant les dépenses des sauveteurs—le paragraphe (23)—concernant la proportion d'avarie commune de la cargaison et—le paragraphe (24)—concernant la proportion d'avarie commune du navire.

h Les règles 20(23) et (24) ne s'appliquent pas du fait que, en ce qui concerne la cargaison, la protection visait seulement l'avarie commune [TRADUCTION] «qui ne peut pas légalement donner lieu à indemnisation uniquement en raison de l'inexécution du contrat de transport» et, en ce qui concerne le navire, la protection visait seulement la responsabilité découlant [TRADUCTION] «de ce que la valeur du navire inscrit a été déterminée pour la contribution à l'avarie commune ou au sauvetage à une valeur en bon état en excédent

no evidence of any breach. The grounding of the *Pointe Levy* was an accident, pure and simple. The insured value under the hull policy exceeded the sound market value.

Under rule 20(14) the P & I Club covered pollution risks as well as

PROVIDED ALWAYS that such expenses or liabilities are not recoverable under the Hull Policy or any other insurance;

(e) Any liability of an Owner under a salvage agreement to compensate salvors for work done or measures taken to prevent or reduce pollution or the risk thereof by the escape from the entered ship of oil or any other substance;

(f) Any liability of an Owner incurred after the entered ship has become a wreck arising from the discharge or escape from such wreck of oil or any other substance; [Emphasis added.]

I am satisfied that as a liability policy, the P & I cover should only be resorted to should this Court find the salvage expenses were incurred solely for pollution prevention or there was compulsory wreck removal through an order by the Coast Guard to put the vessel into dry dock while she was on the strand. It has always been clear the *Pointe Levy* was not a wreck nor was there was any wreck removal order.

As previously stated, although the threat of pollution of the St. Lawrence River and the shoreline was a predominant concern, it was neither the primary nor sole motivating factor underlying the decision to engage the services of a professional salvor. The fact is the salvors were not contracted for the sole purpose of, nor did they specifically do anything, to prevent or reduce pollution. Although the acts they were contracted to perform—lightering the cargo, refloating the vessel, and delivering her to a point of refuge—had as their incidental result, the prevention of further pollution, it was Ultramar, through its contracts with the Canadian Coast Guard and Sanivan, which did

de la valeur assurée aux termes des polices sur corps». Il n'y avait pas de contrat de transport dans la présente affaire et, même s'il y en avait eu un, on n'a prouvé aucun manquement à un tel contrat.
 a L'échouement du *Pointe Levy* a été un accident pur et simple. La valeur assurée aux termes de la police sur corps dépassait la valeur marchande du navire en bon état.

b Selon la règle 20(14), la mutuelle de protection et d'indemnisation offrait également une protection contre les risques de pollution

[TRADUCTION] SOUS RÉSERVE que ces dépenses ou engagements ne donnent pas lieu à indemnisation en vertu de la police sur corps ou de toute autre assurance;

(e) Tout engagement d'un armateur aux termes d'un contrat de sauvetage à indemniser les sauveteurs pour le travail effectué ou les mesures prises pour prévenir ou réduire la pollution ou les risques de celle-ci par l'écoulement de pétrole ou de toute autre substance du navire inscrit;

(f) Tout engagement contracté par l'armateur après que le navire inscrit est devenu une épave et découlant du déchargement ou de l'écoulement de pétrole ou de toute autre substance de cette épave; [C'est moi qui souligne.]

Je suis convaincu qu'il ne devrait y avoir recours à l'assurance mutuelle de protection et d'indemnisation en tant qu'assurance responsabilité que si notre Cour concluait que les dépenses de sauvetage ont été engagées seulement pour prévenir la pollution ou qu'il y a eu déplacement obligatoire d'épave parce que la Garde côtière avait ordonné de mettre le navire en cale sèche alors qu'il se trouvait sur la grève. Il a toujours été évident que le *Pointe Levy* n'était pas une épave, et il n'y a pas eu d'ordonnance enjoignant de déplacer une épave.

Comme il a déjà été mentionné, même si le risque de pollution du fleuve Saint-Laurent et de son littoral était une préoccupation prédominante, ce ne fut ni le facteur principal ni le seul facteur qui ait sous-tendu la décision de recourir aux services d'un sauveteur professionnel. Le fait est que les services des sauveteurs n'ont pas été retenus dans le seul but de prévenir ou de réduire la pollution et qu'ils n'ont rien fait de particulier en ce sens. Bien que l'activité pour laquelle on a eu recours à leurs services—alléger la cargaison, remettre le navire à flot et le conduire à un port de refuge—ait eu accessoirement pour effet de prévenir une plus grande pollution, c'est Ultramar

everything necessary to prevent or reduce pollution. The plaintiff has been fully compensated for those expenses by the P & I Club.

The Standard Club has paid its contribution under the revised adjustment and has no further liability for the general average expenses incurred.

LIABILITY OF ULTRAMAR

In my view, aside from the portion to be paid by the hull and cargo underwriters, the remaining cost of the Smit contract must be borne by Ultramar.

Plaintiff's counsel made a number of comments during the trial concerning the equities, the reasonable expectations of the parties and the conduct of the parties. To begin with, this is not an equity case. In looking at the various interests which the general average act was to benefit two things are clear. It was undertaken to save hull and cargo, and they are therefore required to pay their proportionate share of those expenses.

But the other reason for entering into the contract, the prevention of a pollution disaster, was clearly in Ultramar's best interests. The possibility of a major oil spill was a significant factor from the outset of the stranding. Ultramar dispatched its own pollution-response team to the site and from the very beginning worked with the Canadian Coast Guard to clean up the spill that had occurred and to prevent further pollution. Indeed, Mr. Airey testified that estimates of pollution liability if the barge broke up were in the range of \$30,000,000. The sensitive nature of the local environment, its reliance on tourism, the \$3,000,000 cost incurred in cleaning up the limited spill which did occur, and the watchful eye of environmental groups and the press, leave no doubt that it was in Ultramar's direct interest to take action to prevent a pollution disaster. There is no question the plaintiff's potential liability, had the situation deteriorated into a massive oil spill, would have been very substantial.

qui, au moyen des contrats passés avec la Garde côtière et Sanivan, a fait le nécessaire pour empêcher ou réduire la pollution. La demanderesse a été pleinement indemnisée de ses dépenses par le P & I Club.

^a Le Standard Club a payé sa contribution conformément au règlement d'avarie révisé et n'est pas tenu davantage aux dépenses d'avarie commune engagées.

^b LA RESPONSABILITÉ D'ULTRAMAR

^c À mon avis, sauf la partie qui doit être payée par les assureurs de la coque et de la cargaison, les autres frais découlant du contrat conclu avec la société Smit doivent être supportés par Ultramar.

^d Au cours du procès, les avocats de la demanderesse ont fait un certain nombre d'observations au sujet des droits en *equity*, des attentes raisonnables et du comportement des parties. Tout d'abord, il ne s'agit pas ici d'une affaire fondée sur l'*equity*. Si l'on considère les différents intérêts auxquels devait profiter l'acte d'avarie commune, deux choses apparaissent clairement. L'acte d'avarie commune visait à sauver la coque et la cargaison, et les parties sont donc tenues de payer leur part proportionnelle de ces dépenses.

^e Mais l'autre raison de la conclusion du contrat, à savoir la prévention d'un désastre écologique, allait manifestement dans le sens des meilleurs intérêts d'Ultramar. La possibilité d'un important déversement accidentel de pétrole était une question majeure depuis le début de l'échouement. Ultramar a dépêché sur les lieux sa propre équipe de lutte à la pollution et a, depuis les tout débuts, travaillé avec la Garde côtière canadienne pour nettoyer le déversement accidentel survenu et prévenir toute pollution supplémentaire. En effet, M. Airey a témoigné que la responsabilité quant à la pollution aurait pu s'élever à 30 000 000 \$ si le chaland s'était disloqué. La fragilité de l'environnement local, sa dépendance du tourisme, les frais de 3 000 000 \$ engagés pour le nettoyage du déversement accidentel limité qui était survenu et la surveillance étroite des groupes environnementaux et des médias ne font aucun doute qu'il était dans l'intérêt direct d'Ultramar de prendre les mesures nécessaires pour empêcher un désastre écologique. Il ne fait pas de doute que, si la situation s'était transformée en un déversement accidentel

The ultimate result in this case, that Ultramar itself must bear part of the cost of the Smit salvage contract, cannot be seen as inequitable. There is seldom such a thing as full insurance. It is not inequitable that in a major oil pollution casualty, involving complex issues of fact and law, some of the loss is uninsured and falls on the international oil company which owned the vessel and its cargo. If equity is to play a role in this determination, it is well to keep in mind the plaintiff has been paid approximately \$7 million by its various insurers, including payment of approximately \$900,000 in excess of the value of the hull itself. I see no injustice in requiring Ultramar to bear the cost of averting a major liability as compared to necessitating the property insurers to pay for expenses which did not result in the saving of property.

As Mr. Hicks pointed out during cross-examination, the hull of the *Pointe Levy* was insured for \$3,000,000, which was more than \$900,000 in excess of its fair market value. There is nothing wrong or "inequitable" about this. A shipowner may have many reasons to protect itself against contingencies, one being the possibility that it will incur expenses or losses which are not fully covered under its insurance policies. One such contingency is excess general average expenses which are not recoverable under the various insurance policies.

The plaintiff further contends the Court should give effect to the reasonable expectations of the parties. However, Ultramar is a major oil company, with a substantial and experienced risk management department. It is a sophisticated buyer of insurance. Alexander & Alexander is one of the largest insurance brokers in the world. It prepared the cargo policy on behalf of Ultramar, undoubtedly an extremely important and valuable client. Based on these facts, I am satisfied the reasonable expectations of the plain-

massif de pétrole, la responsabilité éventuelle de la demanderesse aurait été considérable.

La conséquence ultime en l'espèce, à savoir qu'Ultramar elle-même doit supporter une part des frais découlant du contrat de sauvetage passé avec la société Smit, ne peut pas être considérée comme inéquitable. L'assurance totale est une chose rare. Il n'est pas inéquitable que, dans un cas important de pollution aux hydrocarbures, mettant en jeu des questions compliquées de fait et de droit, une partie du sinistre ne soit pas assurée et retombe sur la pétrolière internationale qui était propriétaire du navire et de sa cargaison. Si l'*equity* doit jouer un rôle dans la présente décision, il convient de se rappeler que la demanderesse a reçu environ 7 millions de dollars de ses différents assureurs, dont une somme d'environ 900 000 \$ en excédent de la valeur de la coque elle-même. Je ne décèle aucune injustice dans le fait d'exiger qu'Ultramar supporte les frais nécessaires pour éviter une plus grande responsabilité par comparaison avec l'obligation des assureurs des biens de payer des dépenses qui n'ont pas entraîné le sauvetage des biens.

Comme M. Hicks l'a signalé au cours du contre-interrogatoire, la coque du *Pointe Levy* était assurée pour une valeur de 3 000 000 \$, ce qui était supérieur de 900 000 \$ à sa juste valeur marchande. Il n'y a rien d'injuste ou d'«inéquitable» à cela. Un armateur peut avoir de nombreuses raisons de se protéger contre les événements imprévus, dont la possibilité qu'il subisse des dépenses ou des pertes qui ne sont pas garanties pleinement par ses polices d'assurance. Un tel imprévu consiste dans des dépenses d'avarie commune excédentaires qui ne donnent pas lieu à indemnisation aux termes des différentes polices d'assurance.

La demanderesse prétend également que les tribunaux doivent donner effet aux attentes raisonnables des parties. Cependant, Ultramar est une grande pétrolière qui possède un service important et expérimenté de gestion des risques. C'est un acheteur chevronné d'assurances. Alexander & Alexander est l'un des plus gros courtiers d'assurances du monde. Cette société a établi la police sur cargaison pour le compte d'Ultramar, qui est sans doute une cliente extrêmement importante et précieuse. Compte tenu de ces

tiff are to be found in the clear and commercially well-understood language of the policies prepared by its broker.

CONCLUSION

For the foregoing reasons, the net sums due and owing to plaintiff under the insurance policies are as follows:

Cargo underwriters	\$ 331,254.99
Hull underwriters	\$ 423,512.91

The balance of the expenses are to be borne by the plaintiff.

Under the circumstances and given the very serious errors in the revised adjustment, I am awarding interest at the rate prescribed by Rule XXI of the *York-Antwerp Rules 1950*, at the rate of 5% *per annum* from the date of the revised adjustment. The plaintiff has not brought forth any circumstance which would justify compounding interest.

As the amount found owing by the defendants represents but a modest measure of the amount claimed by the plaintiff, and in view of the heavy expenses the defendants have incurred in defending this action, there will be no order as to costs.

faits, je suis convaincu que les attentes raisonnables de la demanderesse doivent se trouver dans le libellé clair et bien compris sur le plan commercial des polices établies par son courtier.

a

CONCLUSION

Pour les motifs susmentionnés, les sommes nettes dues à la demanderesse en vertu des polices d'assurance sont les suivantes:

Assureurs de la cargaison	331 254,99 \$
Assureurs de la coque	423 512,91 \$

Le reste des dépenses doit être supporté par la demanderesse.

c

Dans les circonstances et vu les erreurs très graves contenues dans le règlement d'avarie révisé, j'accorde des intérêts au taux prescrit par la Règle XXI des *Règles d'York et d'Anvers 1950*, soit 5% par année à compter de la date du règlement révisé. La demanderesse n'a pas fait connaître de circonstance qui justifierait un intérêt composé.

Comme la somme due par les défendeurs représente seulement une modeste partie de la somme réclamée par la demanderesse, et à cause des dépenses importantes que les défendeurs ont engagées dans la défense de la présente action, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépenses.

f

A-174-92

Les Éditions JCL Inc. (Defendant) (Appellant)

v.

91439 Canada Ltée (Plaintiff) (Respondent)

INDEXED AS: *ÉDITIONS JCL INC. v. 91439 CANADA LTÉE (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Décary J.J.A.—Montréal, September 13; Ottawa, September 23, 1994.

Copyright — Damages — Appeal from award of damages for conversion in copyright infringement action — Under Copyright Act, s. 38 appellant ordered to pay value of copies of infringing work printed, but not sold — Appeal allowed in part — Infringing copies having no value at time of destruction as (1) purpose of proceedings to remove them from circulation; (2) no evidence of use to copyright holder; (3) relief requested destruction of copies at appellant's expense — As respondent suffering no detriment, appellant receiving no benefit, conversion caused by destruction not creating right to damages — Value of sold copies not established in proportion to plagiarism — Remainder after infringing portions deleted of no value — Expenses incurred to promote copies sold reducing damages awarded for conversion — In accordance with duty to ensure damages awarded for conversion not duplicating damages awarded to recover profits, latter deducted from amount awarded for conversion.

Civil Code — Art. 1056c permitting compound interest — Trial Judge erred in concluding awarded only in extraordinary circumstances — Transforming rule into exception — As appellant's good faith factor considered in exercise of discretion, no reason to intervene.

This was an appeal from an award of damages for conversion. The Trial Judge found that Louise Denis-Labrie had infringed a "substantial part" of two literary works by Marcelyne Claudais, for which the respondent was the assignee of the copyright. The infringement resulted from the unauthorized use of words, phrases, names of characters, rhythm, format and paragraphing. The Trial Judge allowed a small amount in respect of profits from sales during the period when the infringing work was being withdrawn from the market and, under *Copyright Act*, section 38, a substantial amount equivalent to the value of copies printed but not sold. The

A-174-92

Les Éditions JCL Inc. (défenderesse) (appelante)

c.

a

91439 Canada Ltée (demanderesse) (intimée)

RÉPERTORIÉ: *ÉDITIONS JCL INC. c. 91439 CANADA LTÉE (C.A.)*

b

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 13 septembre; Ottawa, 23 septembre 1994.

Droit d'auteur — Dommages-intérêts — Appel de l'octroi de dommages-intérêts pour usurpation du droit de propriété dans une action pour violation du droit d'auteur — Par application de l'art. 38 de la Loi sur le droit d'auteur, l'appelante a été condamnée à payer la valeur des exemplaires de l'œuvre contrefaite imprimés, mais non vendus — Appel accueilli en partie — Les exemplaires contrefaits n'avaient aucune valeur au moment de leur destruction car (1) la procédure engagée visait à les retirer de la circulation; (2) aucune preuve n'établissait l'usage que le titulaire de droit de propriété aurait pu en faire; (3) le redressement recherché était la destruction des exemplaires aux frais de l'appelante — L'intimée n'ayant point subi de préjudice et l'appelante n'ayant point reçu d'avantage, l'usurpation qu'avait été le pilonnage ne donnait pas droit à des dommages-intérêts — La valeur des exemplaires vendus n'a pas été établie en fonction du pourcentage de plagiat — Ce qui resterait de l'œuvre, une fois écartés ses éléments contrefaits, n'aurait aucune valeur — Les dépenses encourues pour la promotion des exemplaires vendus ont été déduites des dommages-intérêts accordés pour l'usurpation — Conformément à l'obligation du tribunal de s'assurer que les dommages en usurpation ne font pas double emploi avec les dommages en recouvrement de profits qui sont par ailleurs accordés, ces derniers ont été soustraits de la somme accordée pour l'usurpation.

Code civil — L'art. 1056c permet l'octroi d'intérêts majorés — Le juge du procès a eu tort de conclure qu'ils n'étaient accordés que dans des circonstances exceptionnelles — Il a transformé en exception ce qui devrait être la règle — La bonne foi de l'appelante ayant été prise en compte dans l'exercice de la discrétion, il n'y a pas lieu d'intervenir.

Il s'agissait d'un appel de l'octroi de dommages-intérêts pour usurpation de propriété. Le juge du procès a conclu que Louise Denis-Labrie avait contrefait une «partie importante» de deux œuvres de Marcelyne Claudais, dont l'intimée était cessionnaire des droits d'auteur. Cette contrefaçon résultait de l'emprunt non autorisé de mots, de phrases, de noms de personnage, de rythme, de mise en place et de mise en paragraphe. Le juge du procès a accordé une somme minimale au titre des profits réalisés sur les ventes pendant la période au cours de laquelle les exemplaires contrefaits ont été retirés du marché et, en vertu de l'article 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*, une

appellant argued that the destruction of the copies taken off the market did not constitute conversion within the meaning of section 38. It further argued that the value of each of the copies should be established in proportion to the plagiarism, a proportion which it set at 2.41% based on the passages which were actually plagiarized, but which it was prepared to set at 10%. Finally, it suggested that in determining the value of the copies \$.78 a copy should be deducted for promotion costs.

Held, the appeal should be allowed in part.

The importation into the field of copyright of the well-defined common law concept of "conversion" has generated concern that the amount of damages may prove to be excessive because conversion is available in addition to those damages permitted by section 35 for infringement and reimbursement of a just and proper proportion of the profits. Courts have attempted to mitigate the rigours of conversion by ensuring that the damages awarded under section 38 did not duplicate those awarded under section 35.

Anywhere outside the field of copyright, destruction entails conversion. However, if damage is to have been caused by the destruction, it is necessary for the thing to have had some value at the time of destruction. Where the proceedings, as here, are brought by the copyright holder for the very purpose of having the copies removed from circulation, and no evidence is presented of the use the holder could have made of the copies had they been returned to it, the destroyed copies do not have any value. The respondent could not sell, under the signature of Marcelyne Claudais, a work that purported to be the autobiography of Louise Denis-Labrie and would have no interest in returning to circulation a text infringing the copyright of Marcelyne Claudais. Finally, the relief actually requested by the respondent was to be allowed to destroy the copies at the appellant's expense. Although it might have been better for the appellant not to have acted on the respondent's behalf, it believed in good faith that it was acting in the respondent's interests in taking the initiative of destruction. As the respondent suffered no detriment and the appellant received no benefit, the conversion caused by the destruction did not create a right to any damages.

The proposition that the value of the copies sold for the purpose of determining the damages for the conversion should be determined in accordance with the percentage of plagiarism, was untenable. Although the infringement was not the plagiarism of another person's entire work, but involved using words, phrases, characters, rhythm and style, what would remain of the work once the infringing portions are removed would have no value. The plagiarism could not be separated from the original portions. The courts should not undertake to calculate to the very word the injury done to an author's rights.

somme substantielle équivalant à la valeur des exemplaires imprimés, mais non vendus. L'appelante prétend que le pillonnage des exemplaires retirés du marché ne constituait pas de l'usurpation au sens de l'article 38. Elle soutient de plus que la valeur de chaque exemplaire doit être établie selon la proportion du plagiat, proportion qu'elle fixe à 2.41 % après un savant calcul des passages qui constituent textuellement du plagiat, mais qu'elle s'est dite prête à fixer à 10 %. Elle propose enfin que déduction soit faite, dans l'établissement de la valeur des exemplaires, des coûts afférents à la promotion, soit des coûts de 0,78 \$ par exemplaire.

Arrêt: l'appel doit être accueilli en partie.

L'importation dans le domaine particulier du droit d'auteur d'un concept aussi défini, en common law, que le concept de «conversion» a soulevé des inquiétudes quant à la possibilité que le montant des dommages-intérêts soit démesuré, parce que les dommages-intérêts pour usurpation peuvent s'ajouter à ceux permis par l'article 35 de la Loi dommages-intérêts du fait de la violation et remboursement d'une proportion équitable des profits. Les tribunaux ont cherché à adoucir les rigueurs de la «conversion» en s'assurant que les dommages qu'ils accordaient en vertu de l'article 38 ne faisaient pas double emploi avec ceux qu'ils avaient accordés en vertu de l'article 35.

Pour peu qu'on quitte le domaine du droit d'auteur, destruction emporte usurpation. Encore faut-il, cependant, pour qu'il y ait dommages causés par la destruction, que la chose ait une valeur au moment de la destruction. Dans un cas comme celui-ci, où les procédures ont été engagées par le titulaire du droit de propriété afin, justement, que soient retirés du marché les exemplaires alors en circulation et où aucune preuve n'a été faite par ce titulaire des usages qu'il aurait pu faire des exemplaires si le contrefacteur les lui avait rendus, les exemplaires détruits n'ont aucune valeur. L'intimée n'aurait pas pu vendre, sous la signature de Marcelyne Claudais, une œuvre qui se voulait l'autobiographie de Louise Denis-Labrie, et je ne vois pas quel intérêt elle aurait eu à remettre en circulation une œuvre qui violait les droits d'auteur de Marcelyne Claudais. Enfin, le redressement recherché par l'intimée était justement de lui permettre de procéder à la destruction des exemplaires aux frais de l'appelante. Bien qu'il eût été préférable que l'appelante n'agisse pas au nom de l'intimée, elle a cru, de bonne foi, qu'elle aidait la cause de l'intimée en prenant l'initiative du pillonnage. L'intimée n'ayant point subi de préjudice et l'appelante n'ayant point reçu d'avantage, l'usurpation qu'avait été le pillonnage ne donnait pas droit à des dommages-intérêts.

La proposition selon laquelle la valeur des exemplaires vendus, aux fins de déterminer les dommages relatifs à l'usurpation, serait établie en fonction du pourcentage du plagiat était insoutenable. Bien que la contrefaçon dont il est question ne soit pas le plagiat de l'œuvre complète d'autrui, et qu'elle consiste plutôt en des emprunts de mots, de phrases, de personnalités, de rythmes, de style, ce qui resterait de l'œuvre, une fois écartés ses éléments contrefaits, n'aurait aucune valeur. Le plagiat ne peut être séparé des parties originales. Les tribunaux ne peuvent se mettre à calculer au mot près l'atteinte portée aux

The expenses incurred by the appellant to promote the copies sold (\$.78 a copy) must, however, be taken into account as reducing the damages for conversion.

In accordance with the Court's duty to ensure that the damages awarded for conversion do not duplicate those awarded to recover profits, the amount awarded for reimbursement of profit was deducted from that awarded for conversion.

The Trial Judge erred in concluding that the compound interest provided for in Civil Code, Article 1056c should only be awarded in extraordinary circumstances. He transformed what should be the rule into an exception. The appellant's good faith was, however, a factor which could be taken into account in exercising his discretion and there was no reason for intervention by this Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Civil Code of Lower Canada, Art. 1056c.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 35, 38.
Copyright, Designs and Patents Act 1988 (U.K.), 1988, c. 48, s. 18, Sch. 1, s. 31(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mawman v. Tegg (1826), 38 E.R. 380.

DISTINGUISHED:

Hopkins (Tom) International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd. (1985), 20 D.L.R. (4th) 407 (B.C.C.A.).

CONSIDERED:

Lewis Trusts v. Bambers Stores Limited, [1983] F.S.R. 453 (C.A.).

REFERRED TO:

Infabrics Ltd. v. Jaytex Ltd., [1982] A.C. 1 (H.L.); *Caxton Publishing Co., Ltd. v. Sutherland Publishing Co.*, [1939] A.C. 178 (H.L.); *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422; 110 D.L.R. (3d) 366; 10 B.L.R. 1; 50 C.P.R. (2d) 230 (H.C.); *Ash v. Dickie*, [1936] Ch. 655 (C.A.); *Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd.*, [1985] R.P.C. 127 (N.Z.C.A.); *Beauchemin & Cadieux* (1900), 10 B.R. 255 (Que. K.B.); *affd* (1901), 31 S.C.R. 370; *Cardwell, Raymond Phillip v. Leduc, Philippe et al.*, [1963] Ex.C.R. 207; *Cartwright v. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (H.C.); *Ravenscroft v. Herbert and Another*, [1980] R.P.C. 193 (Ch. D.); *W H Brine Co v. Whitton* (1981), 37 ALR 190 (Aust. F.C.); *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904 (Que.); *Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581 (Que.); *Trottier c. British American Oil Co. Ltd.*, [1977] C.A. 576 (Que.); *Godin c. Trempe* (August 14, 1985), Montréal 500-09-000894-790, J.E. 85-822 (C.A.), not reported.

droits d'un auteur. Les dépenses engagées par l'appelante pour la promotion des exemplaires vendus (0,78 \$ l'exemplaire) doivent toutefois être soustraites des dommages-intérêts accordés pour l'usurpation.

En conformité avec l'obligation du tribunal de s'assurer que les dommages en usurpation ne font pas double emploi avec les dommages en recouvrement de profits qui sont par ailleurs accordés, ces derniers ont été soustraits de la somme accordée pour l'usurpation.

Le juge du procès a eu tort de conclure que les intérêts majorés permis par l'article 1056c du Code civil ne doivent être accordés que dans des circonstances exceptionnelles. Il a transformé en exception ce qui devrait être la règle. Toutefois, la bonne foi de l'appelante est un critère dont il pouvait tenir compte dans l'exercice de sa discrétion et il n'y a pas matière à intervention de la part de la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code civil du Bas-Canada, art. 1056c.
Copyright, Designs and Patents Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 48, art. 18, annexe 1, art. 31(2).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 35, 38.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Mawman v. Tegg (1826), 38 E.R. 380.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Hopkins (Tom) International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd. (1985), 20 D.L.R. (4th) 407 (C.A.C.-B.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Lewis Trusts v. Bambers Stores Limited, [1983] F.S.R. 453 (C.A.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Infabrics Ltd. v. Jaytex Ltd., [1982] A.C. 1 (H.L.); *Caxton Publishing Co., Ltd. v. Sutherland Publishing Co.*, [1939] A.C. 178 (H.L.); *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422; 110 D.L.R. (3d) 366; 10 B.L.R. 1; 50 C.P.R. (2d) 230 (H.C.); *Ash v. Dickie*, [1936] Ch. 655 (C.A.); *Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd.*, [1985] R.P.C. 127 (N.Z.C.A.); *Beauchemin & Cadieux* (1900), 10 B.R. 255 (B.R. Qué.); *conf. par* (1901), 31 R.C.S. 370; *Cardwell, Raymond Phillip v. Leduc, Philippe et al.*, [1963] R.C.É. 207; *Cartwright v. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (H.C.); *Ravenscroft v. Herbert and Another*, [1980] R.P.C. 193 (Ch. D.); *W H Brine Co v. Whitton* (1981), 37 ALR 190 (Aust. F.C.); *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904 (Qué.); *Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581 (Qué.); *Trottier c. British American Oil Co. Ltd.*, [1977] C.A. 576 (Qué.); *Godin c. Trempe* (14 août 1985), Montréal 500-09-000894-790, J.E. 85-822 (C.A.), inédit.

AUTHORS CITED

Baudouin, J.-L. *La responsabilité civile délictuelle*, 3e éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1990.
Copinger and Skone James on Copyright, 13th ed. by E. P. Skone James et al. London: Sweet & Maxwell, 1991. ^a
Dictionary of Canadian Law. Toronto: Carswell, 1991.

APPEAL from an award of damages for conversion in a copyright infringement action [91439 *Canada Ltée v. Éditions JCL Inc. et al.* (1992), 52 F.T.R. 61 (F.C.T.D)] in regard to copies of an infringing work that were destroyed. Appeal allowed in part. ^b

COUNSEL:

Vivianne de Kinder and *Doris Thibault* for defendant (appellant).
Laurent Carrière and *Philippe Van Eeckhout* for plaintiff (respondent). ^d

SOLICITORS:

Simard, Thibault, Gagnon, Chicoutimi, Quebec, for defendant (appellant).
Léger Robic Richard, Montréal, for plaintiff (respondent). ^e

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by ^f

DÉCARY J.A.: Of the trial judgment [(1992), 52 F.T.R. 61] which made against Les Éditions JCL Inc. (the appellant) the usual orders in a case of copyright infringement,¹ only the portion dealing with the awarding of damages is at issue in this Court. ^g

Due to a lack of evidence the Trial Judge refused to award 91439 Canada Ltée (the respondent) damages resulting directly from infringement of its copy- ^h

¹ The respondent is the assignee of the copyright of Marcellyne Claudais in the literary works "*Un jour la jument va parler*" and "*J'espère au moins qu'y va faire beau!*", published in 1983 and 1985 respectively. The appellant is the publisher of the literary work "*On m'a volé mon fils*" allegedly written by Louise Denis-Labrie and published in 1987. The Trial Judge found that Louise Denis-Labrie had infringed a "substantial part" of the two works of Marcellyne Claudais. This infringement in the case at bar resulted from the unauthorized use of words, phrases, names of characters, rhythm, format and paragraphing. The appellant's good faith is not at issue.

DOCTRINE CITÉE

Baudouin, J.-L. *La responsabilité civile délictuelle*, 3e éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1990.
Copinger and Skone James on Copyright, 13th ed. by E. P. Skone James et al., London: Sweet & Maxwell, 1991.
Dictionary of Canadian Law. Toronto, Carswell, 1991.

APPEL de l'octroi de dommages-intérêts pour usurpation dans une action pour violation du droit d'auteur [91439 *Canada Ltée c. Éditions JCL Inc. et al.* (1992), 52 F.T.R. 61 (C.F. 1^{re} inst.)] relativement à des exemplaires d'une œuvre contrefaite qui ont été détruits. Appel accueilli en partie.

^c AVOCATS:

Vivianne de Kinder et *Doris Thibault* pour la défenderesse (appelante).
Laurent Carrière et *Philippe Van Eeckhout* pour la demanderesse (intimée). ^d

PROCUREURS:

Simard, Thibault, Gagnon, Chicoutimi, Québec, pour la défenderesse (appelante).
Léger Robic Richard, Montréal, pour la demanderesse (intimée). ^e

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Du jugement de première instance [(1992), 52 F.T.R. 61] qui prononçait contre Les Éditions JCL Inc. (l'appelante) les ordonnances d'usage lorsqu'il y a violation de droit d'auteur¹, il n'est attaqué devant nous que cette partie qui décidait de l'octroi de dommages-intérêts. ^f

Le juge du procès a refusé, vu l'absence de preuve, d'accorder à 91439 Canada Ltée (l'intimée) des dommages résultant directement de la violation de ses ^h

¹ L'intimée est cessionnaire des droits d'auteur de Marcellyne Claudais dans les œuvres littéraires "*Un jour la jument va parler*" et "*J'espère au moins qu'y va faire beau!*", publiées en 1983 et 1985 respectivement. L'appelante est l'éditeur de l'œuvre littéraire "*On m'a volé mon fils*", soit-disant écrite par Louise Denis-Labrie et publiée en 1987. Le juge du procès a conclu qu'il y avait eu contrefaçon par Louise Denis-Labrie d'une «partie importante» des deux œuvres de Marcellyne Claudais. Cette contrefaçon, en l'espèce, résultait de l'emprunt non autorisé de mots, de phrases, de noms de personnage, de rythme, de mise en place et de mise en paragraphe. La bonne foi de l'appelante n'est pas mise en question.

right (section 35 of the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] (the Act) and did not think it advisable to award non-pecuniary damages. There was no appeal from this part of the judgment.

However, the Trial Judge ordered the appellant to pay the respondent:²

... as an equitable proportion of the profits which the defendant realized by infringing the plaintiff's copyright, the minimal sum of \$273.40, the equivalent of a profit fixed at \$2.90 for each of the 94 copies sold after December 31, 1987 only, that is, during the seven months when the infringing copies were being gradually withdrawn from the market.

The respondent filed a cross-appeal from this conclusion, submitting that in its opinion there was no reason to only take into account the 94 copies of "*On m'a volé mon fils*" sold after the infringement was discovered and the notification given to terminate it. At the hearing the appellant admitted the justice of the respondent's claim and agreed that the calculation should be made on the basis of a profit of \$2.90 for each of the 1,378 copies sold, which makes a total of \$3,996.20, and that this should be substituted for the \$273.40 awarded by the Trial Judge. The cross-appeal will accordingly be allowed on this point.

Additionally, the Trial Judge allowed "[the] proceedings ... in respect of the conversion" authorized by section 38 of the *Copyright Act* (the Act).³ He did so as follows:⁴

D. A judgment ordering the defendant JCL to pay to the plaintiff, taking into account the choice expressed by the plaintiff at trial, the value of the copies of the infringing work *On M'a Volé Mon Fils* which the defendant JCL has printed and which it did not sell; on this point, I find that the plaintiff is entitled to the amount claimed, \$51,929.50, which represents the admitted retail price of \$12.95 for each of the 4,010 infringing copies printed and not sold. It is important to recall that the infringing

² (1992), 52 F.T.R. 61 (F.C.T.D.), at p. 77.

³ S. 38 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, reads as follows:

38. All infringing copies of any work in which copyright subsists, or of any substantial part thereof, and all plates used or intended to be used for the production of the infringing copies shall be deemed to be the property of the owner of the copyright, who accordingly may take proceedings for the recovery of the possession thereof or in respect of the conversion thereof.

⁴ *Supra*, note 2, at p. 76.

droits d'auteur (article 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42] (la Loi)) et n'a pas cru opportun de lui accorder des dommages moraux. Il n'y a pas d'appel relativement à cette partie du jugement.

Le juge du procès, cependant, a condamné l'appelante à payer à l'intimée²:

... à titre de proportion équitable des profits que la première a réalisés en commettant la violation des droits d'auteur de la deuxième, la minime somme de 273,40 \$, équivalant à un profit établi de 2,90 \$ pour chacun des 94 exemplaires vendus après le 31 décembre 1987 seulement, soit pendant les sept mois au cours desquels les exemplaires contrefaits ont graduellement été retirés du marché.

L'intimée a déposé un appel incident à l'encontre de cette conclusion, se disant d'avis qu'il n'y avait aucune raison de ne tenir compte que des 94 exemplaires de "*On m'a volé mon fils*", vendus après la découverte de la contrefaçon et la mise en demeure d'y mettre fin. À l'audience, l'appelante a reconnu le bien-fondé des prétentions de l'intimée et accepté que le calcul se fit sur la base d'un profit de 2,90 \$ pour chacun des 1 378 exemplaires vendus, ce qui fait un total de 3 996,20 \$, qu'il y a lieu de substituer à celui de 273,40 \$ accordé par le juge du procès. L'appel incident, sur ce point, sera donc accueilli.

Le juge du procès, par ailleurs, a accueilli «[la] procédure ... concernant l'usurpation du droit de propriété» («*proceedings ... in respect of the conversion*») qu'autorise l'article 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*³ (la Loi). Il l'a fait en ces termes⁴:

D. Un jugement condamnant la défenderesse JCL à payer à la demanderesse, compte tenu du choix exprimé par cette dernière au procès, la valeur des exemplaires de l'oeuvre contrefaite *On M'a Volé Mon Fils* que la défenderesse JCL a fait imprimer et qu'elle n'a pas vendus j'estime, à ce chapitre, que la demanderesse a droit au montant requis de 51 929,50 \$, soit un montant correspondant au prix de détail admis de 12,95 \$ pour chacun des 4 010 exemplaires contrefaits imprimés et non

² (1992), 52 F.T.R. 61 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 77.

³ L'art. 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 se lit comme suit:

38. Tous les exemplaires contrefaits d'une oeuvre protégée, ou d'une partie importante de celle-ci, de même que toutes les planches qui ont servi ou sont destinées à servir à la confection d'exemplaires contrefaits, sont réputés être la propriété du titulaire du droit d'auteur; en conséquence, celui-ci peut engager toute procédure en recouvrement de possession ou concernant l'usurpation du droit de propriété.

⁴ Précité, note 2, à la p. 76.

copies became the property of the plaintiff at the moment they were produced; the plaintiff is now therefore entitled to be in the same financial situation as it would be in if the infringing copies had not been destroyed, but had been delivered or given to it. Moreover, the damages to which it is entitled are determined on the basis of the full value of those copies at the time when the plaintiff's copyright in respect of them was usurped (see **Tom Hopkins International Inc. v. Wall and Redekop Realty Ltd.**, 6 C.P.R. (3d) 475, at page 479).

The appellant objected to this conclusion. It admitted that the sale of the 1,378 copies of "*On m'a volé mon fils*" constituted conversion within the meaning of section 38, but argued that the destruction by the appellant itself of the 3,513 copies taken off the market did not constitute conversion within the meaning of the section.⁵ The appellant further argued that the value of each of the copies, the selling price of which was \$12.95, should be established in proportion to the plagiarism by Louise Denis-Labrie of the works of Marcelyne Claudais, a proportion which it set at 2.41% after an informed calculation of the passages which actually were plagiarized, but it said at the hearing that it was prepared to set this proportion at 10%. Finally, it suggested that in determining the value of the copies a deduction should be made for promotion costs, amounting to \$0.78 a copy.

The conversion referred to in section 38 derives from the presumption of ownership of the copies of the infringing work which that section makes in favour of the holder of the copyright.

As that holder is deemed to be owner of the copies, section 38 states that he or she may seek to regain possession of them or may take "proceedings... in respect of the conversion thereof."

The importation into the special field of copyright of such a well-defined common law concept as that

⁵ As soon as it learned of the infringement the appellant asked its distributor to take off the market all the copies of "*On m'a volé mon fils*" which it had distributed. 3,513 copies were thus withdrawn. For reasons peculiar to the publishing market, this withdrawal took place over a period of some seven months. As soon as the copies were withdrawn, and at a time when the respondent had initiated against it proceedings to recover possession of the said copies, the appellant had them destroyed at its own cost.

vendus. En effet, il importe de rappeler que les exemplaires contrefaits sont devenus la propriété de la demanderesse dès leur confection; cette dernière a donc le droit maintenant de se retrouver financièrement dans la même situation que celle où elle se trouverait si ces exemplaires contrefaits n'avaient pas été détruits, mais lui avaient été délivrés ou remis. De plus, c'est la pleine valeur de ces exemplaires au temps où le droit de propriété de la demanderesse à leur égard a été usurpé qui constitue la mesure des dommages auxquels elle a droit (voir **Tom Hopkins International Inc. v. Wall and Redekop Realty Ltd.**, 6 C.P.R. (3d) 475, à la page 479).

L'appelante s'oppose à cette conclusion. Elle reconnaît que la vente des 1 378 exemplaires de «*On m'a volé mon fils*» a constitué de l'usurpation au sens de l'article 38, mais soutient que le pilonage par l'appelante elle-même des 3 513 exemplaires retirés du marché ne constitue pas une usurpation au sens de cet article⁵. L'appelante prétend par ailleurs que la valeur de chacun des exemplaires, dont le prix de vente était de 12,95 \$ devrait être établie en proportion des emprunts faits par Louise Denis-Labrie aux œuvres de Marcelyne Claudais, proportion qu'elle fixe à 2.41 % après un savant calcul des passages qui constituent textuellement du plagiat, mais qu'elle s'est dite prête, à l'audience, à fixer à 10 %. Elle propose enfin que déduction soit faite, dans l'établissement de la valeur des exemplaires, des coûts afférents à la promotion, soit des coûts de 0,78 \$ par exemplaire.

L'usurpation («*conversion*» en common law) à laquelle renvoie l'article 38 est liée à la présomption de propriété des exemplaires de l'œuvre contrefaite qu'établit ce même article au profit du titulaire du droit d'auteur.

Étant réputé propriétaire de ces exemplaires, ce titulaire peut, nous dit l'article 38, ou bien demander d'en prendre possession, ou bien entreprendre une «procédure... concernant l'usurpation du droit de propriété».

L'importation dans le domaine particulier du droit d'auteur d'un concept aussi défini, en common law,

⁵ Dès avoir appris la contrefaçon, l'appelante avait demandé à son distributeur de retirer du marché tous les exemplaires de «*On m'a volé mon fils*» dont il avait fait la distribution. 3 513 exemplaires ont été ainsi retirés. Ce retrait, pour des raisons propres au marché de l'édition, s'était échelonné sur une période de quelque sept mois. Sitôt les exemplaires retirés, et à un moment où l'intimée avait pris contre elle des procédures en recouvrement de possession desdits exemplaires, l'appelante les avait fait pilonner, à ses frais.

of "conversion" has generated considerable discussion. The courts have been concerned about the possibility of abuse resulting from this importation. To the extent that this relief is available in addition to those permitted by section 35 of the Act—damages for the infringement and reimbursement of a just and proper proportion of the profits—and to the extent that, in keeping with settled case law on the question of conversion, if the infringer has disposed of the copies of the work infringed this relief allows the holder to recover the full market value of such copies at the time of conversion, the amount of the damages may prove to be excessive. This is in any case what Lord Scarman had to say about the equivalent section of the U.K. statute, namely section 18, shortly before the latter was repealed by the 1988 *Copyright, Designs and Patents Act 1988*:⁶

A more troublesome point on section 18 is the measure of damages. In cases, like the present, on industrial design, damages for infringement under section 17 are often small. Limited (in the absence of special circumstances) to the depreciation in value of the copyright, they can be minimal. In the present case Infabrics paid only a few pounds for the design. But damages for conversion can be very great. If the industrial application of the infringing copy is a success, damages are recoverable as if the owner of the copyright was the owner of every infringing copy sold: section 18(1). And what if the infringing copy be engraved upon a silver chalice or a gold medallion? The language of the subsection is, I think, clear: it bestows upon the owner of the copyright the rights and remedies to which at common law an owner of goods is entitled for their conversion. It treats the owner of the copyright as if he were the owner of the infringing copies. Since at common law the damages for conversion are ordinarily measured by reference to the value of the goods converted, I would not think it legitimate to construe the subsection otherwise, though the result will be injustice in some cases. If the possibility of excessive damages is to be eliminated, legislation will be needed: for the language of the subsection permits of no other construction.⁷

I hasten to add that the courts have attempted to mitigate the rigours of conversion by ensuring that

⁶ 1988, c. 48 (U.K.); see s. 31(2) of Schedule I.

⁷ *Infabrics Ltd. v. Jaytex Ltd.*, [1982] A.C. 1 (H.L.), at p. 26. See also *Lewis Trusts v. Bambers Stores Limited*, [1983] F.S.R. 453 (C.A.).

que le concept de «conversion» a fait couler beaucoup d'encre. Les tribunaux se sont inquiétés des possibilités d'abus auxquelles cette importation donnait ouverture. Dans la mesure, en effet, où ce redressement s'ajoutait à ceux permis par l'article 35 de la Loi—dommages-intérêts du fait de la violation et remboursement d'une proportion équitable des profits—et dans la mesure où ce redressement permettait au titulaire, selon la jurisprudence établie en matière de «conversion», de recouvrer, dès que le contrefacteur disposait des exemplaires de l'œuvre contrefaite, la pleine valeur au marché de ceux-ci au moment de la conversion, le montant des dommages pouvait être démesuré. Voici d'ailleurs ce que disait lord Scarman au sujet de l'article équivalant au Royaume-Uni, soit l'article 18, peu avant que ce dernier ne soit abrogé par le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*⁶ de 1988:

[TRADUCTION] L'article 18 soulève un point plus embarrassant qu'est l'importance des dommages-intérêts. Dans des cas comme l'espèce, concernant le dessin industriel, les dommages-intérêts pour contrefaçon sous le régime de l'article 17 sont souvent de peu d'importance. Limités (en l'absence de circonstances spéciales) à la dépréciation de la valeur du droit d'auteur, ils peuvent être minimes. En l'espèce, Infabrics a payé seulement quelques livres pour le dessin. Mais les dommages-intérêts pour usurpation peuvent être d'une très grande importance. Si l'application industrielle de la copie contrefaite est un succès, des dommages-intérêts peuvent être recouverts comme si le titulaire du droit d'auteur était le propriétaire de la chaque copie contrefaite vendue: article 18(1). Et si la copie contrefaite était gravée sur une coupe d'argent ou sur un médaillon d'or? Le texte du paragraphe est, à mon avis, clair: il confère au titulaire du droit d'auteur les droits et les voies de recours auxquels, en common law, le propriétaire de biens a droit par suite du détournement de ces biens. Il considère le titulaire du droit d'auteur comme s'il était propriétaire des copies contrefaites. Puisque, en common law, les préjudices pour usurpation se mesurent d'ordinaire par rapport à la valeur des marchandises détournées, je ne crois pas qu'il soit légitime d'interpréter le paragraphe autrement, quoiqu'il en résulte de l'injustice dans certains cas. Si la possibilité des dommages-intérêts excessifs doit être éliminée, des dispositions législatives s'imposent: car le texte du paragraphe ne permet aucune autre interprétation⁷.

Je m'empresse d'ajouter que les tribunaux ont cherché à adoucir les rigueurs de la «conversion» en

⁶ 1988, ch. 48 (R.-U.); voir art. 31(2) de l'annexe I.

⁷ *Infabrics Ltd. v. Jaytex Ltd.*, [1982] A.C. 1 (H.L.), à la p. 26. Voir aussi, *Lewis Trusts v. Bambers Stores Limited*, [1983] F.S.R. 453 (C.A.).

the damages they awarded under section 38 did not duplicate those they had awarded under section 35.⁸

There is no doubt that the sale of the 1,378 copies of "*On m'a volé mon fils*" by the appellant constitutes conversion. In its submission, the appellant agreed to this without demur. I will return below to the question of the value that should be assigned to these 1,378 copies.

In support of its arguments that the destruction of the 3,513 copies taken off the market by the appellant also constitutes conversion within the meaning of section 38, the respondent referred the Court to the judgment of the British Court of Appeal in *Hopkins (Tom) International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.*,⁹ in which damages were awarded for conversion in respect of videocassettes which the infringer had eventually erased, and to these comments by Lawton J.A. in *Lewis Trust*:¹⁰

As long as the copied blousons were under their control, the defendants were not doing anything with them which was inconsistent with the rights of the plaintiffs as the notional owners. As such, theoretically, the plaintiffs could have demanded that the defendants should deliver up to them the garments which they were making at whatever stage of manufacture they had reached. Had they been handed over to them there would have been no conversion. But when the defendants sold, or otherwise parted with possession of the copied blousons they did acts which were inconsistent with the rights of the notional owners and rendered themselves incapable of delivering them up if asked to do so. In my judgment this is when they converted them. [My emphasis.]

I do not feel that *Tom Hopkins* has the meaning suggested for it by the respondent. At most, as I see it, that case indicates that destruction and conversion are not mutually exclusive: the facts of that case were such that it appears the use made by the infringer of the videocassettes before erasing them, rather than

⁸ See *Caxton Publishing Co., Ltd. v. Sutherland Publishing Co.*, [1939] A.C. 178 (H.L.); *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422 (H.C.); *Lewis Trust*, *supra*, note 7.

⁹ (1985), 20 D.L.R. (4th) 407 (B.C.C.A.).

¹⁰ *Supra*, note 7, at p. 459. This passage received the approval of Davison C.J. of the New Zealand Court of Appeal, in *Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd.*, [1985] R.P.C. 127, at p. 180.

s'assurant que les dommages qu'ils accordaient en vertu de l'article 38 ne faisaient pas double emploi avec ceux qu'ils avaient accordés en vertu de l'article 35⁸.

Que la vente par l'appelante des 1 378 exemplaires de «*On m'a volé mon fils*» constitue de l'usurpation ne fait pas de doute. L'appelante en a convenu sans peine dans son mémoire. Je reviendrai plus loin sur la question de la valeur qu'il faut attribuer à ces 1 378 exemplaires.

Pour appuyer ses prétentions à l'effet que la destruction par l'appelante des 3 513 exemplaires retirés du marché constitue également une usurpation au sens de l'article 38, l'intimée nous renvoie à l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hopkins (Tom) International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.*,⁹ où des dommages d'usurpation ont été accordés relativement à des vidéocassettes que le contrefacteur avait éventuellement effacées, ainsi qu'à ces propos du juge d'appel Lawton dans *Lewis Trust*:¹⁰

[TRADUCTION] Du moment que les blousons imités se trouvaient sous leur contrôle, les défendeurs n'ont fait rien qui porte atteinte aux droits des demandeurs en tant que propriétaires fictifs. Cela étant, théoriquement, les demandeurs auraient pu exiger des défendeurs qu'ils leur remettent les vêtements qu'ils ont fabriqués à n'importe quel stade de la fabrication auquel ils se trouvaient. Si les vêtements avaient été remis aux demandeurs, il n'y aurait pas eu usurpation. Mais lorsque les défendeurs ont vendu les blousons imités ou s'en sont défaits de toute autre manière, ils ont effectivement commis des actes qui portaient atteinte aux droits des propriétaires fictifs et qui les mettaient dans l'incapacité de les remettre si on leur demandait de le faire. À mon sens, c'est le moment où ils les ont appropriés. [Mes soulignements.]

L'arrêt *Tom Hopkins* n'a pas, je pense, la portée que lui attribue l'intimée. Il indique tout au plus, à mon avis, que destruction et usurpation ne sont pas incompatibles; les faits de cette affaire sont en effet tels qu'il semble que ce soit l'usage fait par le contrefacteur des vidéocassettes avant qu'il ne les efface,

⁸ Voir: *Caxton Publishing Co., Ltd. v. Sutherland Publishing Co.*, [1939] A.C. 178 (H.L.); *Pro Arts, Inc. v. Campus Crafts Holdings Ltd. et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 422 (H.C.); *Lewis Trust*, *supra*, note 7.

⁹ (1985), 20 D.L.R. (4th) 407 (C.A.C.-B.).

¹⁰ *Supra*, note 7, à la p. 459. Ce passage a reçu l'aval du juge Davison, juge en chef de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, dans *Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd.*, [1985] R.P.C., 127, à la p. 180.

the erasing as such, is what constituted the conversion. Additionally, the observations of Lawton J.A. on the words "or otherwise parted with possession" are only *obiter* and do not expressly deal with destruction of the items in question.

However, anywhere outside the field of copyright there is no doubt that destruction entails conversion. There is no more brutal and irreversible means of disposing of a thing we own than to destroy it. In *The Dictionary of Canadian Law*,¹¹ there is the following description:

CONVERSION . . . 2. Includes intentionally changing the identity of a chattel by destruction, consumption or other physical alteration. John G. Fleming, *The Law of Torts*, 6th ed. (Sydney: The Law Book Company Limited, 1983) at 56.

However, if damage is to have been caused by the destruction, it is still necessary for the thing to have had some value at the time of the destruction. In a case like the one at bar, in which the proceedings were brought by the holder of the copyright for the very purpose of having the copies then in circulation removed from the market and in which no evidence was presented by the holder of the use it could have made of the copies if the infringer had returned them to it, I have sought in vain for any value which the 3,513 destroyed copies might have had in the marketplace.

I find it difficult to see how the alleged ownership right conferred on the respondent by section 38 could be so absolute as to enable it to sell over the signature of Marcellyne Claudais a work which purported to be the autobiography of Louise Denis-Labrie, and I do not see what interest the respondent would have had in returning to circulation over the signature of Louise Denis-Labrie a text infringing the copyright of Marcellyne Claudais. Further, and this seems to me to be conclusive, the relief actually requested by the respondent in conclusion (D) of its statement of claim was to be allowed to proceed to destroy the copies in question at the appellant's expense. From the standpoint of principle, it would have been better for the appellant not to have chosen to act on the respon-

¹¹ A. Dukelow & B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1991, at p. 215.

plutôt que l'effacement proprement dit, qui ait constitué l'usurpation. Par ailleurs, les propos du juge d'appel Lawton, en ce qui a trait aux mots «ou s'en sont défaits de toute autre manière», ne sont qu'*obiter* et ne traitent pas expressément de la destruction des objets en question.

Il ne fait pas de doute, cependant, pour peu qu'on quitte le domaine du droit d'auteur, que destruction emporte usurpation. Il n'est pas manière plus brutale et irréversible de disposer d'une chose qui ne nous appartient pas, que de la détruire. Dans *The Dictionary of Canadian Law*¹¹, on trouve la description suivante:

[TRADUCTION] **USURPATION** . . . 2. S'entend également de la modification de l'identité d'un bien meuble par destruction, consommation ou par toute autre transformation physique. John G. Fleming, *The Law of Torts*, 6^e éd. (Sydney: The Law Book Company Limited, 1983), à la page 56.

Encore faut-il, cependant, pour qu'il y ait dommages causés par la destruction, que la chose ait une valeur au moment de la destruction. Or, dans un cas comme celui-ci, où les procédures ont été engagées par le titulaire du droit de propriété afin, justement, que soient retirés du marché les exemplaires alors en circulation et où aucune preuve n'a été faite par ce titulaire des usages, s'il en est, qu'il aurait pu faire des exemplaires si le contrefacteur les lui avait rendus, je cherche en vain quelle valeur auraient pu avoir sur le marché les 3 513 exemplaires pilonnés.

Je conçois difficilement que le droit de propriété présumé reconnu à l'intimée par l'article 38 soit absolu au point de lui permettre de vendre, sous la signature de Marcellyne Claudais, une œuvre qui se voulait l'autobiographie de Louise Denis-Labrie, et je ne vois pas quel intérêt aurait eu l'intimée à remettre en circulation, sous la signature de Louise Denis-Labrie, une œuvre qui violait les droits d'auteur de Marcellyne Claudais. D'ailleurs, et cela m'apparaît déterminant, le redressement recherché par l'intimée à la conclusion D) de sa déclaration était justement de lui permettre de procéder à la destruction des exemplaires en question aux frais de l'appelante. Il eût été préférable, sur le plan des principes, que l'appelante ne choisît point de faire elle-même justice à l'intimée

¹¹ A. Dukelow & B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1991, à la p. 215.

dent's behalf and instead to have given into its possession the copies taken off the market. In the facts of the case at bar, however, I cannot blame it for doing so and the respondent, which was about to do so itself, is not in a position to object. The appellant believed in good faith that it was acting in the respondent's interests in taking the initiative of destruction. As the respondent suffered no detriment and the appellant received no benefit whatever, I do not see how I could conclude that the conversion caused by the destruction created a right to any damages whatever.

What then is the value of the 1,378 copies sold, for the purpose of determining damages for the conversion?

The appellant's proposition that the value should be determined in accordance with the percentage of plagiarism contained in the work "*On m'a volé mon fils*" is untenable. It is true that the infringement in question is not the plagiarism of another person's entire work. Instead, it involves using words, phrases, characters, rhythm and style. The infringing work has its share of originality, but that originality has no independent existence and what remains of the work once the infringing portions are taken out is of no value.

To use the words of the writer herself whose rights were infringed, at the very end of her testimony:¹²

[TRANSLATION] . . . we are talking here about someone who had an idea but did not have the words to express it and who took words she needed from the books of a writer who had them.

Accordingly, to talk of a percentage would amount to giving the work "*On m'a volé mon fils*" a value which it did not possess. I think these observations by Lord Eldon in *Mawman v. Tegg* are relevant here:¹³

As to the hard consequences which would follow from granting an injunction, when a very large proportion of the work is unquestionably original, I can only say, that, if the parts, which have been copied, cannot be separated from those

et remît plutôt à celle-ci possession des exemplaires retirés du marché. Dans les faits de l'espèce, toutefois, je ne saurais la blâmer de l'avoir fait et l'intimée ne saurait s'en plaindre, qui s'apprêtait à le faire elle-même. L'appelante a cru, de bonne foi, qu'elle aidait la cause de l'intimée en prenant l'initiative du pilonnage. L'intimée n'ayant point subi de préjudice et l'appelante n'ayant point reçu d'avantage, je ne vois pas comment je pourrais conclure que l'usurpation qu'avait été le pilonnage donnait droit à quelque dommage que ce soit.

Quelle est, alors, au fins de déterminer les dommages relatifs à l'usurpation, la valeur des 1 378 exemplaires vendus?

La proposition de l'appelante selon laquelle cette valeur serait établie en fonction du pourcentage de plagiat que contiendrait l'œuvre «*On m'a volé mon fils*» est insoutenable. La contrefaçon dont il est question n'est pas, il est vrai, le plagiat de l'œuvre complète d'autrui. Elle consiste plutôt en des emprunts de mots, de phrases, de personnages, de rythmes, de style. L'œuvre contrefaite contient sa part d'éléments originaux, mais ces éléments n'ont aucune existence autonome et ce qui reste de l'œuvre, une fois écartés ses éléments contrefaits, n'a aucune valeur.

Pour reprendre les mots même de l'auteure dont les droits ont été violés, à la toute fin de son témoignage¹²:

. . . ici on parle de quelqu'un qui avait une idée, mais qui n'avait pas de mots pour l'écrire et qui a pigé dans les livres d'une écrivaine qui avait des mots pour se donner des mots.

Aussi, parler de pourcentage équivaldrait à donner à l'œuvre «*On m'a volé mon fils*» une valeur qu'elle n'a pas. Me paraissent pertinents ces propos de lord Eldon dans *Mawman v. Tegg*¹³:

[TRADUCTION] Quant aux graves conséquences qui découleraient de l'octroi d'une injonction, lorsqu'une grande partie de l'œuvre est indiscutablement originale, je peux seulement dire que, si on ne peut séparer les parties qui ont été copiées de

¹² Appellant's submission, vol. 1, at p. 84.

¹³ (1826), 38 E.R. 380, at p. 383. See also *Beauchemin & Cadieux* (1900), 10 B.R. 255, at pp. 284-287 (Que. K.B.); *affd* by (1901), 31 S.C.R. 370; *Cardwell, Raymond Philip v. Leduc, Philippe et al.*, [1963] Ex.C.R. 207, at pp. 220-221; *Cartwright v. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (H.C.), at pp. 363-364.

¹² Mémoire de l'appelante, vol. 1, à la p. 84.

¹³ (1826), 38 E.R. 380, à la p. 383. Voir également, *Beauchemin & Cadieux* (1900), 10 B.R. 255, aux p. 284 à 287 (B.R. Qué.) *conf.* par (1901), 31 R.C.S. 370; *Cardwell, Raymond Philip v. Leduc, Philippe et al.*, [1963] R.C.É. 207, aux p. 220 et 221; *Cartwright v. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (H.C.), aux p. 363-364.

which are original, without destroying the use and value of the original matter, he who has made an improper use of that which did not belong to him must suffer the consequences of so doing. If a man mixes what belongs to him with what belongs to me, and the mixture be forbidden by the law, he must again separate them, and he must bear all the mischief and loss which the separation may occasion. If an individual chooses in any work to mix my literary matter with his own, he must be restrained from publishing the literary matter which belongs to me; and if the parts of the work cannot be separated, and if by that means the injunction, which restrained the publication of my literary matter, prevents also the publication of his own literary matter, he has only himself to blame.

In short, this is not a case where the plagiarism can be divided in some way and the infringing portions separated from the original portions and the latter used in any way. In this regard, I do not feel it is either possible or desirable to have any recourse to the rule *rusticum judicium*.¹⁴ It would be most ill-advised for the courts to undertake, in cases like the one at bar, to calculate to the very word the injury done to an author's rights.

Having said that, the expenses incurred by the appellant to promote the copies sold must be taken into account as reducing the damages for conversion.¹⁵ According to the evidence presented, these expenses amount to \$0.78 a copy.

I therefore conclude that the damages for conversion to which the respondent is entitled should be calculated as follows: 1,378 x \$12.17 (\$12.95—\$0.78) = \$16,770.26.

However, the Court has a duty as I noted above to ensure that the damages for conversion do not duplicate the damages to recover profits which are also awarded to the respondent. In the case at bar, there would be duplication if the Court did not take into account in the damages awarded for conversion based on the value of each copy sold (a value allowing for profit made) the profit of \$2.90 a copy which the appellant must reimburse the respondent. Accordingly, I would deduct from the amount I would have awarded for conversion what I awarded

¹⁴ See *Ash v. Dickie*, [1936] Ch. 655 (C.A.); *Ravenscroft v. Herbert and Another*, [1980] R.P.C. 193 (Ch. D.), at p. 210.

¹⁵ See *WH Brine Co v Whitton* (1981), 37 ALR 190 (Aust. F.C.), at p. 200; E. P. Skone James et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 13th ed., London: Sweet & Maxwell, 1991, at p. 348.

celles qui sont originales sans pour cela détruire l'usage et la valeur de la chose originale, celui qui a illégalement fait usage de ce qui ne lui appartenait pas doit en subir les conséquences. Si un homme mélange ce qui lui appartient à ce qui m'est propre, et que le produit final en soit interdit par la loi, il doit encore les séparer et il doit subir tous les dommages et toutes les pertes auxquels la séparation peut donner lieu. Si un individu choisit, dans une œuvre, de mélanger mon sujet littéraire au sien, l'interdiction doit lui être faite de publier le sujet littéraire qui m'est propre; et si les parties de l'œuvre sont inséparables, et que, de cette façon, l'injonction, qui interdisait la publication de mon sujet littéraire, empêche aussi la publication de son propre sujet littéraire, il ne peut que s'en prendre à lui-même.

Bref, il ne s'agit pas, ici, d'un cas où le plagiat est en quelque sorte divisible et où l'on peut séparer les parties contrefaites des parties originales et utiliser d'une quelconque manière ces dernières. À cet égard, il ne m'apparaît pas possible ni souhaitable de recourir à la règle *rusticum judicium*.¹⁴ Il serait bien malheureux, dans des cas comme celui-ci, que les tribunaux se mettent à calculer au mot près l'atteinte portée aux droits d'un auteur.

Cela dit, il y a lieu de comptabiliser en réduction des dommages en usurpation, les dépenses encourues par l'appelante pour la promotion des exemplaires vendus¹⁵. Selon la preuve faite, ces dépenses se chiffrent à la somme de 0,78 \$ par exemplaire.

J'en arrive donc à la conclusion que les dommages en usurpation auxquels l'intimée a droit doivent être calculés comme suit: 1 378 x 12,17 \$ (12,95 \$—0,78 \$) = 16 770,26 \$.

La Cour cependant a l'obligation, ainsi que je l'ai souligné plus haut, de s'assurer que les dommages en usurpation ne font pas double emploi avec les dommages en recouvrement de profits qui sont par ailleurs accordés à l'intimée. En l'espèce, ce serait faire double emploi que de ne pas tenir compte, dans les dommages accordés pour l'usurpation qui sont fondés sur la valeur de chaque exemplaire vendu, laquelle valeur prend en compte le profit réalisé, du profit de 2,90 \$ par exemplaire que l'appelante doit rembourser à l'intimée. Aussi, suis-je d'avis de sous-

¹⁴ Voir *Ash v. Dickie*, [1936] Ch. 655 (C.A.); *Ravenscroft v. Herbert and Another*, [1980] R.P.C. 193 (Ch. D.), à la p. 210.

¹⁵ Voir *WH Brine Co v Whitton* (1981), 37 ALR 190, (Aust. F.C.), à la p. 200; E. P. Skone James et autres, *Copinger and Skone James on Copyright*, 13^e éd. Londres: Sweet & Maxwell, 1991, à la p. 348.

for reimbursement of profit. The amount to which the respondent is entitled as damages for conversion will therefore be the following: \$16,770.26 - \$3,996.20 = \$12,774.06.

Accordingly, I would award the respondent the sum of \$16,770.26 (\$3,996.20 (profits) + \$12,774.06 (conversion)) instead of the amount of \$52,202.90 awarded by the Trial Judge.¹⁶

One final word on the second aspect of the cross-appeal filed by the respondent: in its statement of claim the latter had asked that damages awarded to it bear "interest at the legal rate from the date of service plus since that date the special compensation provided for by art. 1056c C.C.L.C."¹⁷

In his reasons the Trial Judge disposed of this application as follows:¹⁸

... moreover, the nature of the circumstances is far from the extraordinary circumstances required, given the good faith of the defendant JCL, in order for ... compound interest to be awarded.

In my opinion the Trial Judge erred in concluding, contrary to the principles stated in the Quebec Court of Appeal,¹⁹ that the benefit of the additional compensation was only to be awarded in extraordinary

¹⁶ The total of 4,891 copies sold and destroyed (1,378 + 3,513) is less than the total of 5,388 copies printed. In this Court the discussion did not touch on these 497 copies, which apparently were used for advertising purposes or which the appellant may still have had in its possession at the time of the trial.

¹⁷ A.B. vol. 1, at p. 5. Art. 1056c C.C.L.C. reads as follows:

Art. 1056c. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31) over the legal interest rate.

¹⁸ *Supra*, note 2, at p. 77.

¹⁹ See *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904, at p. 908; *Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581, and *Trottier c. British American Oil Co. Ltd.*, [1977] C.A. 576; *Godin c. Trempe* (August 14, 1985), Montréal, 500-09-000894-790, J.E. 85-822 (C.A.), not reported; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3rd ed., Cowansville: Yvon Blais, 1990, at p. 172.

traire de la somme que j'aurais accordée pour l'usurpation, celle que j'ai accordée au titre de remboursement des profits. La somme à laquelle l'intimée a droit à titre de dommages pour usurpation sera donc
a la suivante: 16 770,26 \$ - 3 996,20 \$ = 12 774,06 \$.

En conséquence, j'accorderais à l'intimée une somme de 16 770,26 \$ (3 996,20 \$ (profits) + 12 774,06 \$ (usurpation)) au lieu de la somme de 52 202,90 \$ accordée par le juge du procès.¹⁶

Un dernier mot sur un second volet de l'appel incident déposé par l'intimée. Celle-ci, dans sa déclaration, avait demandé que les dommages qui lui seraient accordés portent «intérêt au taux légal depuis l'assignation majoré depuis telle date de l'indemnité spéciale prévue à l'article 1056c C.c.B.-C.»¹⁷

Dans ses motifs, le juge du procès a disposé de cette demande comme suit¹⁸:

... de plus, les circonstances sont loin de revêtir le caractère extraordinaire requis, compte tenu de la bonne foi de la défenderesse JCL, pour ... la condamnation à des intérêts majorés.

e Le juge du procès a eu tort, à mon avis, de conclure, à l'encontre des principes énoncés par la Cour d'appel du Québec¹⁹, que le bénéfice de l'indemnité additionnelle n'était accordé que dans des circons-

¹⁶ Le total de 4 891 exemplaires vendus et détruits (1 378 + 3 513) est en deça du total de 5 388 exemplaires imprimés. Le débat, devant nous, n'a pas porté sur ces quelque 497 exemplaires qui auraient été utilisés à des fins de publicité ou que l'appelante aurait encore eu en sa possession au moment du procès.

¹⁷ D.A. vol. 1, à la p. 5. L'art. 1056c C.c.B.-C. se lit comme suit:

Art. 1056c. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

¹⁸ Précité, note 2, à la p. 77.

¹⁹ Voir: *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904, à la p. 908; *Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581 et *Trottier c. British American Oil Co. Ltd.*, [1977] C.A. 576; *Godin c. Trempe* (14 août 1985), Montréal 500-09-000894-790, J.E. 85-822 (C.A.), inédit; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville: Yvon Blais, 1990, à la p. 172.

circumstances. He transformed what should be the rule into an exception. Having said that, the appellant's good faith is a factor which could be taken into account in exercising his discretion and I do not think there is any reason for intervention by this Court.

DISPOSITION

The principal appeal should be allowed in part, the cross-appeal should be allowed in part and paragraph D of the trial judgment varied to read as follows:

D The Court orders the defendant JCL to pay the plaintiff the total amount of \$16,770.26 with interest at the legal rate from the date of service.

Each party should pay its costs on appeal.

HUGESSEN J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

tances extraordinaires. Il a transformé en exception ce qui devrait être la règle. Cela dit, la bonne foi de l'appelante est un critère dont il pouvait tenir compte dans l'exercice de sa discrétion et je ne crois pas qu'il y ait matière à intervention de notre part.

DISPOSITIF

L'appel principal devrait être accueilli en partie, l'appel incident devrait être accueilli en partie et le paragraphe D du jugement de première instance devrait être modifié de manière à se lire comme suit:

D La Cour condamne la défenderesse JCL à payer à la demanderesse la somme totale de 16 770,26 \$ avec intérêts au taux légal depuis l'assignation.

Chaque partie devrait assumer ses dépens en appel.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

d LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

A-61-94

A-61-94

The Attorney General of Canada (Applicant)**Le procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

Leonard Sears (Respondent)

a

Leonard Sears (intimé)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SEARS (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) c. SEARS (C.A.)*

Court of Appeal, MacGuigan, Létourneau and Robertson J.J.A.—Toronto, September 7; Ottawa, September 15, 1994.

b

Cour d'appel, juges MacGuigan, Létourneau et Robertson, J.C.A.—Toronto, 7 septembre; Ottawa, 15 septembre 1994.

Unemployment insurance — Application for judicial review of Umpire's decision respondent's weekly benefit calculated based on former full-time employment only — Upon loss of full-time employment, respondent's eligibility for U.I. benefits deferred due to receipt of severance pay — Securing part-time employment — Benefit rate calculated based on 20 weeks of part-time employment — Unemployment Insurance Act, s. 13 providing qualifying weeks last 20 weeks of insurable employment — Amendments to Regulations, s. 57(2)(a) not detracting from reasoning of Marceau J.A. in Canada (Attorney-General) v. Fortin — Only lost employment considered in calculating benefits — Purpose of Act to provide financial support while seeking employment, not to discourage claimants from accepting part-time work — Receipt of severance pay should not deprive claimant of entitlement otherwise flowing from loss of full-time position.

c

Assurance-chômage — Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que le taux des prestations hebdomadaires de l'intimé doit être calculé uniquement d'après son ancien emploi à temps plein — Au moment de la perte de son emploi à temps plein, l'admissibilité de l'intimé aux prestations de l'assurance-chômage a été reportée parce qu'il a reçu une indemnité de départ — Il s'est procuré un emploi à temps partiel — Le taux de ses prestations hebdomadaires a été calculé à partir de vingt semaines d'emploi à temps partiel — L'art. 13 de la Loi sur l'assurance-chômage prévoit que les semaines de référence sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable — Les modifications apportées à l'art. 57(2)a) du Règlement ne s'écartent pas du raisonnement adopté par le juge Marceau, J.C.A., dans Canada (Procureur général) c. Fortin — Seul l'emploi perdu a été pris en compte pour le calcul des prestations — L'objet de la Loi est de fournir une aide financière aux prestataires jusqu'à ce qu'ils soient en mesure de trouver un emploi, et non de les décourager d'accepter un emploi à temps partiel — Le fait de recevoir une indemnité de fin d'emploi ne devrait pas faire perdre au prestataire les droits que lui donnerait autrement la fin de son emploi à temps plein.

d

e

f

This was an application for judicial review of the Umpire's decision that only the insurable earnings from the respondent's full-time employment could be used to calculate his weekly benefit rate.

g

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que seuls les gains assurables provenant de l'emploi à temps plein de l'intimé pouvaient servir au calcul du taux de ses prestations hebdomadaires.

The respondent was permanently laid off from full-time employment in 1990. The respondent had to wait until May, 1991 to become eligible for unemployment insurance benefits because he was in receipt of severance and vacation when laid off. In December 1990 he accepted insurable employment as a part-time security guard. In May 1991, the respondent's weekly rate of benefit was calculated on the basis of the twenty weeks of his part-time employment. His full-time employment was not used in the calculation because the Commission held that it had ended in the twenty-first week of insurable employment preceding the commencement of his claim. The Commission relied upon *Unemployment Insurance Act*, section 13 which provided that the qualifying weeks were the last twenty weeks of insurable employment in his qualifying period. A board of referees dismissed his appeal. The Umpire allowed the appeal, relying on *Canada (Attorney-General) v. Fortin*, wherein the Federal Court of Appeal upheld the Umpire's

h

i

j

L'intimé, qui occupait un emploi à temps plein, a été mis à pied de façon permanente en 1990. Il a dû attendre en mai 1991 pour devenir admissible aux prestations d'assurance-chômage parce qu'il avait reçu une indemnité de fin d'emploi et de vacances au moment de sa mise à pied. En décembre 1990, il a accepté un emploi assurable comme gardien de sécurité à temps partiel. En mai 1991, le taux de prestations hebdomadaires de l'intimé a été calculé à partir de ses vingt semaines d'emploi à temps partiel. Son emploi à temps plein n'a pas été pris en compte pour ce calcul parce que la Commission a conclu qu'il avait pris fin au cours de la vingt et unième semaine d'emploi assurable précédant le début des prestations. La Commission s'est appuyée sur l'article 13 de la *Loi sur l'assurance-chômage* qui prévoit que les semaines de référence du prestataire sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable de sa période de référence. Un conseil arbitral a rejeté l'appel de l'intimé. Le juge-arbitre a accueilli l'appel en se

decision that when an insured person holds concurrently more than one insurable employment, the weekly benefit must be calculated on the basis of the lost employment only. The Attorney General argued that *Fortin* was no longer good law because *Unemployment Insurance Regulations*, paragraph 57(2)(a) had since been amended. When *Fortin* was decided, paragraph 57(2)(a) provided that the entire income of a claimant arising out of any employment was to be taken into account to determine whether an interruption of earnings had occurred and for all other purposes related to the payment of benefits under Part II of the Act. "For all other purposes related to the payment of benefit under Part II of the Act" was subsequently deleted and section 36.1 was added which provided that the earnings for which a premium was payable were to be taken into account to determine the average weekly insurable earnings in the qualifying weeks of a claimant.

The issue was whether employment held between the date the claimant was laid off and the date on which benefits could be claimed was to be used in calculating the weekly benefit rate.

Held, the application should be dismissed.

The amendments to the Regulations did not detract from the reasoning of Marceau J.A. in *Fortin*, but rendered inapplicable the reasoning of Hugessen J.A. The claimant in that case had been working full-time for one employer and at the same time part-time for another. Marceau J.A. had held that (1) there was no provision which authorized cumulative treatment of concurrent employment; (2) a weekly benefit rate could not be established on the basis of employment which had never been lost without clear provision therefor in the Act; and (3) the Commission's interpretation that the employments must be combined and dealt with together defied the legal requirement that the claimant have suffered an interruption of earnings in order to be eligible for benefits. In most cases there could never be an interruption of earnings. Hugessen J.A. had held that claimant's earnings from insurable employment in the qualifying period included those amounts allocated weekly from severance pay. The principle of general application to be derived from Marceau J.A.'s reasoning was that only the employment lost by the claimant should be considered in calculating benefits.

The purpose of the Act is to provide a claimant with financial support until he or she is able to find comparable employment. The Act is not intended to discourage claimants from seeking part-time employment. By seeking and obtaining part-time employment, the respondent would be penalized by the Commission's interpretation, not because he had obtained part-time employment, but because he was in receipt of severance pay which had the effect of deferring the date on which it

fondant sur l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fortin*, dans lequel la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge-arbitre selon laquelle, lorsqu'un assuré occupe plus d'un emploi assurable simultanément, les prestations hebdomadaires doivent être calculées uniquement en fonction de l'emploi perdu. Le procureur général a soutenu que l'arrêt *Fortin* ne correspondait plus à l'état du droit parce que l'alinéa 57(2)a) du *Règlement sur l'assurance-chômage* avait été modifié depuis. Lorsque l'affaire *Fortin* a été tranchée, l'alinéa 57(2)a) prévoyait que la totalité du revenu d'un prestataire provenant de tout emploi devait être prise en compte pour déterminer s'il y avait eu un arrêt de rémunération et à toutes autres fins relatives au paiement de prestations en vertu de la Partie II de la Loi. Par la suite, les mots «à toutes autres fins relatives au paiement de prestations en vertu de la Partie II de la Loi» ont été rayés et l'article 36.1 a été ajouté; il établissait que la rémunération pour laquelle une cotisation était payable devait être prise en compte pour déterminer la moyenne des rémunérations hebdomadaires assurables au cours des semaines de référence du prestataire.

La question à trancher était celle de savoir si l'emploi occupé par le prestataire entre le moment de sa mise à pied et la date à laquelle il pouvait demander des prestations devait être pris en compte pour calculer le taux de ses prestations hebdomadaires.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

Les modifications apportées au Règlement ne s'écartent pas du raisonnement adopté par le juge Marceau, J.C.A., dans *Fortin*, mais rendent inapplicable le raisonnement du juge Hugessen, J.C.A. Dans cette affaire, la prestataire avait travaillé simultanément à temps plein pour un employeur et à temps partiel pour un autre. Le juge Marceau, J.C.A., a statué (1) qu'aucune disposition n'autorisait le traitement cumulatif d'emplois concurrents; (2) que, sans «texte clair» à cet effet dans la Loi, il n'était pas possible de calculer le taux des prestations hebdomadaires à partir d'un emploi qui n'a jamais été perdu et (3) que l'interprétation de la Commission selon laquelle il faut combiner les emplois et les envisager ensemble allait à l'encontre de l'exigence légale voulant que le prestataire ait subi un arrêt de rémunération pour être admissible aux prestations. Dans la plupart des cas, il ne pourrait jamais y avoir arrêt de rémunération. Le juge Hugessen, J.C.A., a statué que la rémunération du prestataire provenant de ses emplois assurables pendant la période de référence comprenait aussi les montants correspondant à la répartition hebdomadaire de son indemnité de départ. Le principe d'application générale à tirer du raisonnement du juge Marceau, J.C.A., porte que seul l'emploi perdu par le prestataire doit être pris en compte pour le calcul des prestations.

L'objet de la Loi est de fournir une aide financière aux prestataires jusqu'à ce qu'ils soient en mesure de trouver un emploi comparable. La Loi ne vise pas à décourager les prestataires de chercher un emploi à temps partiel. En cherchant et en trouvant un emploi à temps partiel, l'intimé serait pénalisé par l'interprétation de la Commission, non pas tant parce qu'il a trouvé un emploi à temps partiel, mais parce qu'il a reçu une indemnité de départ qui a eu pour effet de reporter la date à laquelle

could be said that he suffered an interruption of earnings. Had the respondent not received the lump sum payment, he would have been entitled to a weekly benefit rate based on his full-time earnings. In accordance with the limitations set out in section 15, any part-time insurable earnings received during a benefit week would be deducted from the respondent's unemployment benefits if they exceeded the limits provided in that section. The additional fact that the respondent received severance monies from his employer should not deprive the claimant of the entitlement that would otherwise flow from the loss of his full-time position.

There was no reason to adopt a strict interpretation of section 13, which is effectively penal in nature and which has not been shown to further any legislative intent. This was a case of a legal issue within a factual context not contemplated by Parliament. Neither the Act nor Regulations touched on the issue herein. It is *prima facie* illogical that unemployment benefits be based on employment which has never been lost. This conclusion was reinforced by subsection 13(1) which referred to a weekly benefit payable "for a week of unemployment."

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 2 "interruption of earnings", 6(2)(b), 7(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 14, s. 1), 13, 15. *e*
- Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations*, C.R.C., c. 1575.
- Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, ss. 36.1 (as enacted by SOR/88-142, s. 2), 37 (as am. by SOR/82-778, s. 1; 88-277, s. 2; 90-756, s. 8; 92-164, s. 10), 57 (as am. by SOR/82-673, s. 2; 82-778, s. 2; 84-32, s. 8; 86-58, s. 1; 88-142, s. 3; 89-160, s. 2; 90-207, s. 1; 90-756, s. 17; 90-761, s. 16; 93-351, s. 1; 93-434, s. 1; 93-470, s. 1), 58 (as am. by SOR/82-778, s. 3; 86-58, s. 2; 87-614, s. 10; 89-412, s. 1; 89-550, s. 1; 90-756, s. 18; 92-164, s. 16). *f*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney-General) v. Fortin (1989), 67 D.L.R. (4th) 564; 30 C.C.E.L. 117; 90 CLLC 14,004; 109 N.R. 385 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney General) v. Rose, [1993] F.C.J. No. 1127 (QL).

CONSIDERED:

Re Anderson and Umpire under Unemployment Insurance Act, 1971 (1985), 23 D.L.R. (4th) 292 (F.C.A.). *j*

on peut affirmer qu'il a subi un arrêt de rémunération. Si l'intimé n'avait pas reçu une somme globale, il aurait eu droit à un taux de prestations hebdomadaires fondé sur la rémunération qu'il recevait pour son emploi à temps plein. En conformité avec les limites établies à l'article 15, la rémunération assurable tirée d'un emploi à temps partiel au cours d'une semaine donnant droit à des prestations devrait être déduite des prestations d'assurance-chômage de l'intimé si elle est supérieure aux limites fixées par cette disposition. Le fait de recevoir une indemnité de fin d'emploi de son employeur ne devrait pas faire perdre à l'intimé les droits que lui donnerait autrement la fin de son emploi à temps plein. *a*

Rien ne justifie qu'on adopte une interprétation restrictive de l'article 13, qui serait en fait à caractère pénal et dont on n'a pas démontré qu'elle servirait les objectifs de la Loi. Il s'agissait de régler une question juridique dans un contexte factuel que le législateur n'a pas envisagé. Ni la Loi ni le Règlement ne traitaient la question en cause. Il est illogique, à première vue, que les prestations d'assurance-chômage soient établies d'après un emploi qui n'a jamais été perdu. Cette conclusion est renforcée par le paragraphe 13(1) qui fait état des prestations hebdomadaires payables «pour une semaine de chômage». *b*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 2 «arrêt de rémunération», 6(2)(b), 7(1) (mod. par R.S.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 14, art. 1), 13, 15. *c*
- Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations)*, C.R.C., ch. 1575.
- Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, art. 36.1 (édicte par DORS/88-142, art. 2), 37 (mod. par DORS/82-778, art. 1; 88-277, art. 2; 90-756, art. 8; 92-164, art. 10), 57 (mod. par DORS/82-673, art. 2; 82-778, art. 2; 84-32, art. 8; 86-58, art. 1; 88-142, art. 3; 89-160, art. 2; 90-207, art. 1; 90-756, art. 17; 90-761, art. 16; 93-351, art. 1; 93-434, art. 1; 93-470, art. 1), 58 (mod. par DORS/82-778, art. 3; 86-58, art. 2; 87-614, art. 10; 89-412, art. 1; 89-550, art. 1; 90-756, art. 18; 92-164, art. 16). *d*

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Procureur général) c. Fortin (1989), 67 D.L.R. (4th) 564; 30 C.C.E.L. 117; 90 CLLC 14,004; 109 N.R. 385 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada (Procureur général) c. Rose, [1993] F.C.J. n° 1127 (QL).

DÉCISION EXAMINÉE:

Re Anderson et le juge-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage (1985), 23 D.L.R. (4th) 292 (C.A.F.). *e*

REFERRED TO:

Lépine-Desmarchais v. Canada (Umpire appointed under Unemployment Insurance Act, 1971), A-907-88, Pratte J.A., judgment dated 24/10/89, F.C.A., not reported.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the decision of an umpire that only the insurable earnings from lost employment could be used in calculating the rate of U.I. benefits where part-time work had subsequently been obtained. Application dismissed.

COUNSEL:

E. Gail Sinclair for applicant.
Paul Dusome for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Simcoe Legal Services Clinic, Orillia, Ontario, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.: This judicial review application brings into consideration two earlier decisions of this Court and the proper interpretation of section 13 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (the "Act"). Broadly stated, we must determine whether the respondent's weekly benefit rate is to be calculated by reference to the full-time employment which he lost or to the part-time employment subsequently obtained and held by him at the time he became eligible for unemployment insurance benefits. Both the Unemployment Insurance Commission (the "Commission") and the Board of Referees selected the latter formula. On appeal, the umpire chose the former. The applicant now seeks to have that decision set aside. I turn first to the essential facts underlying the issue.

The respondent was employed full-time by Dominion Bridge until October 19, 1990 when he was permanently laid off. Soon thereafter, he applied for unemployment insurance benefits. The claim was rightly denied on the ground that there had been no

DÉCISION CITÉE:

Lépine-Desmarchais c. Canada (Juge-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage), A-907-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 24-10-89, C.A.F., non publié.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE de la décision d'un juge-arbitre portant que seuls les gains assurables provenant de l'emploi perdu pouvaient servir à calculer le taux des prestations d'assurance-chômage lorsque le prestataire obtenait un emploi à temps partiel par la suite. Demande rejetée.

AVOCATS:

E. Gail Sinclair pour le requérant.
Paul Dusome pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Simcoe Legal Services Clinic, Orillia, Ontario, pour l'intimé.

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La présente demande de contrôle judiciaire met en cause deux décisions antérieures de la Cour et l'interprétation juste à donner à l'article 13 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1 (la «Loi»). En gros, nous devons trancher la question de savoir si le taux des prestations hebdomadaires de l'intimé doit être calculé d'après l'emploi à temps plein qu'il a perdu ou d'après l'emploi à temps partiel qu'il a obtenu par la suite et qu'il avait toujours au moment où il est devenu admissible aux prestations d'assurance-chômage. La Commission de l'assurance-chômage (la «Commission») et le Conseil arbitral ont tous les deux retenu la dernière formule. En appel, le juge-arbitre a choisi la première. Le requérant demande maintenant l'annulation de cette décision. J'examinerai d'abord les faits essentiels qui ont donné lieu au litige.

L'intimé a occupé un emploi à temps plein au service de la Dominion Bridge jusqu'au 19 octobre 1990, date à laquelle il a été mis à pied de façon permanente. Peu de temps après, il a fait une demande de prestations d'assurance-chômage. Sa demande a

interruption of employment earnings as required by paragraph 6(2)(b) of the Act. That condition precedent had not been satisfied as the respondent was in receipt of severance and vacation pay (hereinafter "severance pay") in the amount of \$17,541.99 from his employer at the time he was laid off.

It is not disputed that a person remains ineligible for unemployment benefits until such time as the severance pay is exhausted (see sections 37 [as am. by SOR/82-778, s. 1; 88-277, s. 2; 90-756, s. 8; 92-164, s. 10], 57 [as am. by SOR/82-673, s. 2; 82-778, s. 2; 86-58, s. 1; 89-160, s. 2; 90-207, s. 1; 90-756, s. 17; 90-761, s. 16; 93-351, s. 1; 93-434, s. 1; 93-470, s. 1] and 58 [as am. by SOR/82-778, s. 3; 86-58, s. 2; 87-614, s. 10; 89-412, s. 1; 89-550, s. 1; 90-756, s. 18; 92-164, s. 16] of the *Unemployment Insurance Regulations* [C.R.C., c. 1576]). In effect, the receipt of severance pay has the effect of deferring the date on which it can be said that a claimant has suffered an interruption of earnings. In the present case, the \$17,541.99 was divided by the respondent's normal weekly wage of \$613 from Dominion Bridge to establish the effective date on which it could be deemed that the respondent had suffered an interruption of earnings. Accordingly, the respondent had to wait until May of 1991 to become eligible for unemployment benefits.

In the interim, the respondent accepted insurable employment as a part-time security guard with Burns International Security (Burns Security) on December 20, 1990 at an average weekly salary of \$147. That employment continued until June of 1992.

When the respondent reapplied for benefits on May 9, 1991, the Commission established a benefit period effective May 12, 1991, being the precise date on which the respondent was deemed to have suffered an interruption of earnings. However, his weekly rate of benefit was calculated solely on the basis of the twenty weeks of on-going part-time employment with Burns Security. His employment with Dominion Bridge was not used in the calculation because the Commission held that it had ended

été rejetée à bon droit parce qu'il n'y avait pas eu arrêt de la rémunération comme l'exige l'alinéa 6(2)b) de la Loi. Cette condition préalable n'a pas été remplie car l'intimé a reçu une indemnité de fin d'emploi et de vacances (l'«indemnité de départ») de 17 541,99 \$ de son employeur au moment où il a été mis à pied.

Il n'est pas contesté qu'une personne demeure inadmissible aux prestations d'assurance-chômage tant qu'elle n'a pas épuisé son indemnité de départ (voir les articles 37 [mod. par DORS/82-778, art. 1; 88-277, art. 2; 90-756, art. 8; 92-164, art. 10], 57 [mod. par DORS/82-673, art. 2; 82-778, art. 2; 86-58, art. 1; 89-160, art. 2; 90-207, art. 1; 90-756, art. 17; 90-761, art. 16; 93-351, art. 1; 93-434, art. 1; 93-470, art. 1] et 58 [mod. par DORS/82-778, art. 3; 86-58, art. 2; 87-614, art. 10; 89-412, art. 1; 89-550, art. 1; 90-756, art. 18; 92-164, art. 16] du *Règlement sur l'assurance-chômage* [C.R.C., ch. 1576]). En réalité, le fait de recevoir une indemnité de départ a pour conséquence le report de la date à laquelle on peut affirmer que le bénéficiaire a subi un arrêt de rémunération. En l'espèce, le montant de 17 541,99 \$ a été divisé par le montant de 613 \$, auquel s'élevait le salaire hebdomadaire normal que l'intimé recevait de la Dominion Bridge, pour établir la date à laquelle l'intimé pouvait effectivement être réputé avoir subi un arrêt de rémunération. En conséquence, l'intimé devait attendre jusqu'en mai 1991 pour devenir admissible aux prestations d'assurance-chômage.

Entre-temps, l'intimé a accepté un emploi assurable en qualité de gardien de sécurité à temps partiel au service de la Burns International Security (la «Burns Security»), le 20 décembre 1990, en contrepartie d'un salaire hebdomadaire moyen de 147 \$. Il a conservé cet emploi jusqu'en juin 1992.

Lorsque l'intimé a fait une nouvelle demande de prestations, le 9 mai 1991, la Commission a établi que sa période de prestations commençait le 12 mai 1991, soit la date précise à laquelle l'intimé était réputé avoir subi un arrêt de rémunération. Toutefois, elle a calculé le taux de ses prestations hebdomadaires en se fondant uniquement sur les vingt semaines de l'emploi à temps partiel qu'il occupait toujours au service de la Burns Security. La Commission n'a pas tenu compte de son emploi au service de

in the twenty-first week of insurable employment preceding the commencement of his claim. As well, the severance pay was not included in the calculation.

Ultimately, the Commission established that the respondent's weekly benefit to be only \$89 instead of the \$367 that would flow from a calculation based on his weekly Dominion Bridge income. It invoked section 13 of the Act as the legal basis for its calculation of the weekly benefit rate. The relevant provisions of that section read as follows:

13. (1) The rate of weekly benefit payable to a claimant for a week of unemployment that falls in his benefit period is an amount equal to sixty per cent of his average weekly insurable earnings in his qualifying weeks.

(2) The qualifying weeks of a major attachment claimant are the last twenty weeks of insurable employment in his qualifying period. [Emphasis is mine.]

[Subsection 7(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 14, s. 1] of the Act identifies the qualifying period of an insured person as being the period of 52 weeks that immediately precedes the commencement of a benefit period.]

The respondent's appeal to a board of referees was dismissed on the ground that the "benefit rate had been correctly established." That decision was then appealed to an umpire. Relying on the decision of this Court in *Canada (Attorney-General) v. Fortin* (1989), 67 D.L.R. (4th) 564, Associate Chief Justice Jerome reasoned that only the insurable earnings from the lost employment (i.e. Dominion Bridge) could be used for calculating the weekly benefit rate.

In these proceedings, the applicant's initial argument is that *Fortin* can no longer be considered good law in view of certain amendments to the *Unemployment Insurance Regulations*. It is common ground that the relevant amendments did not apply to the facts in *Fortin* but are applicable to the present case. Counsel for the applicant also relies on a subsequent decision of this Court, *Canada (Attorney General) v. Rose*, A-528-92, judgment dated October 27, 1993,

la Dominion Bridge pour ce calcul, car elle a conclu qu'il avait pris fin au cours de la vingt et unième semaine d'emploi assurable précédant le début des prestations. De plus, l'indemnité de départ n'a pas été incluse dans ce calcul.

En bout de ligne, la Commission a établi que les prestations hebdomadaires de l'intimé s'élevaient uniquement à 89 \$ plutôt qu'à 367 \$, montant qui aurait découlé d'un calcul fondé sur le revenu hebdomadaire que l'intimé recevait de la Dominion Bridge. La Commission s'est appuyée sur l'article 13 de la Loi comme fondement juridique de la méthode retenue pour calculer le taux des prestations hebdomadaires. Les dispositions pertinentes de cet article se lisent comme suit:

13. (1) Le taux des prestations hebdomadaires qui peuvent être versées à un prestataire pour une semaine de chômage qui tombe dans sa période de prestations est une somme égale à soixante pour cent de sa rémunération hebdomadaire assurable moyenne au cours de ses semaines de référence.

(2) Les semaines de référence d'un prestataire de la première catégorie sont les vingt dernières semaines d'emploi assurable de sa période de référence. [Non souligné dans le texte original.]

[Le paragraphe 7(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 14, art. 1] de la Loi précise que la période de référence d'un assuré est la période de 52 semaines précédant immédiatement le début d'une période de prestations.]

L'appel interjeté au Conseil arbitral par l'intimé a été rejeté au motif que [TRADUCTION] «le taux des prestations avait été correctement établi». Cette décision a ensuite été portée en appel devant un juge-arbitre. Le juge en chef adjoint Jerome s'est fondé sur la décision de la Cour dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Fortin* (1989), 67 D.L.R. (4th) 564, pour décider que seule la rémunération assurable tirée de l'emploi perdu (soit celui au service de la Dominion Bridge) pouvait être utilisée pour le calcul du taux des prestations hebdomadaires.

En l'espèce, le premier argument que fait valoir le requérant porte que l'arrêt *Fortin* ne correspond plus à l'état actuel du droit, compte tenu de certaines modifications apportées au *Règlement sur l'assurance-chômage*. Il est bien établi que les modifications pertinentes ne s'appliquaient pas aux faits en cause dans l'affaire *Fortin*, mais qu'elles s'appliquent en l'espèce. L'avocate du requérant se fonde également sur une décision ultérieure de la Cour, *Canada*

not reported [[1993] F.C.J. No. 1127 (QL)], in support of her argument. If we are to make any progress in resolving the issue before us, we must construct a proper appreciation of what was decided in both *Fortin* and *Rose*. Only then will the relevance of the amendments to the *Unemployment Insurance Regulations* become apparent.

The claimant in *Fortin* had been working full-time for one employer and part-time for another over a considerable period of time. The full-time job paid a salary of \$400 per week. On the weekends, the claimant was able to earn \$90 from her part-time employer. On January 23, 1987, she lost her full-time employment but was ineligible for unemployment benefits because she was in receipt of severance pay. It was accepted that the benefit period could not commence until May 10, 1987, thirteen weeks after her full-time employment had been terminated. During this period, however, the claimant continued to work at her part-time job. When the claimant reapplied for unemployment benefits in May of 1987, her weekly benefit rate for the "last twenty weeks of insurable employment" was calculated on the basis of the thirteen weeks of part-time employment preceding her claim, and the seven weeks of full-time employment preceding her termination.

In *Fortin*, the Commission maintained that when an insured person holds concurrently more than one insurable employment, then the employments must be combined and dealt with together. Both the Board of Referees and the umpire disagreed. They concluded that if one of the two employments is lost, then the weekly benefit rate must be calculated on the basis of that employment only, as there was only an interruption of earnings from the lost employment. On appeal, a majority of this Court (Pratte J.A. dissenting) upheld the result reached below. However, as the opinions of Justices Marceau and Hugessen J.J.A., pursued different paths they require separate treatment.

(*Procureur général*) c. *Rose*, A-528-92, jugement non publié, prononcé le 27 octobre 1993 [[1993] F.C.J. n° 1127 (QL)], pour appuyer ses prétentions. Pour trancher la question qui nous est soumise, il faut que nous comprenions bien ce qui a été décidé dans les arrêts *Fortin* et *Rose*. Cette démarche est nécessaire pour mettre en lumière la pertinence des modifications apportées au *Règlement sur l'assurance-chômage*.

Dans l'affaire *Fortin*, la prestataire avait travaillé à temps plein pour un employeur, et à temps partiel pour un autre, pendant une très longue période. Son emploi à temps plein lui procurait un salaire de 400 \$ par semaine. En fin de semaine, la prestataire pouvait gagner 90 \$ en travaillant à temps partiel pour un autre employeur. Le 23 janvier 1987, elle a perdu son emploi à temps plein, mais elle est demeurée inadmissible aux prestations d'assurance-chômage parce qu'elle a reçu une indemnité de départ. Il a été établi que sa période de prestations ne pouvait débiter avant le 10 mai 1987, soit treize semaines après la fin de son emploi à temps plein. Toutefois, au cours de cette période, la prestataire a continué à travailler à temps partiel. Lorsqu'elle a présenté une nouvelle demande de prestations d'assurance-chômage en mai 1987, le taux de ses prestations hebdomadaires pour les «vingt dernières semaines d'emploi assurable» a été calculé en tenant compte des treize semaines d'emploi à temps partiel précédant sa demande et des sept semaines d'emploi à temps plein précédant la fin de son emploi.

Dans l'affaire *Fortin*, la Commission a confirmé que, lorsqu'un assuré occupe plus d'un emploi assurable simultanément, il faut combiner ces emplois et les envisager ensemble. Le Conseil arbitral et le juge-arbitre n'étaient pas de cet avis. Ils ont conclu que si l'un des emplois était perdu, le taux des prestations hebdomadaires devait être calculé en se fondant uniquement sur cet emploi, étant donné qu'il y avait arrêt de rémunération seulement en ce qui avait trait à cet emploi. En appel, la majorité de la Cour a maintenu cette décision (le juge Pratte, J.C.A., étant dissident). Toutefois, comme l'opinion des juges Marceau et Hugessen, J.C.A., se fondent sur des raisonnements différents, il faut les traiter séparément.

Marceau J.A. admitted [at page 569] that “interpreted strictly and in isolation, the provision in s. 13(2) of the Act does not directly contradict the submissions of the Attorney-General.” Nevertheless, he considered that the umpire was right to decide as he did for three reasons.

First, there was no provision in the Act or Regulations which either directly or indirectly authorized cumulative treatment of concurrent employment. Second, and correlatively, Marceau J.A. failed to see how a weekly benefit rate could be established on the basis of employment which had never been lost and earnings of which the claimant had not been deprived without the Act making “clear provision” for such. This was held to be so irrespective of whether a claimant was in receipt of severance pay. Finally, Marceau J.A. pointed out that the Commission’s interpretation of subsection 13(2) of the Act defied the legal requirement that the claimant have suffered an interruption of earnings in order to be eligible for benefits: “The result is that in most cases where only one of two concurrent employments is lost, there could never be an interruption of earnings and accordingly no entitlement to benefits”; *Fortin, supra*, at page 571. In short, the claimant would suffer a reduction as opposed to an interruption of earnings. Marceau J.A. went on to opine that for a reduction of earnings to be treated as an interruption of earnings there would have to be an express provision to this effect as prescribed by section 2 of the Act which defines “interruption of earnings.” In the end, he concluded that the claimant’s last twenty weeks of insurable employment within the meaning of subsection 13(2) of the Act were the twenty weeks preceding her termination of full-time employment on January 23, 1987.

Hugessen J.A. began his analysis on the supposition that even if the Commission had been right to accept that subsection 13(2) of the Act required it to determine the claimant’s benefit rate based on the twenty weeks preceding May 7, 1987 (the date the claimant was deemed to have suffered an interruption of earnings) the result would have been the same. In his opinion, the claimant’s earnings from insurable employment in the qualifying period included not

Le juge Marceau, J.C.A., a reconnu [à la page 569] «qu’interprétée isolément et de façon stricte, la disposition du paragraphe 13(2) de la Loi ne contredit pas directement les soumissions du Procureur général». Néanmoins, il a décidé que le juge-arbitre avait eu raison de décider comme il l’avait fait, pour trois raisons.

Premièrement, aucune disposition de la Loi ou du Règlement n’autorise directement ni indirectement le traitement cumulatif d’emplois concurrents. Deuxièmement, et corrélativement, le juge Marceau, J.C.A., ne voyait pas comment, sans «texte clair» à cet effet, il serait possible de calculer le taux des prestations hebdomadaires à partir d’un emploi qui n’a jamais été perdu et sur la base d’une rémunération dont le prestataire n’a jamais été privé. Il a précisé qu’il en était ainsi sans égard au fait que le prestataire reçoive ou non une indemnité de départ. Enfin, le juge Marceau, J.C.A., a souligné que l’interprétation donnée par la Commission au paragraphe 13(2) de la Loi allait à l’encontre de l’exigence légale voulant que le prestataire ait subi un arrêt de rémunération pour être admissible aux prestations: «Le résultat est que dans la plupart des cas de perte d’un seul de deux emplois concurrents, il ne pourrait jamais y avoir arrêt de rémunération et partant aucun droit à des bénéficiaires»; *Fortin, supra*, à la page 571. Bref, le prestataire subirait une réduction de rémunération plutôt qu’un arrêt de rémunération. Le juge Marceau, J.C.A., a ajouté qu’une réduction de rémunération ne peut être traitée comme un arrêt de rémunération que s’il existe une prescription expresse à cet effet, comme l’exige l’article 2 qui définit l’expression «arrêt de rémunération». Enfin, il a conclu que les vingt dernières semaines d’emploi assurable du prestataire, au sens du paragraphe 13(2) de la Loi, étaient les vingt semaines précédant la fin de son emploi à temps plein survenue le 23 janvier 1987.

Le juge Hugessen, J.C.A., a commencé son analyse en supposant que, même si la Commission avait eu raison de prétendre que le paragraphe 13(2) l’obligeait à établir le taux des prestations de la prestataire à partir des vingt semaines précédant le 7 mai 1987 (la date à laquelle la prestataire était réputée avoir subi un arrêt de rémunération), le résultat aurait été le même. Selon lui, sa rémunération provenant de ses emplois assurables pendant la période de référence

only her part-time work but also those amounts which were allocated weekly from her severance pay. However, as the claimant sought only benefits based on earnings from her full-time employment, there was no basis on which to intervene with the decision below and, accordingly, Hugessen J.A. was prepared to dismiss the application for judicial review.

For purposes of this application, it is important to appreciate the basis on which Hugessen J.A. was able to conclude that the severance pay ought to have been included in her earnings from insurable employment within the qualifying weeks. At the heart of his analysis is paragraph 57(2)(a) [as am. by SOR/84-32, s. 8] of the Regulations as it read at that time:

57....

(2) Subject to this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under section 26 or subsection 29(4), 30(5) or 32(3) of the Act and for all other purposes related to the payment of benefit under Part II of the Act are

(a) the entire income of a claimant arising out of any employment. [Emphasis is mine.]

From the above provision, it is apparent that the entire income of a claimant arising out of his or her employment is to be taken into account, not only for the purpose of determining whether and when an insured person has suffered an interruption of earnings, but "for all other purposes" related to the payment of benefits. Thus, Hugessen J.A. reasoned that the severance pay could also be used for the purpose of calculating the claimant's weekly benefit rate. In support of this conclusion, he turned to an earlier decision of this Court in *Re Anderson and Umpire under Unemployment Insurance Act, 1971* (1985), 23 D.L.R. (4th) 292 (F.C.A.).

In *Re Anderson*, the Commission had argued that the value of accommodation provided by the claimant's employer was not to be included as part of his insurable earnings for the purpose of calculating his weekly benefit rate. Pursuant to paragraph 57(2)(a), this Court held otherwise and notwithstanding the

comprenait non seulement celle qu'elle tirait de son emploi à temps partiel, mais aussi les montants correspondant à la répartition hebdomadaire de son indemnité de départ. Toutefois, comme la demande de prestations de la prestataire était fondée uniquement sur la rémunération provenant de son emploi à temps plein, rien ne justifiait que la Cour modifie la décision dont appel a été interjeté et, par conséquent, le juge Hugessen, J.C.A., était disposé à rejeter la demande de contrôle judiciaire.

Pour régler la présente demande, il est important d'apprécier le fondement de la conclusion du juge Hugessen, J.C.A., portant que l'indemnité de départ devait être incluse dans la rémunération provenant d'un emploi assurable pendant les semaines de référence. Son analyse est centrée sur l'alinéa 57(2)a) [mod. par DORS/84-32, art. 8] du Règlement tel qu'il se lisait alors:

57....

(2) Sous réserve du présent article, la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération et quel est le montant à déduire des prestations payables en vertu de l'article 26 ou des paragraphes 29(4), 30(5) ou 32(3) de la Loi, et à toutes autres fins relatives au paiement de prestations en vertu de la Partie II de la Loi, comprend

a) le revenu intégral du prestataire provenant de tout emploi. [Non souligné dans le texte original.]

Il ressort de la disposition reproduite ci-haut que la totalité du revenu d'un prestataire provenant de tout emploi doit être prise en compte non seulement pour déterminer si et quand un assuré a subi un arrêt de rémunération, mais «à toutes autres fins» relatives au paiement de prestations. Par conséquent, le juge Hugessen, J.C.A., a statué que l'indemnité de départ pouvait aussi être utilisée aux fins du calcul du taux des prestations hebdomadaires de la prestataire. À l'appui de cette conclusion, il a invoqué un arrêt antérieur de la Cour, *Re Anderson et le juge-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (1985), 23 D.L.R. (4th) 292 (C.A.F.).

Dans l'affaire *Anderson*, la Commission avait soutenu que la valeur du logement fourni par l'employeur du prestataire ne devait pas être incluse dans la rémunération assurable aux fins du calcul du taux de ses prestations hebdomadaires. En application de l'alinéa 57(2)a), la Cour en a décidé autrement, mal-

fact that the claimant would not necessarily have paid premiums on the value of the accommodation provided.

On the basis of *Re Anderson*, Hugessen J.A. reasoned that severance pay should be deemed part of the claimant's insurable earnings for the purpose of calculating her weekly benefit rate. He also drew attention to the fact that amendments had been made to the Regulations which had the effect of reversing the holding in *Re Anderson*. Paragraph 57(2)(a) was amended [SOR/88-142, s. 3] by deleting the phrase "for all other purposes related to the payment of benefit under Part II of the Act." As well, section 36.1 was added [*idem*, s. 2] to the Regulations. It currently provides as follows:

36.1 The earnings to be taken into account for the purpose of determining the average weekly insurable earnings in the qualifying weeks of a claimant are those earnings for which a premium was payable.

As Hugessen J.A. explained, it was through these amendments that the Commission was able to re-establish the understanding that claimants would be entitled only to benefits based on earnings for which he or she has paid insurance premiums. As well, the amendments had the effect of clarifying the Commission's position that whether or not earnings are insurable is a question to be decided solely by the Minister under the *Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations* [C.R.C., c. 1575] and not by the Commission under the *Unemployment Insurance Regulations*. In *Re Anderson*, this Court effectively ruled that a weekly benefit rate could be calculated by reference to earnings irrespective of whether the Minister would have considered them insurable.

As fate would have it however, the amendments did not come into effect until February 25, 1988 and hence had no impact on the claimant's claim in *Fortin* which dated from May, 1987. Thus, Hugessen J.A. was able to conclude that the weekly benefit rate could be calculated by reference to the severance pay; compare with *Lépine-Desmarchais v. Canada (Empire appointed under Unemployment Insurance*

gré que le prestataire n'ait pas nécessairement versé de cotisations sur la valeur du logement fourni.

a En se fondant sur l'affaire *Anderson*, le juge Hugessen, J.C.A., a conclu que l'indemnité de départ devait être réputée faire partie de la rémunération assurable de la prestataire aux fins du calcul du taux de ses prestations hebdomadaires. Il a aussi souligné b que des modifications avaient été apportées au Règlement et qu'elles avaient pour effet d'écarter la règle énoncée dans *Anderson*. L'alinéa 57(2)a) a été modifié [DORS/88-142, art. 3] par le retrait des mots «à c toutes autres fins relatives au paiement de prestations en vertu de la Partie II de la Loi.» En outre, l'article 36.1 a été ajouté [*idem*, art. 2] au Règlement. Il prévoit maintenant:

d 36.1 La rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer la moyenne des rémunérations hebdomadaires assurables au cours des semaines de référence d'un prestataire est celle pour laquelle une cotisation était payable.

e Comme l'a expliqué le juge Hugessen, J.C.A., c'est en raison de ces modifications que la Commission a pu rétablir le principe voulant que le prestataire ait droit uniquement à des prestations fondées sur la rémunération à l'égard de laquelle il a versé des cotisations d'assurance-chômage. De plus, ces modifications f ont eu pour effet de clarifier la position de la Commission selon laquelle la question de savoir si une rémunération est assurable ou non doit être tranchée uniquement par le ministre en vertu du Règlement sur l'assurance-chômage (*perception des cotisations*) [C.R.C., ch. 1575], et non par la Commission g par application du Règlement sur l'assurance-chômage. Dans l'affaire *Anderson*, la Cour a effectivement décidé que le taux des prestations hebdomadaires h pouvait être calculé d'après la rémunération sans égard au fait que le ministre la considérerait comme assurable ou non.

i Le destin a cependant voulu que les modifications entrent en vigueur uniquement le 25 février 1988 et, par conséquent, qu'elles n'aient aucune incidence sur la demande de la prestataire dans l'affaire *Fortin* qui date de mai 1987. Par conséquent, le juge Hugessen, J.C.A., a pu conclure que le taux des prestations hebdomadaires devrait être calculé en tenant compte de j l'indemnité de départ; il convient de comparer ce rai-

Act, 1971), A-907-88, judgment dated October 24, 1989 not reported.

It is common ground that the amendments to the *Unemployment Insurance Regulations* are applicable to the case at hand. But I take it to be self-evident that those amendments do not detract from the reasoning of Marceau J.A. while rendering inapplicable the reasoning of Hugessen J.A. When viewed in this light, I do not think it can be said, as argued by the applicant, that *Fortin* is no longer good law or that it has been effectively overruled as a result of the amendments. Nor do I believe that the decision of this Court in *Rose* undermines this understanding.

Admittedly, in *Rose*, the Court did state that *Fortin* "is no longer applicable in view of the coming into force of section 36.1 of the *Unemployment Insurance Regulations*." It is equally true, however, that the facts in *Rose* differ materially from those in *Fortin* and also those before us.

In *Rose*, the claimant was engaged in full-time insurable employment for forty-two weeks in her qualifying period, after which her full-time hours were reduced. She then worked eight weeks on a part-time basis for the same employer before being laid off. Applying section 13 of the Act, the Commission calculated the claimant's benefit rate by reference to the last twenty weeks of insurable employment which necessarily included the reduced earnings during the period she was working part-time. Based on the clear wording of the statute, this Court was not prepared to conclude, as did the umpire, that only the claimant's full-time earnings should have been taken into consideration for the purpose of calculating the weekly benefit rate. The *Rose* case concluded that the benefit rate was to be determined with reference to both the part-time and full-time wages on the basis of section 36.1 of the Regulations. In my opinion, the wisdom of *Rose* cannot be doubted as it applies to its facts. However, as noted, the facts and issue before us are materially different.

sonnement à l'arrêt *Lépine-Desmarchais c. Canada* (Juge-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage), A-907-88, jugement non publié, en date du 24 octobre 1989.

Tous reconnaissent que les modifications apportées au *Règlement sur l'assurance-chômage* s'appliquent en l'espèce. Je crois cependant qu'il va de soi que ces modifications ne s'écartent pas du raisonnement adopté par le juge Marceau, J.C.A., mais rendent inapplicable le raisonnement du juge Hugessen, J.C.A. Sous cet angle, je ne pense pas qu'on puisse affirmer, comme le prétend le requérant, que l'arrêt *Fortin* ne correspond plus à l'état du droit, ni que ces modifications l'ont effectivement écarté. Je ne crois pas non plus que la décision de la Cour dans l'affaire *Rose* porte atteinte à ce raisonnement.

Il est admis que, dans l'affaire *Rose*, la Cour a déclaré que l'affaire *Fortin* «ne s'applique plus, compte tenu de l'entrée en vigueur de l'article 36.1 du *Règlement sur l'assurance-chômage*». Il est aussi vrai, toutefois, que les faits de l'affaire *Rose* diffèrent de façon importante de ceux dont découle l'affaire *Fortin* et de ceux dont nous sommes saisis.

Dans *Rose*, la prestataire a occupé un emploi assurable à temps plein pendant quarante-deux semaines au cours de sa période de référence, après quoi ses heures de travail à temps plein ont été réduites. Elle a alors travaillé huit semaines à temps partiel pour le même employeur avant d'être mise à pied. La Commission a appliqué l'article 13 de la Loi et calculé le taux des prestations de la prestataire d'après les vingt dernières semaines d'emploi assurable qui comprenaient nécessairement la période au cours de laquelle elle avait travaillé à temps partiel et reçu une rémunération réduite. Compte tenu du libellé clair de la Loi, la Cour n'était pas disposée à conclure, comme le juge-arbitre, que seule la rémunération à temps plein de la prestataire aurait dû être prise en compte pour calculer le taux des prestations hebdomadaires. L'arrêt *Rose* a conclu que le taux des prestations devait être déterminé d'après la rémunération à la fois du travail à temps partiel et du travail à temps plein, par application de l'article 36.1 du Règlement. Selon moi, on ne peut douter de la sagesse de la décision rendue dans l'affaire *Rose*, compte tenu des faits en cause. Toutefois, comme je l'ai signalé, les faits et la

Rose was a case involving a claimant who experienced a reduction in earnings with her employer prior to being laid off. In effect, the claimant in that case argued that the weekly benefit rate should have been based on earnings received during her best twenty weeks of insurable employment and not on those earned during her last twenty weeks of insurable employment during the qualifying period. By contrast, we are being asked to decide whether "the last twenty weeks of insurable employment" prescribed by section 13 of the Act refers to the employment which had been lost or to that which had been retained.

Fortin and the present case deal with a claimant who, having received severance pay, is employed part-time during the period he or she was laid off. This case and *Fortin* differ only to the extent that, in *Fortin*, the claimant held the part-time employment prior to, as well as subsequent to, being laid off. This distinction, however, is in my view one without difference. In both cases, this Court was asked to decide whether employment held between the date the claimant was laid off and the date on which benefits could be claimed was to be used in calculating the weekly benefit rate.

Throughout the appeal and review process, the respondent in this case has advanced two principal arguments in support of his position. The first hinges on the acceptance of the reasoning of Marceau J.A. in *Fortin*. From those reasons I am able to extract two rules or principles of general application: (1) two employments held concurrently by a claimant should be dealt with separately; and (2) only the employment lost by the claimant should be considered in calculating benefits. Only the latter is of relevance to this application.

The respondent's second argument seeks to establish that severance pay constitutes earnings from insurable employment. That is to say severance pay are "earnings for which a premium was payable" as required by section 36.1 of the Regulations. Consequently, it is submitted that the severance pay received from Dominion Bridge should be used in

question dont nous sommes saisis, sont très différents.

Dans l'affaire *Rose*, la prestataire avait subi une réduction de rémunération au service de son employeur avant d'être mise à pied. En effet, la prestataire soutenait que son taux des prestations hebdomadaires devait être fondé sur la rémunération reçue au cours de ses vingt semaines d'emploi assurable les mieux rémunérées et non au cours de ses vingt dernières semaines d'emploi assurable au cours de la période de référence. En l'espèce, on nous demande plutôt de décider si les «vingt dernières semaines d'emploi assurable» prévues à l'article 13 de la Loi renvoient à l'emploi qui a été perdu ou à celui qui a été conservé.

Dans l'affaire *Fortin*, et en l'espèce, les prestataires, qui ont reçu une indemnité de départ, ont travaillé à temps partiel pendant leur mise à pied. La seule différence à établir entre ces deux causes est la suivante: dans l'affaire *Fortin*, la prestataire occupait un emploi à temps partiel tant avant qu'après sa mise à pied. Cette distinction n'a toutefois aucune conséquence selon moi. Dans les deux cas, on a demandé à la Cour de décider si l'emploi occupé par les prestataires entre le moment de leur mise à pied et la date à laquelle ils pouvaient demander des prestations devait être pris en compte pour calculer le taux de leurs prestations hebdomadaires.

Tout au long de l'appel et de la procédure en contrôle judiciaire, l'intimé en l'espèce a fait valoir deux arguments principaux à l'appui de sa position. Le premier tient à l'acceptation du raisonnement du juge Marceau, J.C.A., dans l'affaire *Fortin*. Je peux tirer deux règles ou principes d'application générale de ces motifs: (1) deux emplois occupés simultanément par un prestataire doivent être traités séparément; et (2) seul l'emploi perdu par le prestataire doit être pris en compte pour le calcul des prestations. Seule cette dernière règle est pertinente en l'espèce.

Le deuxième argument de l'intimé vise à établir que l'indemnité de départ constitue une rémunération provenant d'un emploi assurable. Cela signifie que l'indemnité de départ constitue une rémunération «pour laquelle une cotisation était payable» conformément aux exigences de l'article 36.1 du Règlement. En conséquence, on prétend que l'indemnité de

calculating the benefit rate; but see *Lépine-Desmarchais v. Canada*, *supra*. However, in light of the position that I adopt below with respect to the first argument, it becomes unnecessary to deal with the second.

In my opinion, the reasoning of Marceau J.A. is unassailable. The underlying purpose of the Act is to provide a claimant with financial support until such time as he or she is able to find comparable employment. It is my understanding that it is not the purpose of the Act to discourage claimants from seeking part-time employment which is precisely the case before us. As Hugessen J.A. adroitly noted in *Fortin*, at page 573, the Commission's interpretation "would only seem to encourage laziness."

By seeking and obtaining part-time employment, the respondent would be penalized by the Commission, not so much because he had obtained part-time employment with Burns Security, but because he was in receipt of severance pay which had the effect of deferring the date on which it could be said that he suffered an interruption of earnings. Had the respondent not received the lump sum payment, he would have been entitled to a weekly benefit rate based on his earnings with Dominion Bridge. Moreover, in accordance with the limitations set out in section 15 of the Act, any part-time insurable earnings received from Burns Security during a benefit week would be deducted from the respondent's unemployment benefits if they exceeded the limits provided in that section. Section 15 of the Act, therefore, prevents claimants from over-supplementing benefits deriving from lost full-time employment. I fail to see, however, how the additional fact that the respondent received severance monies from his employer should deprive the claimant of the entitlement that would otherwise flow from the loss of his full-time position.

I have not been persuaded that there are any sound policy reasons for adopting a strict interpretation of section 13 of the Act. This is not a case in which the Court is being asked to impose a patently harsh result which is in accord with Parliament's clear intent. The reality is that we are dealing with a legal issue within

départ reçue de la Dominion Bridge devrait être utilisée pour calculer le taux des prestations; voir, par contre, l'affaire *Lépine-Desmarchais c. Canada*, *supra*. Toutefois, compte tenu de ma conclusion relativement au premier argument, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur le deuxième.

Selon moi, le raisonnement du juge Marceau, J.C.A., est inattaquable. L'objet de la Loi est de fournir une aide financière aux prestataires jusqu'à ce qu'ils soient en mesure de trouver un emploi comparable. Selon ma compréhension de la Loi, elle ne vise pas à décourager les prestataires de chercher un emploi à temps partiel, ce qui s'est produit en l'espèce. Comme le juge Hugessen, J.C.A., l'a habilement souligné dans l'affaire *Fortin*, à la page 573, l'interprétation de la Commission «semble ne favoriser que l'oisiveté».

En cherchant et en trouvant un emploi à temps partiel, l'intimé sera pénalisé par la Commission, non pas tant parce qu'il a trouvé un emploi à temps partiel au service de la Burns Security, mais parce qu'il a reçu une indemnité de départ qui a eu pour effet de reporter la date à laquelle on peut affirmer qu'il a subi un arrêt de rémunération. Si l'intimé n'avait pas reçu une somme globale, il aurait eu droit à un taux des prestations hebdomadaires fondé sur la rémunération qu'il recevait de la Dominion Bridge. De plus, en conformité avec les limites établies à l'article 15 de la Loi, la rémunération assurable tirée d'un emploi à temps partiel au service de la Burns Security au cours d'une semaine lui donnant droit à des prestations devra être déduite des prestations d'assurance-chômage de l'intimé si elle est supérieure aux limites fixées. L'article 15 de la Loi empêche donc les prestataires d'ajouter aux prestations découlant de la perte de leur emploi à temps plein des revenus additionnels excessifs. Je ne vois toutefois pas comment l'indemnité de départ reçue par l'intimé de son employeur devrait lui faire perdre les droits que lui donnerait autrement la fin de son emploi à temps plein.

Je ne suis pas convaincu qu'une question de principe valable justifie qu'on interprète strictement l'article 13 de la Loi. Il ne s'agit pas d'un cas où on demande à la Cour d'imposer un résultat manifestement dur en conformité avec l'intention claire du législateur. Le fait est que nous devons régler une

a factual context not contemplated by Parliament. Neither the Act nor the Regulations remotely touch on the issue before us. That being so, I am not prepared to embrace a restrictive interpretation which is effectively penal in nature and which has not been shown to further any legislative objective. Had the applicant been able to demonstrate, for example, that the interpretation placed on section 13 by Marceau J.A. created a window of opportunity for those intent on pursuing dubious claims or gaining a windfall at the expense of those who must bear the cost of this compensation scheme then it would be incumbent on this Court to reflect on such exigences. As there is no evidence of such, I am driven to the inescapable conclusion, as was Marceau J.A., that it is simply *prima facie* illogical that unemployment benefits be based on employment which has never been lost. This conclusion is reinforced by subsection 13(1) of the Act which refers to a weekly benefit payable "for a week of unemployment." Accordingly, I would dismiss the application.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

question juridique dans un contexte factuel que le législateur n'a pas envisagé. Ni la Loi ni le Règlement ne traitent, même de loin, la question que nous devons trancher. Compte tenu de la situation, je ne suis pas disposé à adopter une interprétation restrictive qui serait en fait à caractère pénal et dont on n'a pas démontré qu'elle servirait les objectifs de la Loi. Si le requérant avait été en mesure d'établir, par exemple, que l'interprétation donnée à l'article 13 par le juge Marceau, J.C.A., créait une brèche en faveur de ceux qui voudraient faire valoir des demandes douteuses ou toucher des gains inattendus aux dépens de ceux qui doivent supporter le coût de ce régime compensatoire, la Cour devrait en tenir compte. Comme aucun élément de preuve n'a été produit à cet effet, je n'ai d'autre choix que de conclure, comme le juge Marceau, J.C.A., qu'il est simplement illogique, à première vue, que les prestations d'assurance-chômage soient établies d'après un emploi qui n'a jamais été perdu. Cette conclusion est renforcée par le paragraphe 13(1) de la Loi qui fait état des prestations hebdomadaires payables «pour une semaine de chômage». En conséquence, je rejeterais la demande.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

	T-1951-91		T-1951-91
Taiyo Gyogyo K.K. (Plaintiff)		Taiyo Gyogyo K.K. (demanderesse)	
v.		c.	
The Owners and All Others Interested in the Ship "Tuo Hai", Tianjin Ocean Shipping Co., and China Ocean Shipping Company (Defendants)		Les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire «Tuo Hai», Tianjin Ocean Shipping Co., et China Ocean Shipping Company (défenderesses)	
	T-2058-91		T-2058-91
Her Majesty the Queen (Plaintiff)		Sa Majesté la Reine (demanderesse)	
v.		c.	
(In Rem) The Ship "Tenyo Maru", Her Owners, Taiyo Gyogyo K.K. and All Others Interested in Her; The Ship "Tuo Hai", Her Owners, Tianjin Ocean Shipping Company and China Ocean Shipping Company, and All Others Interested in Her and (In Personam) Taiyo Gyogyo K.K., Tianjin Ocean Shipping Company, China Ocean Shipping Company, Tashiro Tadao, Chen Bing Tian (Defendants)		(In Rem) Le navire «Tenyo Maru», ses propriétaires, Taiyo Gyogyo K.K. et toute autre personne ayant un droit sur ce navire, le navire «Tuo Hai», ses propriétaires, Tianjin Ocean Shipping Company et China Ocean Shipping Company, ainsi que toute autre personne ayant un droit sur ce navire et (In Personam) Taiyo Gyogyo K.K., Tianjin Ocean Shipping Company, China Ocean Shipping Company, Tashiro Tadao, Chen Bing Tian (défendeurs)	
and		et	
Administrator of the Ship-Source Oil Pollution Fund (Party by Statute)		L'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (partie de par la Loi)	
	T-1806-93		T-1806-93
Tianjin Ocean Shipping Company, China Ocean Shipping Company and Chen Bing Tian (Plaintiffs)		Tianjin Ocean Shipping Company, China Ocean Shipping Company et Chen Bing Tian (demandeurs)	
v.		c.	
Taiyo Gyogyo K.K., Her Majesty the Queen, The Administrator of the Ship-Source Oil Pollution Fund, and all and every person or persons whomsoever, claiming or being entitled to claim in respect of damage or loss arising out of the collision between the Ship "Tuo Hai" and the Ship "Tenyo Maru" (Defendants)		Taiyo Gyogyo K.K., Sa Majesté la Reine, l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires et toute autre personne présentant une réclamation ou étant en droit de présenter une réclamation à l'égard du préjudice ou de la perte découlant de la collision entre le navire «Tuo Hai» et le navire «Tenyo Maru» (défendeurs)	

INDEXED AS: TAIYO GYOGYO K.K. v. TUO HAI (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: TAIYO GYOGYO K.K. c. TUO HAI (LE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Toronto, September 12; Ottawa, September 27, 1994.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 12 septembre; Ottawa, 27 septembre 1994.

Practice — Pleadings — Amendments — Motions to add specific allegations of negligence by Crown agents to general allegations already pleaded in statements of defence in action to recover costs of cleaning up oil spill after collision between two vessels, to counterclaim for damages and to plead indemnification by Crown in collision action — Motions allowed — Lack of jurisdiction not established — Amendments not alleging new cause of action as merely adding specificity to allegation of Crown's negligence — Indemnification claims not statute barred as liability for indemnification by third party not commencing until liability of principal party established — Although counterclaims against Crown new causes of action, not out of time — Any prejudice caused by amendments outweighed by "justness" of allowing amendment.

a

Pratique — Plaidoiries — Modifications — Requêtes en vue d'ajouter des allégations précises de négligence de la part des préposés de la Couronne aux allégations générales déjà plaidées dans les défenses déposées dans le cadre de l'action en recouvrement des coûts de nettoyage des dégâts causés par la nappe de pétrole due à la collision entre deux navires, à la demande reconventionnelle en dommages-intérêts et de réclamer, dans le cadre de l'action pour collision, réparation à la Couronne — Les requêtes sont accueillies — Le défaut de compétence n'a pas été établi — Les modifications demandées ne font pas état d'une cause d'action entièrement nouvelle; elles ne font qu'ajouter des précisions à l'allégation de négligence de la part de la Couronne — Les demandes en réparation ne se heurtent pas à la prescription car la responsabilité au niveau de l'indemnisation, de la part d'une tierce partie, n'est déclenchée qu'une fois établie la responsabilité de la partie principale — Bien que les demandes reconventionnelles contre la Couronne soient de nouvelles causes d'action, elles ne sont pas prescrites — L'opportunité d'autoriser les modifications l'emporte sur tout préjudice pouvant découler de celles-ci.

b

c

d

Practice — Limitation of actions — Federal Court Act, s. 39 providing provincial laws relating to limitation of actions applying to proceedings against Crown with respect to cause of action arising in province, otherwise limitation period six years — If cause of action arising out of collision occurring outside territorial waters, limitation period six years — Two-year limitation period set by B.C. Limitation Act not applicable under s. 4 as counterclaims relating to subject matter of original action, and just to allow amendments — Any prejudice caused by amendments outweighed by "justness" thereof.

e

f

g

Pratique — Prescription — L'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que les lois en matière de prescription d'actions qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent aux actions intentées contre la Couronne lorsque la cause d'action est née dans cette même province, le délai de prescription étant de six ans dans tous les autres cas — Si la cause d'action découlant de la collision est née hors des eaux territoriales, le délai de prescription sera de six ans — Le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 4 du Limitation Act de Colombie-Britannique ne s'applique pas aux demandes reconventionnelles qui sont «en rapport» avec le sujet même de l'action initiale et il était juste d'autoriser les modifications demandées — L'opportunité d'autoriser les modifications l'emporte sur tout préjudice pouvant découler de celles-ci.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to add specific allegations of negligence by Crown agents to general claims already pleaded in statements of defence, to counterclaim against Crown, to plead indemnification by Crown — Motions allowed — Lack of jurisdiction not established — Where cause of action occurred, whether B.C. Negligence Act applied properly addressed in argument after all evidence adduced — Inappropriate to refuse amendments on ground of lack of jurisdiction when case law, factual context unclear as to whether maritime law providing for liability by joint tortfeasors or based on contributory negligence.

h

i

j

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en vue d'ajouter des allégations précises de négligence de la part des préposés de la Couronne aux allégations générales déjà plaidées dans les défenses, en vue de déposer une demande reconventionnelle contre la Couronne et en vue de réclamer réparation à la Couronne — Les requêtes sont accueillies — Le défaut de compétence n'a pas été établi — La question de savoir où est née la cause d'action et si le Negligence Act de Colombie-Britannique s'applique en l'espèce ne saurait être débattue qu'une fois produit l'ensemble de la preuve — On ne saurait rejeter les demandes de modification en invoquant le défaut de compétence car l'état de la jurisprudence et les faits de la cause ne permettent pas de dire avec précision ce que prévoit le droit maritime au chapitre de la responsabilité des co-auteurs d'un délit ou en cas de faute de la victime.

Maritime law — Torts — Contributory negligence — Collision — Oil pollution of B.C. coast — Crown suing to recover clean up costs — Negligence on part of Crown agents (Coast Guard) alleged — Whether contributory negligence recognized in Canadian maritime law — Necessity for legislation to resolve uncertainty — Uncertain whether common law defences applied in maritime law case where contributory or joint negligence alleged.

These were motions to amend pleadings. The three actions herein related to a collision between the *Tuo Hai* and *Tenyo Maru* and to damages claimed as a result of oil pollution. Taiyo and Tianjin were the defendants to the Crown's action for recompense for the cost of cleaning up the oil pollution damage. Both sought to amend their statements of defence to the pollution action to add specific allegations of negligence by Crown agents (failure by members of the Canadian Coast Guard, Vessel Traffic Services, to warn by radio transmission from the shore) to the general claims already pleaded. They also sought to amend their pleadings in the collision action (Taiyo versus Tianjin) to plead indemnification by the Crown for any damage to the other party caused by the Crown, and in the pollution action to add a counterclaim against the Crown for damages suffered. The Crown opposed all amendments on the grounds that: (1) the Court had no jurisdiction to make an award of contributory negligence in that, the collision having occurred outside territorial waters, the B.C. *Negligence Act* did not apply, and because maritime law did not provide for such a claim; and (2) the amendments sought to assert an independent and new cause of action now statute barred.

Held, the motions should be allowed.

A lack of jurisdiction was not established. The question of where the cause of action arose and whether British Columbia legislation applied would be more properly addressed in argument after all the evidence had been adduced.

More importantly, the extent to which there may be a lacuna in Canadian maritime law, with respect to liability by joint tortfeasors or based on contributory negligence was unclear. Given the unsettled nature of the case law and the unavailability of a settled factual context, it would be inappropriate to refuse the amendments to the pleadings on the ground that the Court had no jurisdiction to grant the awards sought.

The amendments did not allege a whole new cause of action, now statute barred, in so far as the defence to the pollution action was concerned. Negligence on the part of the Crown

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Faute contributive — Collision — Pollution de la côte de la Colombie-Britannique par une nappe de pétrole — La Couronne intente une action en recouvrement des frais de nettoyage — On fait valoir une négligence de la part de préposés de la Couronne (Garde côtière) — Question de savoir si le droit maritime canadien reconnaît la faute contributive — Nécessité de mesures législatives permettant d'éliminer les incertitudes sur ce point — Il n'est pas certain si les moyens de défense de la common law s'appliquent en droit maritime en cas de faute contributive ou commune.

Il s'agissait de requêtes en modifications des plaidoiries. Les trois actions engagées en l'espèce avaient trait à la collision entre le *Tuo Hai* et le *Tenyo Maru* et aux dommages-intérêts réclamés en raison de la pollution due à un déversement de pétrole. La Taiyo et la Tianjin sont les défenderesses dans le cadre de l'action intentée par la Couronne pour remboursement des frais de nettoyage des dégâts causés par la nappe de pétrole. Elles demandaient toutes les deux l'autorisation de modifier leurs défenses dans l'action pour pollution afin d'ajouter aux allégations générales de négligence des allégations précises de négligence de la part de préposés de la Couronne (faisant valoir que les membres de la Garde côtière canadienne, Services du trafic maritime, n'avaient pas lancé d'avertissement radio à partir de la côte). Elles demandaient également à modifier leurs plaidoiries dans l'action pour collision (Taiyo c. Tianjin) afin de réclamer à la Couronne dédommagement pour tout dommage que la Couronne aurait causé à l'autre partie, et dans l'action pour pollution afin d'ajouter une demande reconventionnelle à l'encontre de la Couronne pour le préjudice subi. La Couronne s'est opposée à toutes ces modifications aux motifs que (1) la Cour n'avait pas compétence pour trancher en fonction du partage des torts car, la collision s'étant produite hors des eaux territoriales, le *Negligence Act* de la Colombie-Britannique n'était pas applicable et, aussi, que le droit maritime ne connaît pas de ce genre de réclamation; et (2) que par le biais des modifications sollicitées, les demanderesses tentaient d'introduire une nouvelle cause d'action distincte, atteinte d'ailleurs par la prescription.

Jugement: les requêtes sont accueillies.

Le défaut de compétence n'a pas été établi. La question de savoir où est née la cause d'action, et le point de savoir si c'est la législation de la Colombie-Britannique qui lui est applicable, ne sauraient être débattus avant que n'ait été produit l'ensemble de la preuve.

Plus important encore, on ne connaît pas avec précision quelles sont les lacunes du droit maritime canadien au chapitre de la responsabilité des co-auteurs d'un délit ou en cas de faute de la victime. Étant donné les incertitudes de la jurisprudence et le fait qu'on ne dispose pas d'un ensemble de faits cohérents, il n'y a pas lieu de rejeter les demandes de modification des plaidoiries au simple motif que la Cour n'aurait pas eu la compétence d'accorder les redressements sollicités.

Les modifications demandées ne faisaient pas état d'une cause d'action entièrement nouvelle, et atteinte, de surcroît, par la prescription, en ce qui concerne l'action pour pollution. Dès

was alleged in the defence from the beginning and the amendments merely added specificity to those allegations. The claims for indemnification were not statute barred. Liability for indemnification by a third party does not commence until liability on the part of the principal party has been found. The counterclaims against the Crown in the pollution action were for damages arising directly as a result of the accident and as a result of the alleged negligence of the Crown. As such, they are new causes of action. *Federal Court Act*, section 39 provides that the laws relating to the limitation of actions which are in force between subject and subject in a province apply to proceedings by or against the Crown with respect to a cause of action arising in that province. In all other cases the limitation period is six years. Thus, if the cause of action arose outside the province of British Columbia, the limitation period was six years. The claims were commenced well within that period. If the limitation period were governed by the British Columbia legislation, the two-year limitation period was still not applicable. Paragraph 4(1)(a) of the *Limitation Act* provides that the two-year time limit did not apply to counterclaims relating to or connected with the subject matter of the original action. Under subsection 4(4) a Court may allow amendments of pleadings which include a new cause of action when the Court considers it just to do so. To the extent that actions by the Crown may have contributed to the collision, claims by the defendants arising therefrom are connected to the subject matter of the original action. The circumstances fell directly within the exception described in paragraph 4(1)(a), but in any event the amendments should be allowed pursuant to subsection 4(4). Any prejudice caused by the amendments would be outweighed by the "justness" of allowing the amendment. The amendments to the statement of defence in the pollution action alone will dictate that all relevant evidence concerning the Crown's involvement will be before the Court. The issues will be fully litigated and decided whether or not the counterclaim is allowed. That the Crown will be exposed to increased financial liability arising from the counterclaim did not weigh heavily enough in the balance to justify denying the amendment. It was not until the consolidation of the pollution and collision actions last May and the attendant discoveries that the defendants became fully aware of the potential claim.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 565.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10).

le départ, cette défense invoquait la négligence de la Couronne et les modifications demandées ne faisaient qu'ajouter un certain nombre de précisions à ces demandes. Les demandes d'indemnisation ne se heurtaient pas à la prescription. La responsabilité au niveau de l'indemnisation, de la part d'une tierce partie, n'est déclenchée qu'une fois établie la responsabilité de la partie principale. Dans l'action pour pollution, les demandes reconventionnelles présentées à l'encontre de la Couronne étaient respectivement fondées sur le préjudice direct subi en raison de l'accident et en raison de la négligence reprochée à la Couronne. En cela, il s'agit donc de nouvelles causes d'action. L'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que les lois en matière de prescription d'action qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers, s'appliquent aux actions intentées par la Couronne, ou contre elle, lorsque la cause d'action est née dans cette même province. Dans tous les autres cas, le délai de prescription est de six ans. Donc, si la cause d'action est née en dehors des limites territoriales de la Colombie-Britannique, le délai de prescription était de six ans. Or, les actions en question ont été engagées largement dans le délai ainsi prévu. Mais même si, en l'espèce, la prescription était régie par les règles de la Colombie-Britannique, le délai de prescription de deux ans ne s'appliquerait pas non plus. L'alinéa 4(1)a) du *Limitation Act* prévoit que le délai de prescription de deux ans ne s'applique pas aux demandes reconventionnelles lorsque celles-ci sont «en rapport» avec le sujet même de l'action initiale. Le paragraphe 4(4) permet à la Cour d'autoriser la modification de plaidoiries, même si l'on s'agit d'invoquer une nouvelle cause d'action, à chaque fois que la Cour estime qu'il y a lieu de le faire. Dans la mesure où, par certains agissements, la Couronne a peut-être elle-même contribué à la collision, les demandes présentées par les défendresses et fondées sur ces agissements sont bien en rapport avec le sujet de l'action initiale. La situation en question relève carrément de l'exception prévue à l'alinéa 4(1)a), mais, en tout état de cause, le paragraphe 4(4) incite à autoriser les modifications demandées. L'opportunité d'autoriser les modifications doit l'emporter sur le préjudice éventuel que pourraient entraîner celles-ci. Les modifications apportées aux défenses présentées dans le cadre de l'action pour pollution vont, à elles seules, assurer que toutes les preuves pertinentes touchant le rôle joué par la Couronne seront effectivement produites devant la Cour. Les questions en cause seront pleinement débattues en justice et seront tranchées quelle que soit l'issue de la demande reconventionnelle. Les incidences financières que pourrait avoir, pour la Couronne, le fait de voir sa responsabilité retenue dans le cadre de la demande reconventionnelle n'est pas d'une gravité justifiant le rejet des demandes de modification. Ce n'est qu'au mois de mai dernier, lors de la jonction de l'action pour pollution et de l'action pour collision, et dans le cadre des communications préalables, que les défendresses ont compris qu'il leur était possible de procéder ainsi.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 4.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10).

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 4.
Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 228.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985),
ch. S-9, art. 565.
Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 228.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al. (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271 (Nfld. S.C.T.D.).

REFERRED TO:

United States, The (1865), 12 L.T.R. 33 (P.C.); *B.C. Hydro and Power Authority v. Kees van Western et al. and District of Kitimat et al.*, [1974] 3 W.W.R. 20 (B.C.S.C.).

AUTHORS CITED

Canada. Dept. of Justice. *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts*.

MOTIONS to amend statements of defence to add specifics to the general allegation of negligence of Crown agents in the pollution action, to plead indemnification against the Crown in the collision action, and to counterclaim against the Crown for damages suffered. Motions allowed.

COUNSEL:

Peter Bernard and *Gary Wharton* for Taiyo Gyogyo K.K. (plaintiff in T-1951-91, defendant in T-2058-91 and T-1806-93).

J. D. L. Morrison and *Mark Sachs* for The Owners and All Others Interested in the Ship *Tuo Hai*, Tianjin Ocean Shipping Company and China Ocean Shipping Company (defendants in T-1951-91 and T-2058-91, plaintiffs in T-1806-93).

Gunnar O. Eggertson, *Nancy E. Oster* and *George C. Carruthers* for Her Majesty the Queen (plaintiff in T-2058-91).

David F. McEwen for Administrator of the Ship-Source Oil Pollution Fund (party by statute in T-2058-91, defendant in T-1806-93).

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al. (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

United States, The (1865), 12 L.T.R. 33 (P.C.); *B.C. Hydro and Power Authority v. Kees van Western et al. and District of Kitimat et al.*, [1974] 3 W.W.R. 20 (C.S.C.-B.).

DOCTRINE

Canada. Ministère de la Justice. *Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité maritime*.

REQUÊTES en modification des défenses afin d'ajouter des précisions aux allégations générales de négligence de la part de préposés de la Couronne dans le cadre de l'action pour pollution, afin de réclamer réparation à la Couronne dans le cadre de l'action pour collision, et afin d'intenter contre la Couronne une action reconventionnelle pour préjudice subi. Les requêtes sont accueillies.

f AVOCATS:

Peter Bernard et *Gary Wharton* pour Taiyo Gyogyo K.K. (demanderesse dans le dossier T-1951-91 et défenderesse dans les dossiers T-2058-91 et T-1806-93).

J. D. L. Morrison et *Mark Sachs* pour les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire *Tuo Hai*, Tianjin Ocean Shipping Company et China Ocean Shipping Company (défendeurs dans les dossiers T-1951-91 et T-2058-91, demandeurs dans le dossier T-1806-93).

Gunnar O. Eggertson, *Nancy E. Oster* et *George C. Carruthers* pour Sa Majesté la Reine (demanderesse dans le dossier T-2058-91).

David F. McEwen pour l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (partie de par la Loi dans le dossier T-2058-91, défendeur dans le dossier T-1806-93).

SOLICITORS:

Campney & Murphy, Vancouver, for plaintiff.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for The Owners and All Others Interested in the Ship *Tuo Hai*, Tianjin Ocean Shipping Company and China Ocean Shipping Company (defendants in T-1951-91 and T-2058-91, plaintiffs in T-1806-93).

Deputy Attorney General of Canada for Her Majesty the Queen (plaintiff in T-2058-91).

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for Administrator of the Ship-Source Oil Pollution Fund (party by statute in T-2058-91, defendant in T-1806-93).

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: These reasons relate to motions to amend pleadings to allege responsibility by Her Majesty the Queen (the Crown) for some acts which are at the core of the three related actions: T-1951-91, T-2058-91 and T-1806-93. The three actions relate to a collision between the vessels *Tuo Hai* and *Tenyo Maru* and to damages claimed as a result of oil pollution which occurred along the coast of British Columbia. The three actions, for ease of reference, are referred to as the collision action, the pollution action and the limitation of liability action. The last is not relevant for present purposes since the amendments sought do not relate to that action.

The various parties to the actions will not be described in detail, because it is not necessary. The following simplification suffices for present purposes. The plaintiff in the collision action, the owner of one of the vessels, will be referred to as "Taiyo." The defendants in the collision action are those having interests in or who are connected to the other vessel. They will be referred to collectively as "Tianjin." The Crown is the plaintiff in the pollution action, seeking recompense for the cost of cleaning up the

PROCUREURS:

Campney & Murphy, Vancouver, pour la demanderesse.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire *Tuo Hai*, Tianjin Ocean Shipping Company et China Ocean Shipping Company (défenderesses dans les dossiers T-1951-91 et T-2058-91, et demanderesses dans le dossier T-1806-93).

Le sous-procureur général du Canada pour Sa Majesté la Reine (demanderesse dans le dossier T-2058-91).

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver pour l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (partie de par la Loi dans le dossier T-2058-91, défendeur dans le dossier T-1806-93).

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

LE JUGE REED: Ces motifs ont trait aux requêtes en modification de plaidoiries afin d'invoquer la responsabilité de Sa Majesté la Reine (la Couronne) pour certains actes qui se situent au cœur de ces trois actions connexes: T-1951-91, T-2058-91 et T-1806-93. Ces trois actions ont trait à la collision entre les navires *Tuo Hai* et *Tenyo Maru* et aux dommages-intérêts réclamés en raison de la pollution que le pétrole répandu a entraînée le long des côtes de la Colombie-Britannique. Pour simplifier, on désignera ces trois actions sous la forme respective d'action pour collision, d'action pour pollution et d'action en limitation de responsabilité. Cette dernière n'est pas pertinente en l'occurrence puisque les modifications sollicitées ne s'y appliquent pas.

Nul besoin de décrire dans le détail toutes les parties en cause. En ce qui nous concerne, il suffira de les présenter sous une forme simplifiée. La demanderesse dans l'action pour collision, propriétaire d'un des navires, sera dénommée «Taiyo». Les défenderesses dans l'action pour collision sont les personnes ayant un droit sur le navire ou ayant un quelconque lien avec lui. Celles-ci seront dénommées sous la forme collective de «Tianjin». La Couronne est demanderesse dans l'action pour pollution, puis-

oil pollution damage. Taiyo and Tianjin are the defendants to the Crown's suit. I should also note that in the collision action Tianjin has sued Taiyo by way of counterclaim and thus Tianjin and Taiyo are plaintiff and defendant respectively in that counterclaim.

Both Taiyo and Tianjin seek to amend their statements of defence to the pollution action to specifically allege acts by agents of the Crown as a cause, of the damage that arose. The Crown agents are members of the Canadian Coast Guard, Vessel Traffic Services. The statements of defence in the pollution action, already filed by Taiyo and Tianjin, contain general allegations of negligence against the Crown. That of Tianjin refers to the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298. That of Taiyo simply asserts that if it is found to have any liability, that liability should be nullified in proportion to any negligence which occurred as a result of the actions of persons for whose conduct the Crown was responsible. In my view, it is correct to characterize the amendments sought to the statements of defence, in this regard, as the addition of specific allegations of negligence to the general claims which have already been pleaded.

Taiyo and Tianjin seek to amend their pleadings in the collision action. They each seek to plead that if found responsible for any of the damage which arose to the other party, indemnification should be paid by the Crown to the extent that any proportion of that damage was caused by the Crown. Taiyo and Tianjin seek to issue third party notices to the Crown.

Lastly, in the pollution action, both Taiyo and Tianjin seek to amend their respective pleadings to add a counterclaim, against the Crown. They claim damages suffered directly by each, to the extent that such was caused by the Crown's negligence. In the case of Taiyo, the damages claimed are those arising from (1) the loss of its vessel; (2) the loss of fishing income arising from the loss of the vessel and (3) any amounts it may be required to pay for oil pollution

qu'elle entend se voir rembourser le nettoyage des dégâts causés par la nappe de pétrole. Taiyo et Tianjin sont défenderesses dans l'action intentée par la Couronne. Je relève également que dans l'action pour collision Tianjin a engagé contre Taiyo une action reconventionnelle dans laquelle, par conséquent, Tianjin et Taiyo sont respectivement demanderesse et défenderesse.

Taiyo et Tianjin demandent toutes les deux à la Cour l'autorisation de modifier leurs défenses dans l'action pour pollution afin de faire valoir l'existence de certains actes de préposés de la Couronne qui auraient contribué aux dégâts constatés. Ces préposés de la Couronne sont des membres de la Garde côtière canadienne, Services du trafic maritime. Les défenses qu'ont déjà déposées Taiyo et Tianjin dans le cadre de l'action pour pollution comportent, à l'encontre de la Couronne, des allégations générales de négligence. La défense déposée par Tianjin invoque le *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298. Celle de Taiyo affirme simplement qu'au cas où l'on retiendrait sa responsabilité, celle-ci devrait être atténuée à proportion de la négligence de personnes dont les actes engagent la Couronne. On peut d'après moi, considérer que les modifications que l'on se propose d'apporter aux défenses, constituent l'ajout d'allégations précises de négligence aux revendications générales déjà avancées.

Taiyo et Tianjin cherchent à modifier leurs plaidoiries écrites dans l'action pour collision. Elles entendent faire valoir que, dans l'hypothèse où l'on retiendrait leur responsabilité pour une partie du préjudice subi par l'autre partie, la Couronne devrait être tenue de verser des dommages-intérêts à proportion de la part du dommage due au comportement de ses préposés. Taiyo et Tianjin demandent l'autorisation de signifier à la Couronne des avis à tierce partie.

Et enfin, dans le cadre de l'action pour pollution, Taiyo et Tianjin sollicitent toutes les deux de la Cour l'autorisation de modifier chacune leurs plaidoiries écrites afin d'ajouter, contre la Couronne, une demande reconventionnelle. Elles demandent toutes les deux réparation du préjudice qu'elles ont respectivement subi pour la part due à la négligence des préposés de la Couronne. Taiyo réclame, pour sa part, l'indemnisation (1) de la perte de son navire; (2) de la

damage which occurred along the coasts of the state of Washington. In the case of Tianjin damages are claimed as a result of (1) the repairs needed to its vessel, (2) the loss of the use of the vessel and (3) any potential liability it might have to third parties as a result of the accident.

As I understand the Crown's argument, it opposes all the amendments, on two main grounds: (1) the Court has no jurisdiction to make awards of contributory negligence in cases such as the present; (2) the amendments seek to assert an independent and new cause of action which is now statute barred.

With respect to the argument that there is no jurisdiction in this Court to make a contributory negligence award, that argument is based, in part, on the fact that the ship collision occurred outside the territorial waters and therefore it is alleged that the *Negligence Act* of British Columbia does not apply. The argument is also based on an argument that maritime law does not provide for such a claim. Reference was made to a Department of Justice Discussion Paper entitled *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts* and to the decision in *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.* (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271 (Nfld. S.C. T.D.).

I am not persuaded that a lack of jurisdiction on the part of the Court has been demonstrated with such certainty that a refusal to accept the amendments is justified.

Firstly, whether or not the cause of action arose outside the territorial waters is a matter that cannot be decided in a factual vacuum. The collision apparently occurred in that location but the alleged negligence, as I understand it, is a failure to warn by radio transmission from the shore. The question of where the cause of action arose and whether the British Columbia legislation applies is a matter more properly

perle des revenus de la pêche occasionnée par la perte du navire et (3) réclame, en outre, toute somme nécessaire à l'indemnisation des dégâts créés le long des côtes de l'État de Washington par le pétrole qui s'est répandu. Tianjin, pour sa part, entend être indemnisée (1) pour les réparations qu'elle a dû faire apporter à son navire, (2) pour l'interruption de jouissance de son navire et (3) pour toute responsabilité qu'elle pourrait avoir encourue envers des tiers en raison de l'accident.

La Couronne, elle, s'oppose aux modifications sollicitées en faisant valoir un double argument: (1) dans une affaire telle que celle-ci, la Cour n'a pas compétence pour trancher en fonction du partage des torts; et (2) par le biais des modifications sollicitées, les demanderesses tentent d'introduire une nouvelle cause d'action distincte, atteinte d'ailleurs par la prescription.

En ce qui concerne la thèse voulant que la Cour n'ait pas compétence pour trancher en fonction du partage des torts, la Couronne affirme que la collision maritime s'étant produite en dehors des eaux territoriales de la Colombie-Britannique, le *Negligence Act* de cette province n'est pas applicable. Cette thèse s'appuie également sur un argument voulant que le droit maritime ne connaisse pas de ce genre de réclamation. On a cité à la Cour un document de travail du ministère de la Justice publié sous le titre *Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*, ainsi que le jugement rendu dans l'affaire *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.* (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.).

Je ne pense pas que l'argument sur la non-compétence de la Cour soit d'une solidité qui me porte à rejeter les demandes de modification.

Précisons tout de suite qu'en l'absence de faits précis, on ne saurait dire si la cause d'action est effectivement née en dehors des eaux territoriales. Il semblerait que la collision ait bien eu lieu en cet endroit, mais la négligence dont il est fait état découle d'une carence au niveau des transmissions radio à partir de la côte. La question de savoir où est née la cause d'action, et le point de savoir si c'est la législation de

addressed in argument after all the evidence has been adduced, e.g., when it is known exactly where the accident occurred and the facts surrounding the Crown's alleged negligence and where that occurred.

More importantly, the extent to which there may be a lacuna in Canadian maritime law, with respect to liability by joint tortfeasors or based on contributory negligence, is not clear. The *Bow Valley* decision provides no authorities for the conclusion reached therein and I understand it to be under appeal. I note as well that the unpublished Department of Justice paper, which is relied upon, indicates that the existence and scope of the alleged lacuna is uncertain. That paper recommends legislation to "clear up any lingering uncertainty" (page 1). It refers to jurisprudence where contributory negligence claims have been allowed, e.g., *United States, The* (1865), 12 L.T.R. 33 (P.C.) (referred to at page 6 of the Justice paper). The paper states that the decisions "illustrate why it is now uncertain whether the common law defences will . . . be applied by the courts in . . . [a] claim involving contributory or joint negligence arising out of a maritime cause of action other than a collision" (page 10). Apportionment in the case of collision between ships is provided for by the *Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, section 565*. Given the unsettled nature of the jurisprudence and the unavailability of a settled factual context, I am not persuaded that it is appropriate to refuse to accept the amendments to the pleadings on the ground that this Court has no jurisdiction to grant the awards sought. This is more properly the subject for argument after all the evidence is in, at trial.

la Colombie-Britannique qui lui est applicable ne saurait être débattue avant que n'ait été produit l'ensemble de la preuve, et notamment le fait de savoir où, précisément, la collision a eu lieu, ainsi que l'ensemble des faits entourant la négligence que l'on reproche à la Couronne et le lieu où ces faits se sont produits.

Ajoutons que, chose plus importante encore, on ne sait pas avec précision quelles sont les lacunes du droit maritime canadien au chapitre de la responsabilité des co-auteurs d'un délit ou en cas de faute de la victime. On ne trouve, dans le jugement *Bow Valley*, aucune citation de jurisprudence appuyant les conclusions auxquelles la Cour est parvenue et je crois savoir par ailleurs que cette décision est actuellement en appel. Je relève également que le document, non publié, du ministère de la Justice, invoqué en l'espèce, aboutit lui-même à la conclusion qu'on ne sait guère quelles seraient, effectivement, les lacunes du droit maritime canadien et qu'il est par ailleurs difficile d'en préciser la portée. Ce document recommande la prise de mesures législatives permettant d'éliminer «toute insécurité juridique qui pourrait persister» (page 1). On y cite les décisions de justice ayant fait droit à des demandes d'indemnisation en cas de partage des torts, et notamment l'arrêt *United States, The* (1865), 12 L.T.R. 33 (P.C.) (cité à la page 6 du document de travail). D'après ce document, les décisions citées nous «montrent qu'il n'est pas certain maintenant qu'il sera ou ne sera pas fait droit aux moyens de défense de la common law par les tribunaux [dans les cas] où intervient une faute contributive ou commune née d'une cause maritime autre qu'un abordage» (page 11). En effet, le partage des responsabilités en cas de collision entre navires est prévu par la *Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, article 565*. Étant donné les incertitudes de la jurisprudence et le fait qu'on ne dispose pas d'un ensemble de faits cohérents, je ne suis pas persuadée qu'il y ait lieu de rejeter les modifications que les demandereses demandent à apporter à leurs plaidoiries, au simple motif que la Cour n'aurait pas la compétence d'accorder les redressements sollicités dans le cadre de cette action. Cette question devra être, au contraire, débattue à l'audience, une fois qu'on disposera de toutes les preuves voulues.

With respect to the argument that the amendments allege a whole new cause of action which is now statute barred, that is not true in so far as the defence to the pollution action is concerned. As noted above, negligence on the part of the Crown was alleged in the defence from the beginning and the amendments do no more than add specificity to those claims.

In so far as the claims for indemnification, by Tianjin as defendant in the collision action, and by Taiyo as defendant to the counterclaim are concerned, there can be no argument that these claims, also, are not statute barred. The liability for indemnification, by a third party, does not commence until liability on the part of the principal party has been found; see *B.C. Hydro and Power Authority v. Kees van Western et al. and District of Kitimat et al.*, [1974] 3 W.W.R. 20 (B.C.S.C.). The amendments are not statute barred and the third party notices may issue.

I turn then to the amendments which it is sought to make, by way of counterclaim, to the pollution action. As noted, the counterclaims against the Crown by Taiyo and Tianjin, respectively are for damages arising to each directly as a result of the accident and as a result of the alleged negligence of the Crown. As such, they are new causes of action. The Crown argues that as such those claims should have been pleaded earlier and they are now statute barred. It is argued that the British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236 applies and that a two-year time limit is prescribed under that statute.

Section 39 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10)] provides that the laws relating to the limitation of actions which are in force between subject and subject in a province apply to proceedings by or against the Crown with respect to a cause of action arising in that province. In all other cases the limitation period is six years.

Pour ce qui est de l'argument voulant que les modifications proposées fassent, en fait, état d'une cause d'action entièrement nouvelle, et atteinte de surcroît par la prescription, cela n'est pas vrai de la défense produite dans le cadre de l'action en pollution. Nous avons dit plus haut que, dès le départ, cette défense invoquait la négligence de la Couronne et les modifications demandées ne font qu'ajouter un certain nombre de précisions à ces demandes.

En ce qui concerne les demandes d'indemnisation présentées par Tianjin en tant que défenderesse dans l'action pour collision, et par Taiyo en tant que défenderesse par voie de demande reconventionnelle, on ne saurait prétendre, là non plus, que ces demandes se heurtent à la prescription. La responsabilité au niveau de l'indemnisation, de la part d'une tierce partie, n'est déclenchée qu'une fois établie la responsabilité de la partie principale; voir *B.C. Hydro and Power Authority v. Kees van Western et al. and District of Kitimat et al.*, [1974] 3 W.W.R. 20 (C.S.C.-B.). Les demandes de modification ne se heurtent pas à la prescription et les avis à tierce partie pourront effectivement être signifiés.

Examinons maintenant les modifications que l'on souhaite apporter, par demande reconventionnelle, à l'action pour pollution. Rappelons que les demandes reconventionnelles présentées à l'encontre de la Couronne par Taiyo et Tianjin sont fondées respectivement sur le préjudice direct subi par chacune d'entre elles en raison de l'accident et aussi en raison de la négligence qu'elles reprochent à la Couronne. En cela, il s'agit donc, effectivement, de nouvelles causes d'action. La Couronne affirme que c'est pourquoi ces revendications auraient dû être avancées plus tôt, ajoutant qu'elles sont maintenant frappées de prescription. Elle affirme aussi que le *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 236 s'applique en l'espèce. Or cette loi prévoit un délai de prescription de deux ans.

Selon l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10)], les lois en matière de prescription d'action qui dans une province régissent les rapports entre particuliers s'appliquent aux actions intentées par la Couronne, ou contre elle, lorsque la cause d'action est née dans cette même province. Dans tous les

Thus, if the cause of action arose outside the province of British Columbia, as the Crown argues is the case in order to escape the operation of the provincial contributory negligence statute, then, the limitation period is six years. The claims have been commenced well within that period.

On the other hand, if the limitation period is governed by the British Columbia legislation, then, as I read that statute, the two-year limitation period is still not applicable. Section 4 of the *Limitation Act* provides that the two-year time limit does not apply to counterclaims “relating to or connected with the subject matter of the original action.” Also, a Court is authorized to allow amendments to pleadings which include a new cause of action when “the Court considers [it] just” to do so. Section 4 of the Act states:

4. (1) Where an action to which this or any other Act applies has been commenced, the lapse of time limited for bringing an action is no bar to

(a) proceedings by counterclaim, including the adding of a new party as a defendant by counterclaim;

(b) third party proceedings;

under any applicable law, with respect to any claims relating to or connected with the subject matter of the original action.

(4) In any action the court may allow the amendment of a pleading, on terms as to costs or otherwise that the court considers just, notwithstanding that between the issue of the writ and the application for amendment a fresh cause of action disclosed by the amendment would have become barred by the lapse of time.

The Crown argues that the counterclaim is not related to or connected with the subject matter of the original action. I do not accept that argument. The original action concerns the costs of cleaning up the oil spill. That oil spill was caused by the ship collision. To the extent that actions by the Crown itself may have contributed to that accident, claims by the defendants arising therefrom are connected to the subject matter of the original action. In my view, the

autres cas, le délai de prescription est de six ans. Donc, si la cause d'action est née en dehors des limites territoriales de la Colombie-Britannique, comme le prétend la Couronne, qui tente de se soustraire à l'action de la loi provinciale en matière de partage des torts, le délai de prescription sera de six ans. Or, les actions en question ont été engagées largement dans ce délai.

Par contre, si la prescription est, en l'espèce, régie par les règles de la Colombie-Britannique, alors, selon l'interprétation que j'en donne, le délai de prescription de deux ans ne s'applique pas non plus. L'article 4 du *Limitation Act* prévoit, en effet, que le délai de prescription de deux ans ne s'applique pas aux demandes reconventionnelles lorsque celles-ci sont [TRADUCTION] «en rapport avec le sujet même de l'action initiale». De plus, ces dispositions permettent à la Cour d'autoriser la modification de plaidoiries, même s'il s'agit d'invoquer une nouvelle cause d'action, à chaque fois que la Cour estime qu'il y a lieu de le faire. L'article 4 de la Loi prévoit en effet:

[TRADUCTION] 4. (1) Lorsqu'est engagée une action à laquelle s'applique la présente Loi ou toute autre loi, les délais prévus pour l'intenter ne font pas obstacle:

a) aux demandes reconventionnelles, y compris la jonction d'une nouvelle partie à titre de défenderesse par voie de demande reconventionnelle;

b) aux mises en cause;

en vertu de toute loi applicable, en ce qui concerne toute demande en rapport avec le sujet même de l'action initiale.

(4) Dans toute action, la Cour peut autoriser la modification d'une plaidoirie, aux conditions que la Cour estime justes en ce qui concerne les dépens ainsi que d'autres aspects de la cause, même si, entre la délivrance du bref d'assignation et la demande de modification, toute nouvelle cause d'action susceptible d'être révélée par la modification en question était depuis atteinte par le jeu de la prescription.

La Couronne prétend que la demande reconventionnelle n'est pas en rapport avec le sujet même de l'action initiale. Cet argument ne me convainc pas. L'action initiale porte sur les coûts de nettoyage du pétrole qui s'est répandu. Ce déversement de pétrole est dû à la collision maritime qui s'est produite. Dans la mesure où, par certains agissements, la Couronne a peut-être elle-même contribué à cet accident, les demandes présentées par les défenderesses et fondées

circumstances fall directly within the exception described in paragraph 4(1)(a). In addition, I would be prepared, in any event, to allow the amendment pursuant to subsection 4(4). The object of having responsibility for the accident determined in as complete a way as possible weighs heavily in favour of allowing the amendments to be made. In my view, it would be unjust to refuse to allow the amendments unless the Crown can demonstrate some over-balancing prejudice.

While counsel for the Crown argues that the amendments will create prejudice, I am not persuaded that this is of such a nature as to outweigh the "justness" of allowing the amendment. The amendments to the statement of defence in the pollution action, alone, will dictate that all relevant evidence concerning the Crown's involvement will be before the Court. The relevant issues will be fully litigated and decided whether or not the counterclaim is allowed. The main prejudice to the Crown will be the exposure to increased financial liability arising from the counterclaim. I do not think that this weighs heavily enough in the balance to justify denying the amendment.

Counsel for the Crown argues that counsel for Taiyo and Tianjin had information from a very early date (shortly after the accident they heard recordings of the radio transcriptions) which should have led them to an enquiry into the Crown's potential liability. It is argued that the failure to pursue such enquiry should lead the Court to refuse the amendments. Counsel for Taiyo and Tianjin, on the other hand, argue that it was not until the consolidation of the pollution action and the collision action, last May, and the attendant discoveries that they became fully aware of the potential claim. I accept that explanation.

sur ces agissements sont bien en rapport avec le sujet de l'action initiale. J'estime que la situation en question relève carrément de l'exception prévue à l'alinéa 4(1)a). Je serais d'ailleurs disposée à autoriser la modification des défenses en vertu du paragraphe 4(4). L'intérêt qu'il y a à voir trancher de manière aussi complète que possible la question de la responsabilité pour cet accident nous incite fortement à autoriser les modifications demandées. Il serait, à mes yeux, injuste de rejeter les modifications sollicitées, à moins que la Couronne ne parvienne à démontrer que cela l'exposerait à un préjudice disproportionné.

Les avocats de la Couronne prétendent que les modifications demandées entraîneraient effectivement pour la Couronne un préjudice, mais je ne suis pas convaincue que ce préjudice éventuel doive l'emporter sur l'opportunité d'autoriser les modifications sollicitées. Les modifications apportées aux défenses présentées dans le cadre de l'action pour pollution vont, à elles seules, garantir que toutes les preuves pertinentes touchant le rôle joué par la Couronne seront effectivement produites devant la Cour. Les questions en cause seront pleinement débattues en justice et seront tranchées quelle que soit l'issue de la demande reconventionnelle. En ce qui concerne la Couronne, le principal préjudice découlerait des incidences financières de la demande reconventionnelle au cas où la responsabilité de la Couronne serait retenue. Je ne pense pas que cela soit d'une gravité qui porterait la Cour à rejeter les demandes de modification.

L'avocat de la Couronne fait valoir que les avocats de Taiyo et de Tianjin ont très tôt été en possession de renseignements (peu de temps après l'accident, on leur a transmis la transcription des communications radio) qui auraient dû tout de suite donner lieu à une enquête sur la responsabilité éventuelle de la Couronne. Il fait donc valoir que la Cour devrait refuser les modifications sollicitées étant donné qu'à l'époque les deux parties en question n'ont pas réclamé la tenue d'une enquête. Les avocats de Taiyo et Tianjin soutiennent pour leur part que ce n'est qu'au mois de mai dernier, c'est-à-dire lors de la jonction de l'action pour pollution et de l'action pour collision, et à l'occasion des communications préalables qui ont eu lieu, que les deux parties ont com-

pris qu'il était possible de procéder ainsi. J'admets leur explication sur ce point.

For the reasons given, the motions to amend pleadings have been allowed.

a Pour l'ensemble des présents motifs, les requêtes en modification des plaidoiries sont accueillies.

T-137-94	T-137-94
Sunshine Village Corporation (<i>Applicant</i>)	Sunshine Village Corporation (<i>requérante</i>)
v.	c.
Superintendent of Banff National Park, Director of the Western Region of Parks Canada, Minister of Canadian Heritage and Canadian Parks and Wilderness Society (<i>Respondents</i>)	a Le directeur du Parc national Banff, le directeur de la Région de l'Ouest de Parcs Canada, le ministre du Patrimoine canadien et la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (<i>intimés</i>)
T-2505-93	T-2505-93
Canadian Parks and Wilderness Society (<i>Applicant</i>)	b La Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (<i>requérante</i>)
v.	c.
Superintendent of Banff National Park, Director of the Western Region of Parks Canada, Dr. Bruce Leeson, Jean Charest (in his former capacity as Minister of Environment), Monique Landry (Secretary of State of Canada), Attorney General of Canada and Sunshine Village Corporation (<i>Respondents</i>)	d Le directeur du Parc national Banff, le directeur de la Région de l'Ouest de Parcs Canada, le Dr Bruce Leeson, Jean Charest (en sa qualité de ministre de l'Environnement à l'époque), Monique Landry (Secrétaire d'État du Canada), le procureur général du Canada et Sunshine Village Corporation (<i>intimés</i>)
<i>INDEXED AS: SUNSHINE VILLAGE CORP. v. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANFF NATIONAL PARK) (T.D.)</i>	e <i>RÉPERTORIÉ: SUNSHINE VILLAGE CORP. c. CANADA (DIRECTEUR DU PARC NATIONAL BANFF) (1^{re} INST.)</i>
Trial Division, Joyal J.—Vancouver, May 4; Ottawa, October 13, 1994.	f Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 4 mai; Ottawa, 13 octobre 1994.
<i>Environment — Applicability of EARP Guidelines to long-range development of ski resort in Banff National Park initially approved in 1978, before adoption of EARP Guidelines — Non-retroactivity of Guidelines — Applicability of EARP Guidelines to subsequent implementation of plan components and amendments thereto — Meaning of "proposal," "implementation" examined — Duplication of review process to be avoided, for sake of finality.</i>	g <i>Environnement — Applicabilité des Lignes directrices PEEE au développement à long terme d'une station de ski dans le Parc national Banff qui a déjà été approuvé en 1978, avant l'adoption des Lignes directrices PEEE — Non-rétroactivité des Lignes directrices — Applicabilité des Lignes directrices PEEE à la mise en œuvre ultérieure d'éléments du plan et de modifications qui leur sont apportées — Interprétation des expressions «proposition» et «mise en œuvre» — Nécessité d'éviter toute situation de double emploi du processus, pour qu'il ait un caractère définitif.</i>
In the mid-70's, the applicant Sunshine Village Corporation, owner and operator of ski facilities in Banff National Park, presented a long-range plan to expand ski facilities in its designated ski area. Public hearings were initiated in 1976. The Minister responsible for national parks approved the long-range plan for the expansion of Sunshine Village in 1978 and the federal government soon entered into a development agreement. The plan included new lifts, staff accommodation, redevelopment of existing structures, new sewage treatment facilities, rehabilitation of previously disturbed areas and the development of Goat's Eye Mountain.	h Au milieu des années 1970, la requérante Sunshine Village Corporation, propriétaire et exploitante d'un centre de ski situé à l'intérieur du parc national Banff, a présenté un plan à long terme visant à agrandir le centre de ski dans sa région désignée comme région de ski et des audiences publiques ont débuté à ce sujet dès 1976. En 1978, le ministre responsable des parcs nationaux a approuvé le plan à long terme relatif au développement de Sunshine Village et le gouvernement fédéral ne devait pas tarder à conclure un accord de mise en valeur. Le plan comprenait la construction de nouveaux remonte-pentes et de logements pour le personnel, le réaménagement des structures existantes, la construction d'un nouveau système d'égout, la

Implementation of the plan proceeded gradually. In 1986, an agreement between Parks Canada and Sunshine reiterated and confirmed the 1978 long-range plan, but also allowed for amendments thereto. Environmental assessment and public consultation would be part of any plan amendment. In 1992, Sunshine submitted a modified long-range plan which was reaffirmed by the Minister of the Environment with the understanding that the environmental assessment review process would apply to each plan component, in a manner consistent with the standard development and approval process in Banff National Park. He stated that there was no need for a full public consultation process since the proposal did not vary significantly from the 1978 plan.

In October 1992, an agreement was entered into by Sunshine and Canadian Parks Service for the development of Goat's Eye pursuant to the long-range plan. In February 1993, after two stages of review of previous drafts, the environmental assessment of the Goat's Eye plan was approved and accepted by Parks Canada in a screening decision made in accordance with the EARP Guidelines. The decision stated that formal public consultation was not required because it concerned a component of a larger plan which was approved in 1978 subsequent to extensive public consultation and that the predicted environmental impacts were either insignificant or mitigable with known technology as defined in the EARP Guidelines. In September 1993, Sunshine entered into a construction agreement with Banff National Park officials, specifying tight environmental conditions and control. In October 1993, a restricted activity permit, to clear the lower part of the ski runs, was issued by the Park Superintendent. An injunction application by Canadian Parks and Wilderness Society (CPAWS) was dismissed. CPAWS also made the present application for judicial review to invalidate the construction agreement, the timber cutting permit and the approval of the long-range plan and to require an order that Parks Canada conduct a proper environmental assessment before issuing a timber cutting permit or allowing the development of Goat's Eye Mountain to proceed.

Parks Canada then invited public comments on the Goat's Eye development and refused Sunshine's application for logging permits required for the development. In January 1994, the Minister responsible for national parks determined that public concerns were such that a public review of the expansion proposals was desirable and, acting pursuant to section 13 of the EARP Guidelines, he formally requested that the Minister of the Environment establish an Environmental Assessment Panel to conduct a full public review of both the Goat's Eye development proposal and the proposed additions to the existing facilities.

réhabilitation des zones perturbées et l'aménagement de pentes sur la Goat's Eye Mountain.

La mise en œuvre du plan s'est faite graduellement. En 1986, Parcs Canada et Sunshine ont conclu une entente dans laquelle ils ont réitéré et confirmé le plan à long terme de 1978 tout en autorisant des modifications à celui-ci. Les modifications étaient assujetties à une évaluation en matière d'environnement et à une consultation publique. En 1992, Sunshine a soumis son projet de plan à long terme modifié, qui a été reconfirmé par le ministre de l'Environnement, à la condition que le processus d'évaluation en matière d'environnement s'applique à chaque composante du plan, conformément au processus normalisé d'approbation des aménagements à l'intérieur du parc national Banff. Le ministre a également mentionné qu'il ne voyait pas la nécessité d'un processus de consultation publique complet, étant donné que la proposition ne prévoyait aucun changement majeur par rapport au plan de 1978.

En octobre 1992, Sunshine et le Service canadien des parcs ont conclu une entente concernant la mise en valeur de Goat's Eye conformément au plan à long terme. En février 1993, après un examen en deux étapes des projets antérieurs, l'évaluation environnementale du plan de développement de Goat's Eye a été approuvée et acceptée par Parcs Canada suivant une décision d'évaluation préalable prise conformément aux Lignes directrices PEEE. La décision a statué qu'aucune consultation publique officielle n'était nécessaire, parce qu'elle ne visait qu'une partie d'un plan plus vaste qui avait été approuvé en 1978 après une grande consultation publique et que les effets environnementaux éventuels étaient minimes ou pouvaient être atténués par l'application de mesures techniques connues au sens des Lignes directrices PEEE. En septembre 1993, Sunshine a conclu avec des représentants du parc national Banff un accord de construction énonçant de strictes conditions de respect de l'environnement et de surveillance. En octobre 1993, un permis restreint a été délivré par le directeur du Parc aux fins du déboisement des pentes de ski inférieures. Une demande d'injonction déposée par la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (SPPSNC) a été rejetée. La SPPSNC a aussi déposé la présente demande en vue d'invalider l'accord de construction, le permis de coupe de bois et l'approbation du plan à long terme, et en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Parcs Canada de procéder à une évaluation environnementale en règle avant de délivrer un permis de coupe ou avant d'autoriser la poursuite des travaux de mise en valeur de Goat's Eye Mountain.

Parcs Canada a ensuite invité le public à soumettre ses commentaires au sujet du projet de Goat's Eye et refusé la demande de permis de coupe de bois nécessaire pour la réalisation du projet présentée par Sunshine. En janvier 1994, le ministre responsable des parcs nationaux a décidé que les préoccupations publiques étaient telles qu'un examen public des propositions d'agrandissement était souhaitable. Agissant conformément à l'article 13 des Lignes directrices PEEE, il a demandé officiellement au ministre de l'Environnement de créer une commission d'évaluation environnementale chargée de procéder à un examen public complet de la proposition

Sunshine applied for judicial review of the logging permit refusal and applied for a declaratory judgment (1) that the EARP Guidelines did not apply to the 1978 approvals; (2) that the current ministerial request for a section 13 Panel was not valid; (3) that the process that applied to the balance of development at Sunshine was the standard development approval process in Banff National Park; (4) that the applicant was entitled to the permit it required to continue its Goat's Eye development and (5) that the January 20, 1994 decision of the Superintendent be quashed.

The main issues were: (1) Did the EARP Guidelines enacted in 1984 apply to the long-range plan and to the Goat's Eye development? In the affirmative, have they been followed? (2) What discretionary powers had the Minister to request a review panel? (3) What remedies could the Court allow in this case?

Held, Sunshine's application for judicial review in T-137-94 should be allowed and CPAWS' application for judicial review in T-2505-93 should be dismissed.

There was a preliminary issue as to CPAWS' standing to launch its own action. The mootness test elaborated by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)* was applied. CPAWS' proceeding was indeed moot since Parks Canada had decided to do what CPAWS was seeking: Parks Canada has set up a review Panel to further assess the environmental impacts of the project. In any event, CPAWS has validly been given the standing of respondent in Sunshine's application.

With respect to the applicability of the 1984 EARP Guidelines to the Goat's Eye project and the long-range plan, the general principle is the non-retroactivity of legislation. However, the EARP Guidelines may be said to apply to post-1984 amendments to the initial project.

Before the first permit was issued in October 1993, the Goat's Eye project had been through an EARP Guidelines screening process with success and all environmental assessments had been dealt with. It had to be remembered that the Superintendent also had a general discretion to issue permits pursuant to section 12 of the *National Parks General Regulations*.

The problems for Sunshine started when Parks Canada, purporting to act pursuant to section 15 of the Guidelines, invited comments from the public on the Goat's Eye development project. But public information sessions concerning the long-range plan had been held in December 1992 after the then Minister responsible approved the plan, including the Goat's

d'aménagement de Goat's Eye ainsi que des ajouts proposés aux installations existantes.

Sunshine a déposé une demande de contrôle judiciaire visant le refus de délivrer un permis de coupe et demandé à la Cour de déclarer (1) que le PEEB ne s'appliquait pas aux approbations de 1978; (2) que la demande actuelle du ministre de constituer une commission suivant l'article 13 n'était pas valide; (3) que le processus qui s'appliquait au reste du projet à Sunshine était le processus normalisé d'approbation des aménagements à l'intérieur du parc national Banff; (4) que la requérante avait droit au permis qu'elle demandait pour poursuivre les travaux à Goat's Eye; (5) que la décision du directeur en date du 20 janvier 1994 était nulle.

Les principales questions en litige étaient ainsi formulées: (1) Les Lignes directrices PEEB adoptées en 1984 s'appliquaient-elles au plan à long terme et à l'aménagement de Goat's Eye? Dans l'affirmative, ont-elles été respectées? (2) Dans quelle mesure le ministre avait-il le pouvoir discrétionnaire de demander la création d'une commission d'évaluation environnementale? (3) Quelles réparations la Cour pouvait-elle accorder en l'espèce?

Jugement: la demande de contrôle judiciaire que Sunshine a déposée dans le dossier T-137-94 doit être accueillie et la demande de contrôle judiciaire présentée par la SPPSNC dans le dossier T-2505-93 doit être rejetée.

Comme question préliminaire, la Cour a examiné si la SPPSNC avait la qualité pour agir nécessaire pour introduire sa propre action. Elle a appliqué le critère du caractère théorique élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*. L'action de la SPPSNC était effectivement devenue théorique depuis que Parks Canada avait décidé de faire ce que la SPPSNC demandait: Parks Canada a décidé de confier à une commission d'évaluation la tâche d'examiner les effets du projet sur l'environnement. En tout état de cause, le statut d'intimée a été reconnu à la SPPSNC dans la demande de Sunshine.

En ce qui a trait à l'applicabilité des Lignes directrices de 1984 au projet de Goat's Eye et au plan à long terme, selon le principe général applicable, aucun texte législatif n'a d'effet rétroactif. Il se peut cependant que les Lignes directrices PEEB s'appliquent aux modifications apportées au plan initial après 1984.

Avant la délivrance du premier permis en octobre 1993, le projet de Goat's Eye avait franchi avec succès l'étape de l'examen préalable aux termes des Lignes directrices PEEB et toutes les évaluations environnementales concernant le projet de Goat's Eye avaient été faites. Il faut se rappeler que le directeur est également investi du pouvoir discrétionnaire général prévu à l'article 12 du *Règlement général sur les parcs nationaux* en matière de délivrance de permis.

Les problèmes de Sunshine ont débuté lorsque Parks Canada, invoquant l'article 15 des Lignes directrices, a demandé des commentaires au public au sujet du projet de Goat's Eye. Mais les séances d'information publiques concernant le plan à long terme ont eu lieu en décembre 1992, après l'approbation par le ministre responsable de l'époque du plan

Eye project, and the screening process under section 12 had been approved in February 1993, with the mention that no "formal public consultation" was necessary. Section 15, dealing with proposals, was no longer applicable because, once the construction agreement was entered into and the timber cutting permit issued, Sunshine was no longer dealing with a Goat's Eye "proposal," but rather with the "implementation" of its project while waiting for the second permit to be issued. For the Superintendent to rely on the public responses to refuse the second permit for the Goat's Eye project was a jurisdictional error, since there was no longer a "proposal" to deal with. However, any public response to the other components of the long-range plan might still be acceptable since that plan is still in the "proposal" stage, not having gone through any screening process or preliminary environmental assessments.

Parks Canada's wide discretionary power to grant or refuse timber cutting permits had to be exercised in accordance with procedural fairness, part of which is a legitimate expectation of a certain outcome. Having signed a construction agreement and having been issued a first timber cutting permit, the applicant could reasonably expect that the second permit would be granted.

Section 5 of the EARP Guidelines provides that duplication is to be avoided and that public review should be used as a planning tool at the earliest stages of development of a proposal. First, the general proposal was originally accepted in principle in 1978 and some of the proposals were implemented in the 1980's in full compliance with the extreme control requirements imposed by Parks Canada pursuant to its statutory obligations to do so. Once the necessary licenses and permits from Parks Canada have been issued, the project could not be said to remain a proposal. Second, Parks Canada adhered to the EARP Guidelines in assessing the environmental impact of development of Goat's Eye Mountain and found that the possible environmental effects were insignificant or mitigable with known technology. Once a component of an overall proposal has been approved and such component has crossed all the necessary thresholds, the powers of both regulators under either EARP or Parks Canada have been exhausted, the residual implementation control being, as herein, left to the highly rigid regulatory functions of Parks Canada. Furthermore, section 8 of the Guidelines provides that the Guidelines apply only if there is no duplication resulting from the application of the Guidelines. The environmental and ecological controls exercisable by Parks Canada were not only a duplication of the processes under the Guidelines, but far more pervasive, applying to implementation as well as to proposal. The purpose of sections 5 and 8 of the Guidelines is to avoid multiple re-hashing of proposals, especially when an initiating department, like Parks Canada, has more than enough power to investigate and regulate every aspect of ecological and environmental concerns.

dont le projet Goat's Eye faisait partie, et en février 1993, le processus d'examen préalable concernant spécifiquement le projet Goat's Eye a été approuvé. Selon cette approbation, «aucune consultation publique officielle» n'était nécessaire. L'article 15, qui porte sur les propositions, n'était plus applicable parce que, une fois l'accord de construction conclu et une fois le permis de coupe de bois délivré, le projet de Goat's Eye n'en était plus à l'étape de «proposition», mais plutôt à l'étape de «mise en œuvre» pendant la période d'attente précédant la délivrance du deuxième permis. En se fondant sur les réponses du public pour refuser de délivrer le deuxième permis à l'égard du projet de Goat's Eye, le directeur a commis une erreur de compétence, car il n'était plus devant une «proposition». Toutefois, l'attente d'une réponse du public à l'égard des autres éléments du projet du plan à long terme pourrait encore être acceptable, puisque ce plan en est encore au stade de «proposition», n'ayant pas encore franchi l'étape de l'examen préalable ou de l'évaluation initiale.

Le large pouvoir discrétionnaire que possède Parcs Canada en matière d'octroi ou de refus de permis de coupe de bois devait être exercé dans le respect de l'équité procédurale, qui englobe l'attente légitime d'un certain résultat. Étant donné qu'un accord de construction avait été signé et qu'un premier permis de coupe de bois avait été délivré, la requérante était raisonnablement en droit de s'attendre à ce que le deuxième permis soit aussi délivré.

L'article 5 des Lignes directrices PEEE prévoit qu'il faut veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi et que le processus d'examen public serve comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition. En premier lieu, la proposition générale a initialement été acceptée en principe en 1978 et quelques-unes des propositions ont été mises en œuvre pendant les années 1980 dans le respect intégral des exigences très strictes que Parcs Canada avait imposées en matière de contrôle, comme il devait le faire en vertu de sa loi habilitante. Une fois les permis nécessaires délivrés par Parcs Canada, le projet ne pouvait plus être considéré comme une proposition. En deuxième lieu, lorsqu'il a évalué les effets de l'aménagement de Goat's Eye Mountain sur l'environnement, Parcs Canada s'est conformé aux Lignes directrices PEEE et a constaté que les effets qu'il pouvait avoir sur l'environnement étaient minimes ou pouvaient être atténués par l'application de mesures techniques connues. Une fois qu'un élément d'une proposition globale a été approuvé et qu'il a franchi tous les paliers nécessaires, les pouvoirs des deux autorités de réglementation, qu'il s'agisse des pouvoirs découlant des Lignes directrices PEEE ou des pouvoirs de Parcs Canada, ont été épuisés, le contrôle résiduel de la mise en œuvre étant laissé, comme c'est le cas en l'espèce, à Parcs Canada, conformément aux fonctions de réglementation très strictes dont il est investi. En outre, l'article 8 des Lignes directrices énonce que celles-ci ne s'appliquent que s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités. Les mesures de contrôle que Parcs Canada peut prendre sur le plan de l'environnement et de l'écologie constituent non seulement une répétition des démarches prévues dans les Lignes directrices, mais vont également beaucoup plus loin, touchant aussi bien chaque proposition que sa

Section 13 of the Guidelines should not be used to exercise ministerial discretion to postpone the implementation of projects which have been duly approved and for which the necessary implementation authorizations have been issued. Public concerns over environmental issues should not be made a matter of whim by anyone purporting to act under the authority of either the EARP Guidelines or the *National Parks Act* and its large volume of regulations. Otherwise, regardless of the many processes to which an applicant had submitted, there would be no finality to any proposal. Once a proposal has been cleared, the purely regulatory process, as in the case of Parks Canada, takes over and that is the limit of any competence or authority under the EARP Guidelines.

The incremental effect of successive components was a matter to be resolved as each programme approaches the actual development stage.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Alberta Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15.
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1602(4) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14, ss. 4, 5(1.2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 39, s. 3), 5(1.4) (as am. *idem*), 7 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 28, s. 359, Sch., Item 7; (4th Suppl.), c. 39, s. 5; S.C. 1991, c. 24, s. 51, Sch. III, Item 9; 1992, c. 47, s. 84, Sch., Item 8).
National Parks General Regulations, SOR/78-213, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 381; (1990), 35 F.T.R. 161; 5 C.E.L.R. (N.S.) 287 (T.D.); *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501; (1992), 99 D.L.R. (4th) 16; 9 C.E.L.R. (N.S.) 157; [1993] 3 C.N.L.R. 55; 145 N.R. 270 (C.A.);

mise en œuvre. Les articles 5 et 8 des Lignes directrices visent à éviter les remaniements multiples des propositions, notamment lorsqu'un ministère responsable comme Parcs Canada possède plus que le pouvoir nécessaire pour examiner et régler chaque aspect des préoccupations écologiques et environnementales.

L'article 13 des Lignes directrices ne devrait pas servir à l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire de freiner la mise en œuvre de projets qui ont été dûment approuvés et pour lesquels les autorisations nécessaires à la mise en œuvre ont été délivrées. Les préoccupations du public au sujet des questions liées à l'environnement ne devraient pas pouvoir servir de simple prétexte fantaisiste à toute personne qui prétend agir sous l'autorité des Lignes directrices PEBE ou de la *Loi sur les parcs nationaux* et de ses nombreux règlements. Autrement, cela signifierait que, malgré les nombreuses démarches auxquelles une partie requérante a dû se soumettre, une proposition demeurerait toujours une proposition. Lorsqu'une proposition a été acceptée, le processus purement réglementaire s'applique, comme dans le cas de Parcs Canada, et c'est là la limite de la compétence ou du pouvoir pouvant être invoqué aux termes des Lignes directrices PEBE.

La détermination de l'effet cumulatif des éléments successifs doit avoir lieu lorsque chaque programme est sur le point d'atteindre l'étape de développement proprement dite.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Alberta Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15.
Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15.
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 parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14, art. 4, 5(1.2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 39, art. 3), 5(1.4) (mod., *idem*), 7 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 359, ann., item 7; (4^e suppl.), ch. 39, art. 5; L.C. 1991, ch. 24, art. 51, ann. III, item 9; 1992, ch. 47, art. 84, ann., item 8).
Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 12.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602(4) (édicte par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 381; (1990), 35 F.T.R. 161; 5 C.E.L.R. (N.S.) 287 (1^{re} inst.); *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501; (1992), 99 D.L.R. (4th) 16; 9 C.E.L.R. (N.S.) 157; [1993] 3 C.N.L.R. 55; 145 N.R. 270

Cardinal et al. v. Director of Kent Institution, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.); revg [1989] 1 F.C. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Curragh Resources Inc. v. Canada (Minister of Justice), [1993] 3 F.C. 729; (1993), 11 C.E.L.R. (N.S.) 173; 155 N.R. 348 (C.A.).

REFERRED TO:

Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 Q.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1991] 1 F.C. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 121 N.R. 385 (C.A.); affg (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201; 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of the Environment)*, [1993] F.C.J. No. 1191 (QL).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW (1) attacking the decision of the Acting Superintendent of Banff National Park not to issue a logging permit necessary to continue Sunshine Village Corporation's previously approved development project; (2) attacking the construction agreement between Sunshine Village Corporation and Parks Canada. First application allowed; second application dismissed.

COUNSEL:

Stewart A. G. Elgie for applicant Canadian Parks and Wilderness Society.

John J. L. Hunter for applicant Sunshine Village Corporation.

Kirk N. Lambrecht for respondents.

(C.A.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.); inf. [1989] 1 C.F. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Curragh Resources Inc. c. Canada (Ministre de la Justice), [1993] 3 C.F. 729; (1993) 11 C.E.L.R. (N.S.) 173; 155 N.R. 348 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 Q.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1991] 1 C.F. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 121 N.R. 385 (C.A.); conf. (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 201; 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1993] F.C.J. n° 1191 (QL).

f DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE (1) attaquant la décision par laquelle le directeur intérimaire du parc national Banff a refusé de permettre la délivrance d'un permis de coupe de bois nécessaire à la poursuite du projet d'aménagement déjà approuvé de Sunshine Village Corporation; (2) attaquant l'accord de construction conclu entre Sunshine Village Corporation et Parcs Canada. La première demande est accueillie; la deuxième demande est rejetée.

i AVOCATS:

Stewart A. G. Elgie pour la requérante la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada.

John J. L. Hunter pour la requérante Sunshine Village Corporation.

Kirk N. Lambrecht pour les intimés.

SOLICITORS:

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for applicant Canadian Parks and Wilderness Society.

Davis & Company, Vancouver, for applicant

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: The Court is seized with an application by Sunshine Village Corporation for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] of the decision of the Acting Superintendent of Banff National Park, rendered January 20, 1994, not to issue a permit necessary for the continued construction to clear the ski runs, build the lifts and otherwise complete its programme as set out in the construction agreement entered into on September 17, 1993, between the applicant and Parks Canada. The refusal was based on a decision to conduct an environmental assessment of the project under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467. The position of the applicant is that the project is not subject to the EARP Guidelines and that the applicant is entitled to its permit.

Prior to the filing of Sunshine's application, the Canadian Parks and Wilderness Society [hereinafter CPAWS], on October 22, 1993, also filed an application seeking an order declaring invalid or unlawful the construction agreement between Parks Canada and Sunshine Village Corporation, and the timber cutting permit for the lower part of the ski runs granted on October 7, 1993. CPAWS is also demanding that the decision of the Minister of Environment to approve the long-range plan submitted by Sunshine be declared invalid and of no force and effect. It requires an order that Parks Canada conduct a proper environmental assessment before issuing a timber cutting permit or allowing the development of Goat's Eye Mountain in Banff to proceed.

PROCUREURS:

Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, pour la requérante la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada.

Davis & Company, Vancouver, pour la requérante Sunshine Village Corporation.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE JOYAL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par Sunshine Village Corporation et fondée sur 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)] à l'égard de la décision en date du 20 janvier 1994 par laquelle le directeur intérimaire du parc national Banff a refusé de permettre la délivrance du permis nécessaire à la poursuite des travaux de déboisement des pistes de ski, à la construction des remontes-pentes et à l'exécution des autres parties de son programme selon l'accord de construction conclu le 17 septembre 1993 entre la requérante et Parcs Canada. Le refus était fondé sur la décision de procéder à une évaluation environnementale du projet aux termes du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467. La requérante soutient que le projet n'est pas visé par les Lignes directrices PEEE et qu'elle a droit à son permis.

Avant le dépôt de la demande de Sunshine, la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (SPPSNC) a déposé elle aussi, le 22 octobre 1993, une demande visant à faire déclarer invalide ou illégal l'accord de construction conclu entre Parcs Canada et Sunshine Village Corporation ainsi que le permis de coupe accordé le 7 octobre 1993 à l'égard des pentes de ski inférieures. La SPPSNC demande également à la Cour de déclarer nulle et non avenue la décision par laquelle le ministre de l'Environnement a approuvé le plan à long terme soumis par Sunshine et d'ordonner à Parcs Canada de procéder à une évaluation environnementale en règle avant de délivrer un permis de coupe ou avant d'autoriser la poursuite des travaux de mise en valeur du Goat's Eye Mountain à Banff.

BACKGROUND

Sunshine Village Corporation is a company incorporated under the Alberta *Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, carrying on the business of owning and operating ski facilities bearing the same name. The ski station itself is located roughly half-way between Banff to the east and Lake Louise to the west. The area is an alpine ski area designated by Parks Canada, located within Banff National Park, and has gone through a series of developments over the years for that purpose. Sunshine Village is a short distance south of the Trans-Canada Highway, and the access road leads to a parking lot where formerly a jitney bus, and now a gondola, carries skiers up a narrow defile to a snow-bowl or valley where the ski station's installations are located. During the mid-1970's, the applicant, then T.I.W. Industries, presented a long-range plan to expand ski facilities in its designated ski area, on which public hearings were initiated in 1976.

In 1978, the Minister responsible for national parks approved "in principle" the long-range plan for the expansion of Sunshine Village. The plan included new lifts, staff accommodation, re-development of existing structures, new sewage treatment facilities and rehabilitation of previously disturbed areas. The plan also included the development of Goat's Eye Mountain running down to the left of the gondola line and roughly at right angle to it.

Acting on this approval, the federal government entered into a development agreement in May of 1978.

One of the provisions of the development agreement reads as follows:

5. Her Majesty covenants and agrees that contemporaneously with approving the plans and specifications submitted by the Developer Her Majesty's lawful representatives will issue such permits and licenses as are required by the Regulations under the National Parks Act and as are necessary in order to proceed with construction of the improvements. The Developer agrees that it will not cut down or permit the cutting down, interfere with or permit the interference with any timber, trees or other

LE CONTEXTE

Constituée aux termes de la loi intitulée *Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, de l'Alberta Sunshine Village Corporation est propriétaire et exploitante d'un centre de ski portant le même nom. La station de ski elle-même est située à peu près à mi-chemin entre Banff, à l'est, et Lake Louise, à l'ouest. La région, qui se trouve à l'intérieur du parc national Banff, a été désignée par Parcs Canada comme région de ski alpin et, à cette fin, divers projets de mise en valeur y ont été exécutés au fil des années. Sunshine Village est située un peu au sud de la route Transcanadienne, et le chemin d'accès mène à un parc de stationnement où les skieurs sont transportés par téléphérique (auparavant par autobus à itinéraire fixe et à prix modique) qui se rend le long d'une ligne étroite jusqu'à une vallée où les installations de la station sont situées. Au cours du milieu des années 1970, la requérante, qui portait alors le nom de T.I.W. Industries, a présenté un plan à long terme visant à agrandir le centre de ski dans sa région désignée comme région de ski et des audiences publiques ont débuté à ce sujet dès 1976.

En 1978, le ministre responsable des parcs nationaux a approuvé «en principe», le plan à long terme relatif au développement de Sunshine Village. Le plan comprenait la construction de nouveaux remonte-pentes et de logements pour le personnel, le réaménagement des structures existantes, la construction d'un nouveau système d'égout et la réhabilitation des zones perturbées. Le plan prévoyait également l'aménagement de pentes sur le Goat's Eye Mountain à la gauche de la ligne du téléphérique et à peu près en angle droit par rapport à elle.

Se fondant sur cette approbation, le gouvernement fédéral a conclu un accord de mise en valeur en mai 1978.

Voici le libellé de l'une des clauses de cet accord:

[TRADUCTION] 5. Sa Majesté convient que, lorsqu'ils approuveront les plans et devis soumis par le promoteur, ses représentants légaux délivreront les permis et autorisations exigés par le Règlement pris en application de la *Loi sur les parcs nationaux* et nécessaires aux fins des travaux de construction. Le promoteur convient qu'il ne coupera pas d'arbres ou d'autres formes de végétation sur les terrains ni n'en gênera la croissance, qu'il ne ternira pas la beauté naturelle des terrains et ne

vegetation upon the lands or impair or permit the impairment of the natural beauty of the lands without first having obtained the permission of the Superintendent such permission not to be unreasonably withheld.

Pursuant to the agreement, the Sunshine Village gondola was constructed and opened to the public for the 1979-1980 season, and the parking lot was expanded. Furthermore, ski facilities adjacent to Goat's Eye Mountain were developed in the 1980's.

In March of 1981, a portion of Banff National Park was leased from the Government to Sunshine Village Corporation, with the lease expiring in the year 2020. Sunshine holds the lease through assignment consented to by Parks Canada. The lease provides, at paragraph 6, that the applicant will "operate a first class ski resort" on the leased land. Goat's Eye Mountain is within the boundaries of the leasehold.

The lease approved the expansion of the existing operations and further development of downhill skiing facilities. The question of timber cutting permits was dealt with in the following terms:

9. The Lessee agrees that it will not cut down or permit the cutting down, interfere with or permit the interference with any timber, trees or other vegetation upon the land or impair or permit the impairment of the natural beauty of the land without first having obtained the permission of the Superintendent such permission not to be unreasonably withheld.

Acting upon the 1978 approvals, work on Goat's Eye continued with some cutting of lift lines. In 1986, an agreement between Parks Canada and Sunshine reiterated and confirmed the 1978 long-range plan, but also allowed for amendments to the plan. Environmental assessment and public consultation would be part of any plan amendment. In accordance with this, in April of 1987, public consultation was held due to Sunshine's proposal for greater skier capacity. Parks Canada also required that Sunshine complete an initial environmental evaluation (IEE) of the project. The proposal was eventually withdrawn.

Further discussions took place on the long-range plan and in April 1989, after Parks Canada had ana-

permettra pas ce type d'activité sans avoir d'abord obtenu l'autorisation du directeur, qui ne pourra la refuser de façon arbitraire.

Conformément à l'accord, le téléphérique de Sunshine Village a été construit et ouvert au public pour la saison de 1979-1980 et le parc de stationnement a été agrandi. En outre, le centre de ski adjacent au Goat's Eye Mountain a été mis en valeur au cours des années 1980.

En mars 1981, le gouvernement a loué à Sunshine Village Corporation une partie du parc national Banff conformément à un bail devant expirer en l'an 2020. Sunshine est titulaire du bail par suite d'une cession à laquelle Parcs Canada a consenti. Le paragraphe 6 du bail prévoit que la requérante [TRADUCTION] «exploitera une station de ski de première classe» sur le terrain loué. Le Goat's Eye Mountain se trouve à l'intérieur des limites de la propriété louée à bail.

L'accroissement des installations existantes et l'aménagement de pentes de ski supplémentaires étaient autorisés selon le bail, qui prévoyait ce qui suit au sujet des permis de coupe de bois:

[TRADUCTION] 9. Le Locataire convient qu'il ne coupera pas d'arbres ou d'autres formes de végétation sur le terrain et qu'il ne ternira pas la beauté naturelle de celui-ci ni ne le permettra sans avoir d'abord obtenu l'autorisation du directeur, qui ne pourra la refuser de façon arbitraire.

Par suite des approbations obtenues en 1978, les travaux du Goat's Eye Mountain se sont poursuivis par l'abattage d'arbres dans les voies réservées aux remonte-pentes. En 1986, Parcs Canada et Sunshine ont conclu une entente dans laquelle ils ont réitéré et confirmé le plan à long terme de 1978 tout en autorisant des modifications à celui-ci. Les modifications étaient assujetties à une évaluation en matière d'environnement et à une consultation publique. Compte tenu de cette exigence, en avril 1987, une consultation publique a eu lieu au sujet de la proposition de Sunshine en vue d'accroître la capacité d'accueil du centre. Parcs Canada a également demandé à Sunshine de procéder à une évaluation environnementale initiale du projet. La proposition a finalement été retirée.

D'autres discussions ont eu lieu au sujet du plan à long terme et, en avril 1989, après l'analyse du plan

lyzed the plan, the Minister of Environment requested a modified proposal by Sunshine.

Between 1988 and 1992 there were lengthy delays in the development of substantially modified proposals. In July 1991, the Goat's Eye Planning Committee met, consisting of representatives of Sunshine and Parks Canada. The minutes indicate that:

The approval process for Goat's Eye was described as follows:

1. Conceptual approval—contained in 1978 development approval.
2. Implementation approval—subsequent to a development plan and environmental assessment mutually satisfactory to both Canadian Parks Service and Sunshine Village Corporation.
3. Construction Agreement—is a contract between CPS and SVC which details the specific aspects of constructing the project.

In February 1992, a three-day planning conference was held at Banff and Sunshine Village. In May of 1992, Sunshine submitted its draft of a modified long-range plan, which included Goat's Eye Mountain, to the Minister of Environment. It sought approval for new parking areas, changes to the existing leasehold boundary area, expansion of on-site hotel and construction of new ski lifts.

In July of 1992, Sunshine submitted a Goat's Eye plan for construction of lifts, ski runs and a day lodge. At the end of the same month, a preliminary environmental assessment of the May 1992 long-range plan was elaborated. The general impression was that the project was possible within environmental, economic and engineering constraints. The only exception was the question of parking space.

In August 1992, the Minister of Environment and responsible for Canadian Parks Service, then the Honourable Jean Charest, reaffirmed the long-range plan:

as submitted, with the understanding that:

par Parcs Canada, le ministre de l'Environnement a demandé à Sunshine de soumettre une proposition modifiée.

Entre 1988 et 1992, des propositions modifiées en profondeur ont été élaborées, après de longs délais. En juillet 1991, le comité de planification de Goat's Eye, composé de représentants de Sunshine et de Parcs Canada, a tenu une réunion. Voici un extrait du procès-verbal:

[TRADUCTION] Le processus d'approbation du projet de Goat's Eye est décrit comme suit:

1. Approbation du concept—contenue dans l'approbation de 1978.
2. Approbation de la mise en œuvre—après la présentation d'un plan de développement et d'une évaluation environnementale satisfaisants pour le Service canadien des parcs et Sunshine Village Corporation.
3. Accord de construction—contrat conclu entre le SCP et la SVC au sujet des conditions précises se rapportant à l'exécution du projet.

En février 1992, une conférence de planification de trois jours a été tenue à Banff et à Sunshine Village. En mai de la même année, Sunshine a soumis au ministre de l'Environnement son projet de plan à long terme modifié, qui visait notamment le Goat's Eye Mountain. Elle a demandé l'approbation nécessaire à l'aménagement de nouveaux parcs de stationnement, à la modification des limites actuelles de la propriété louée, à l'agrandissement de l'hôtel existant et à la construction de nouveaux remonte-pentes.

En juillet 1992, Sunshine a présenté un plan relatif à la construction de remonte-pentes, à l'aménagement de pentes de ski ainsi qu'à la construction d'un pavillon à Goat's Eye. À la fin du même mois, une évaluation environnementale préliminaire du plan à long terme de 1992 a été élaborée. Selon l'impression générale, le projet était viable, sous réserve des restrictions environnementales, économiques et techniques. La seule exception concernait la question de l'espace de stationnement.

En août 1992, le ministre de l'Environnement, qui était responsable du Service canadien des parcs, l'honorable Jean Charest, a reconfirmé le plan à long terme:

[TRADUCTION] tel que soumis, compte tenu de la condition suivante:

—the environmental assessment review process will apply to each plan component, in a manner consistent with the standard development and approval process in Banff National Park.

He also stated that there was “no need for a full public consultation process” since the proposal did not vary significantly from the 1978 plan. He also approved the additional parking, accommodation, and daily skier capacity.

In October 1992, an agreement was entered into by Sunshine and Canadian Parks Service for the development of Goat’s Eye pursuant to the long-range plan. In early December, 1992, Canadian Parks Service and Sunshine jointly hosted two public information sessions to explain the long-range development plan.

On February 12, 1993, after two stages of review of previous drafts, the environmental assessment of the Goat’s Eye plan was approved and accepted by Parks Canada in a screening decision made in accordance with the EARP Guidelines. This approval was signed by Bruce F. Leeson, Chief of the Environmental Assessment Sciences Division of Canadian Parks Service and Charlie Winkan, Superintendent of Banff National Park. The decision included the following observations:

Formal public consultation is not required because development of the Goat’s Eye pod is a component of a larger plan which was approved in 1978 subsequent to extensive public consultation.

Environmental impacts predicted to result from the proposed development of Goat’s Eye Mountain for skiing at Sunshine Village are either insignificant or mitigable with known technology as defined in section 12(c) of Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order 1984.

In September of 1993, Sunshine entered into a construction agreement with Banff National Park officials, to set out the terms under which the development of Goat’s Eye would take place pursuant to the 1992 Goat’s Eye screening decision. The agreement referred to the timber removal process and the environmental caution and tight conditions associated

—le processus d’évaluation en matière d’environnement s’appliquera à chaque composante du plan, conformément au processus normalisé d’approbation des aménagements à l’intérieur du parc national Banff.

a Il a également mentionné qu’il ne voyait pas la nécessité d’un processus de consultation publique complet, étant donné que la proposition ne prévoyait aucun changement majeur par rapport au plan de 1978. En outre, il a approuvé les modifications proposées en ce qui a trait à l’espace de stationnement et aux logements supplémentaires ainsi qu’à l’accroissement de la capacité d’accueil de skieurs.

c En octobre 1992, Sunshine et le Service canadien des parcs ont conclu une entente concernant la mise en valeur de Goat’s Eye conformément au plan à long terme. Au début de décembre de la même année, les deux parties ont tenu conjointement deux séances d’information publiques pour expliquer le plan d’aménagement à long terme.

e Le 12 février 1993, après un examen en deux étapes des projets antérieurs, l’évaluation environnementale du plan de développement de Goat’s Eye a été approuvée et acceptée par Parcs Canada suivant une décision «d’évaluation préalable» prise conformément aux Lignes directrices PEEE. Cette approbation a été signée par Bruce F. Leeson, chef de l’évaluation environnementale, Division des sciences du Service canadien des parcs, et Charlie Winkan, directeur du parc national Banff. La décision comprenait les observations suivantes:

g [TRADUCTION] Aucune consultation publique officielle n’est nécessaire, parce que l’aménagement du Goat’s Eye Mountain fait partie d’un plan plus vaste qui a été approuvé en 1978 après une grande consultation publique.

h Les effets néfastes que peut avoir la proposition d’aménagement des installations de ski du Sunshine Village sur le Goat’s Eye Mountain sont minimales ou peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues au sens de l’alinéa 12c) du Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement de 1984.

i En septembre 1993, Sunshine a conclu avec des représentants du parc national Banff un accord de construction énonçant les conditions conformément auxquelles les travaux de développement de Goat’s Eye seraient exécutés suivant la décision d’évaluation préalable prise en 1992 au sujet de Goat’s Eye. L’accord comportait des dispositions relatives à la

with the restricted timber removal activities. It also required the attendance of an Environmental Surveillance Officer almost daily at the site.

The agreement further required that Sunshine comply with bonding provisions. On October 5, 1993, the bond required was delivered by Sunshine to the Superintendent of Banff National Park.

The agreement also provided, in Part II:

1. Complete plans . . . of each component of this project must be submitted to and approved by the Superintendent prior to commencement of construction.

If, in the reasonable opinion of the Superintendent, the plans . . . would lead to environmental impacts which are unacceptable or unnecessary, or are, in the Superintendent's opinion, not in the best interests of Parks Canada, he may deny approval.

2. No site disturbance or construction of any component of this project may commence on a site until a Building Permit has been issued by the Superintendent.

On October 7, 1993, a restricted activity permit was issued for the purpose of clearing ski runs as specified in the construction agreement. The permit was to be effective from October 7 to November 15, 1993, to clear the lower part of the ski runs.

In late October 1993, after clearance of trees had commenced but before it was concluded, the issuance of the restricted activity permit was challenged in this Court by the Canadian Parks and Wilderness Society, an environmental group. Its injunction application, in file T-2505-93 [*Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of the Environment)*, [1993] F.C.J. No. 1191 (QL)], was dismissed by Justice Strayer and the fall programme has since been completed. CPAWS is primarily concerned with preserving the integrity of ecosystems in Canada's national and provincial parks and other protected areas. It is seeking to set aside the construction agreement and the restricted activity permit on the ground that proper environmental assessments under the EARP Guidelines have not been conducted, and for an order that such assessments be conducted.

méthode d'abattage des arbres, des avertissements concernant la protection de l'environnement ainsi que des conditions strictes liées à la coupe des arbres. Il exigeait également la présence presque quotidienne d'un agent de surveillance environnementale au chantier.

En outre, Sunshine devait, selon l'accord, déposer une garantie. Le 5 octobre 1993, Sunshine a remis la garantie requise au directeur du parc national Banff.

Par ailleurs, l'accord prévoyait ce qui suit à la partie II:

[TRADUCTION] 1. Des plans complets . . . relatifs à chaque composante de ce projet doivent être soumis au directeur et approuvés par celui-ci avant le début des travaux de construction.

Si, de l'avis raisonnable du directeur, les plans . . . risquent d'avoir sur l'environnement des effets néfastes inacceptables ou inutiles ou encore si, de l'avis du directeur, les plans ne sont pas conformes aux intérêts de Parcs Canada, celui-ci pourra refuser de les approuver.

2. Aucune activité susceptible de perturber l'emplacement ou activité de construction d'un élément du projet ne peut être entreprise sur le chantier avant la délivrance d'un permis de construction par le directeur.

Le 7 octobre 1993, un permis restreint a été délivré aux fins du déboisement des pentes de ski conformément à l'accord de construction. Le permis devait être en vigueur du 7 octobre au 15 novembre 1993 aux fins du déboisement des pentes de ski inférieures.

À la fin d'octobre 1993, alors que les travaux d'abattage avaient débuté mais n'étaient pas encore terminés, la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada, groupe voué à la protection de l'environnement, a contesté devant notre Cour la délivrance du permis restreint. Sa demande d'injonction (dossier T-2505-93) [*Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1993] F.C.J. n° 1191 (QL)] a été rejetée par le juge Strayer et le programme d'automne a été terminé depuis. La SPPSNC s'occupe principalement de la protection des écosystèmes dans les parcs nationaux et provinciaux et autres sites protégés du Canada. Elle demande à la Cour d'annuler l'accord de construction et le permis restreint, au motif que les évaluations exigées par les Lignes directrices PEEE n'ont pas été

The winter programme, which needed a permit in order to proceed, was to commence as soon as the snow pack was sufficient to permit environmentally safe operations. The construction programme provided that logging would be carried out in these areas primarily by removing the timber over the snow during the winter or to the extent necessary by helicopter in the summer.

On December 22, 1993, Parks Canada, acting pursuant to section 15 of the EARP Guidelines, placed advertisements in local papers under the heading "Public Notice," inviting comments on the Goat's Eye development from the public within 30 days. Sunshine objected to this procedure since the development had already been approved and was underway.

It is alleged by Sunshine that the Superintendent of the Park gave verbal assurances that assuming no new significant environmental impact was revealed through this process, the permit for the winter programme would be issued on the 31st day from the notice, which should have been January 21, 1994. Meetings were held before that date in order to discuss the next steps of the construction programme.

On January 20, 1994, Sunshine was advised by the Acting Superintendent that:

Parks Canada will require some time to review the comments received and seek the Minister's determination of public interest in accordance with EARPGO.

The logging permits were in fact not issued on January 21, 1994. It is of that decision that this Court is seized with a request for judicial review, the application having been filed on January 25, 1994.

That same day, the Minister responsible for national parks determined that public concerns were such that a public review of the expansion proposals at Sunshine Village was desirable. Acting pursuant to section 13 of the EARP Guidelines, he formally requested that the Minister of the Environment establish an Environmental Assessment Panel to conduct a full public review of both the Goat's Eye develop-

faites, et d'ordonner que ces évaluations soient entreprises.

Le programme d'hiver, pour lequel un permis était nécessaire, devait débiter dès qu'il y aurait suffisamment de neige pour assurer l'exécution des travaux dans des conditions ne présentant aucun danger pour l'environnement. Selon le programme de construction, les arbres abattus à ces endroits devaient être transportés principalement sur la neige l'hiver ou, si nécessaire, par hélicoptère l'été.

Le 22 décembre 1993, conformément à l'article 15 des Lignes directrices PEEE, Parcs Canada a fait paraître dans les journaux locaux des annonces sous la rubrique «Avis public» afin d'inviter le public à soumettre ses commentaires au sujet du projet de Goat's Eye dans les 30 jours suivants. Sunshine s'est opposée à cette démarche, étant donné que le projet avait déjà été approuvé et que les travaux étaient en cours.

Sunshine soutient que le directeur du parc l'a assurée verbalement que, si aucun effet néfaste important sur l'environnement n'était révélé à la suite de cette démarche, le permis relatif au programme d'hiver serait délivré le 31^e jour suivant l'avis, ce qui aurait dû avoir lieu le 21 janvier 1994. Des réunions ont été tenues avant cette date au sujet des étapes suivantes du programme de construction.

Le 20 janvier 1994, le directeur intérimaire a avisé Sunshine en ces termes:

[TRADUCTION] Parcs Canada aura besoin de temps pour examiner les commentaires reçus et obtenir la décision du ministre concernant l'intérêt public conformément aux Lignes directrices PEEE.

En fait, les permis de coupe n'ont pas été délivrés le 21 janvier 1994. C'est cette décision qui est visée par la demande de contrôle judiciaire en l'espèce, laquelle demande a été déposée le 25 janvier 1994.

Le même jour, le ministre responsable des parcs nationaux a décidé que les préoccupations publiques étaient telles qu'un examen public des propositions d'agrandissement concernant Sunshine Village était souhaitable. Agissant conformément à l'article 13 des Lignes directrices PEEE, il a demandé officiellement au ministre de l'Environnement de créer une commission d'évaluation environnementale chargée de

ment proposal and the proposed additions to the existing facilities.

EARP GUIDELINES

Pertinent sections of the Guidelines read as follows:

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal.

6. These Guidelines shall apply to any proposal

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;

(c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or

(d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada.

8. Where a board or an agency of the Government of Canada or a regulatory body has a regulatory function in respect of a proposal, these Guidelines shall apply to that board, agency or body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of these Guidelines.

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1)

procéder à un examen public complet de la proposition d'aménagement de Goat's Eye ainsi que des ajouts proposés aux installations existantes.

a LES LIGNES DIRECTRICES PEEÉ

Voici le libellé des dispositions pertinentes des lignes directrices:

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition.

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou

d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer.

8. Lorsqu'une commission ou un organisme fédéral ou un organisme de réglementation exerce un pouvoir de réglementation à l'égard d'une proposition, les présentes lignes directrices ne s'appliquent à la commission ou à l'organisme que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités.

10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le

shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

11. For the purposes of the environmental screening and initial assessment referred to in subsection 10(1), the initiating department shall develop, in cooperation with the Office,

- (a) a list identifying the types of proposals that would not produce any adverse environmental effects and that would, as a result, be automatically excluded from the Process; and
- (b) a list identifying the types of proposals that would produce significant adverse environmental effects and that would be automatically referred to the Minister for public review by a Panel.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

- (a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a), in which case the proposal may automatically proceed;
- (b) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(b), in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;
- (c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;
- (d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;
- (e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or
- (f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

15. The initiating department shall ensure

- (a) after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12 or a referral concerning the proposal has been made pursuant to section 13, and

ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

11. Aux fins de l'examen préalable et de l'évaluation initiale visés au paragraphe 10(1), le ministère responsable dresse, en collaboration avec le Bureau, les listes suivantes:

- a) une liste des divers types de propositions qui n'auraient aucun effet néfaste sur l'environnement et qui, par conséquent, seraient automatiquement exclus du processus; et
- b) une liste des divers types de propositions qui auraient des effets néfastes importants sur l'environnement et qui seraient automatiquement soumises au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

- a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;
- b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11b), auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;
- c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;
- d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;
- e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou
- f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

15. Le ministère responsable doit s'assurer

- a) après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12 ou après qu'une proposition a été soumise au Ministre conformément à l'article 13, et

(b) before any mitigation or compensation measures are implemented pursuant to section 14,

that the public have access to the information on and the opportunity to respond to the proposal in accordance with the spirit and principles of the *Access to Information Act*.

ISSUES

The main issues may be outlined as follows:

(1) Do the EARP Guidelines enacted in 1984 apply to the long-range plan and to the Goat's Eye development? In the affirmative, have they been followed?

(2) What discretionary powers has the Minister to request a review panel?

(3) What remedies can the Court allow in this case?

APPLICANT'S (SUNSHINE) POSITION

The position of the applicant is that since the Goat's Eye development was approved in 1978 and that the EARP Guidelines did not come into effect until 1984, these Guidelines do not apply as they have no retroactive effect. They could therefore not be used to justify the refusal of the second permit. The applicant needs this permit to clear the upper portions of the runs since the lower portions were cleared during the fall. It would have been convenient that the logging zones be started before that point in the spring when there is too little snow to transport the logs out. Since that time of year has now passed, the only environmentally safe way in which it can be completed is by helicopter, which could double the cost of the programme.

In support of its application, Sunshine has filed amongst others an affidavit of Charles Zinkan, who is the Superintendent of Banff and also a respondent to these proceedings. He states that the site and the long-range development plan were approved after many environmental assessments. He is of the view that public interest requires that proponents be able to fully rely on such governments approvals in order to carry out their projects and that withdrawing the

b) avant la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation conformément à l'article 14,

que le public a accès à l'information concernant cette proposition conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*.

QUESTIONS EN LITIGE

Les principales questions en litige peuvent être formulées comme suit:

(1) Les Lignes directrices PEEE adoptées en 1984 s'appliquent-elles au plan à long terme et à l'aménagement de Goat's Eye? Dans l'affirmative, ont-elles été respectées?

(2) Dans quelle mesure le ministre a-t-il le pouvoir discrétionnaire de demander la création d'une commission d'évaluation environnementale?

(3) Quelles sont les réparations que la Cour peut accorder en l'espèce?

LA THÈSE DE LA REQUÉRANTE (SUNSHINE)

La requérante soutient que, étant donné que le projet d'aménagement de Goat's Eye a été approuvé en 1978 et que les Lignes directrices PEEE ne sont entrées en vigueur qu'en 1984, celles-ci ne s'appliquent pas, car elles n'ont pas d'effet rétroactif. Elles ne peuvent donc être invoquées pour justifier le refus du second permis. La requérante a besoin de ce permis pour abattre les arbres des pentes supérieures de l'emplacement, étant donné que les pentes inférieures ont été déboisées à l'automne. Il aurait été utile de pouvoir débiter l'abattage pendant qu'il restait suffisamment de neige pour transporter les arbres abattus. Étant donné que cette période de l'année est maintenant passée, la seule façon de procéder qui ne crée aucun danger pour l'environnement consiste à assurer le transport par hélicoptère, ce qui pourrait doubler le coût du programme.

À l'appui de sa demande, Sunshine a déposé, notamment, un affidavit de Charles Zinkan, le directeur du parc national Banff et un des intimés en l'espèce. M. Zinkan mentionne que l'emplacement et le plan d'aménagement à long terme ont été approuvés après plusieurs évaluations environnementales. Selon lui, l'intérêt public exige que les proposants soient en mesure de se fonder pleinement sur ces approbations gouvernementales afin d'exécuter leurs projets et

approval will undermine the integrity of the approval and permit process.

The applicant submits that the federal government has consistently taken the position that the decision to approve the Goat's Eye project was made in 1978 and that since then, the many procedures taken have been to reconfirm the project. The non-retroactivity of the Guidelines was confirmed by Parks Canada when it prepared a press line to set out its position in CPAWS' application for an injunction in file T-2505-93. It reads as follows:

The Goat's Eye project approval dates back to 1978 and was approved by Hugh Faulkner, then Minister responsible for National Parks. **Although not legally required, as the approval pre-dated the 1984 Federal Environment Assessment and Review Order Guidelines**, Parks Canada did undertake an environmental screening of the proposal. The screening indicated that the environmental impact was acceptable and the document has been made available to the public.

The applicant further supports its position by showing that the policy surrounding the Guidelines is that they have a prospective intent of avoiding duplication in public reviews. Also, such review is used as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism.

The applicant makes reference to two decisions of the Federal Court in which the prospective nature of the EARP Guidelines has been commented upon. In *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 381 (T.D.), Madam Justice Reed commented, at page 390:

The decisions to enter into the exchanges of notes with the United Kingdom (1979), the United States (1976) and the Federal Republic of Germany (1981 and 1983) would, of course, fall outside the scope of the Order for another reason as well: they were taken before the EARP Guidelines Order came into force, in 1984.

Also, in *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501 (C.A.), at page 533, the Court held that "[t]he Order cannot apply retroactively to decisions validly made" and dismissed the challenge to a decision made in 1975.

l'annulation de l'approbation atténuera l'intégrité du processus d'approbation et d'octroi de permis.

Selon la requérante, le gouvernement fédéral a constamment soutenu que l'approbation du projet de Goat's Eye a eu lieu en 1978 et, depuis ce temps, les nombreuses mesures prises visaient à reconfirmer le projet. Parcs Canada a confirmé le caractère non rétroactif des Lignes directrices lorsqu'il a préparé un communiqué de presse pour expliquer sa position au sujet de la demande d'injonction de la SPPSNC dans le dossier T-2505-93. Voici le texte de ce communiqué:

[TRADUCTION] Le projet d'aménagement de Goat's Eye a été approuvé en 1978 par Hugh Faulkner, alors ministre responsable des parcs nationaux. Même si la loi ne l'exigeait pas, étant donné que l'approbation avait eu lieu avant l'adoption des Lignes directrices visant le processus d'examen et d'évaluation en matière d'environnement, Parcs Canada a entrepris un examen préalable de la proposition. L'examen a indiqué que les effets sur l'environnement étaient acceptables et le document a été mis à la disposition du public.

La requérante ajoute que, selon la politique sous-jacente aux Lignes directrices, leur application vise à éviter les examens publics répétitifs. En outre, cet examen doit être utilisé comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire.

La requérante cite deux décisions de la Cour fédérale dans lesquelles la nature prospective des Lignes directrices PEEE a été commentée. Dans l'affaire *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.), Madame le juge Reed a dit ce qui suit à la page 390:

Évidemment, les décisions de signer les échanges de notes avec le Royaume-Uni (1979), les États-Unis (1976) et la République fédérale d'Allemagne (1981 et 1983) échapperaient aussi à l'application du Décret pour une autre raison: elles ont été prises avant que le Décret entre en vigueur, en 1984.

De plus, dans l'affaire *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.), à la page 533, la Cour a statué que «[l]e Décret ne peut s'appliquer rétroactivement à des décisions validement prises» et a rejeté la contestation touchant une décision prise en 1975.

As there is no exception clearly expressed, the applicant submits that pursuant to *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pages 742-745 and Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (1983), at pages 185 *et seq.*, the general principle is that statutory instruments should not be applied retroactively.

As an alternative argument, the applicant submits that even if the Guidelines do apply, they have been complied with. Although the 1978 approval pre-dates the EARP Guidelines, Parks Canada has gone ahead with an initial screening in accordance with the EARP Guidelines. Thus, it submits that even if the Court should find that the EARP Guidelines did apply to this project, they afford no basis for refusing the permit because the requirements of the EARP Guidelines Order have been met.

The applicant argues that what is required under the EARP Guidelines is that the initiating department do an initial screening to determine whether the project will produce "significant adverse environmental effects", as required by section 11 of the EARP Guidelines. A preliminary environmental assessment of the revised May 1992 long-range plan which included Goat's Eye was done by Dr. Leeson. It forecast no significant environmental effect from the project and pointed out that because of the similarity between this plan and the one that had already been approved in 1978, neither comprehensive public consultation nor a major environmental assessment would be necessary.

An environmental assessment was prepared by Sunshine following the terms of reference set out by Parks Canada, and was made available to the public at the public meetings in December 1992. A formal screening decision of Goat's Eye under EARP was successful. It concluded that the environmental effects of the Goat's Eye project would be "either insignificant or mitigable with known technology" pursuant to section 12 of the EARP Guidelines, and it should proceed.

Étant donné qu'il n'existe aucune exception formulée en toutes lettres, la requérante soutient que, selon l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pages 742 à 745, et l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes*, 2^e éd. (1983), aux pages 185 et suivantes, le principe général est le suivant: les textes réglementaires ne devraient pas être appliqués de façon rétroactive.

Subsidiairement, la requérante fait valoir que, même si les Lignes directrices s'appliquent, elles ont été respectées. Bien que l'approbation de 1978 ait eu lieu avant l'adoption des Lignes directrices en question, Parcs Canada a procédé à une évaluation initiale conformément à celles-ci. En conséquence, même si la Cour en arrive à la conclusion que les Lignes directrices PEEE s'appliquaient à ce projet, elles ne peuvent être invoquées au soutien du refus du permis, parce que les exigences qui y sont énoncées ont été respectées.

Selon la requérante, ce que les Lignes directrices PEEE exigent, c'est que le ministère responsable procède à une évaluation initiale pour déterminer si le projet risque d'avoir des «effets néfastes sur l'environnement», au sens de l'article 11 du Règlement. M. Leeson a procédé à une évaluation préliminaire du plan à long terme révisé de mai 1992, qui comprenait le projet d'aménagement de Goat's Eye. L'évaluation n'a révélé aucun effet néfaste important sur l'environnement et, compte tenu de la similitude entre ce plan et celui qui avait déjà été approuvé en 1978, aucune consultation publique ou évaluation environnementale de grande envergure ne serait nécessaire.

Sunshine a procédé à une évaluation environnementale conformément aux conditions fixées par Parcs Canada et cette évaluation a été portée à la connaissance du public au cours des assemblées tenues en décembre 1992. Une décision favorable a été rendue par suite de l'examen préalable du projet de Goat's Eye aux termes des Lignes directrices. Selon cette décision, les effets du projet de Goat's Eye sur l'environnement seraient «minimes ou pourraient être atténués par l'application de mesures techniques connues», au sens de l'article 12 des Lignes directrices PEEE, et le projet devrait être mis à exécution.

Due to public concerns expressed, the issue of whether there should be further public review came before the responsible Minister, as contemplated by section 13 of the EARP Guidelines. On August 31, 1992, the responsible Minister Charest approved the proposal and refused to order further public review:

Given that the proposal does not vary significantly from the 1978 plan, I believe that there is no need for a full public consultation process.

The applicant argues that if Goat's Eye is not subject to EARP, reliance on those Guidelines to delay the permit to which the applicant is entitled is jurisdictional error. But even if EARP did apply, the requirements have been complied with, and the Minister under section 13, judged it not necessary to demand further assessments. It is not open to the present Minister to initiate a section 13 review of a project which the previous Minister expressly approved without further review. In any event, the project is no longer a "proposal" pursuant to section 13 but an "implementation" of a project already approved. Furthermore, the applicant answers to CPAWS' allegation that "cumulative effects" on the environment have to be examined, by stating that there is no legal requirements to consider cumulative effects under the EARP Guidelines.

The applicant suggests that for components of the 1993 plan approved by Minister Charest that are different than the 1978 plan, the standard development approval process in Banff National Park should apply. This process references a four-step plan with built-in environmental checks and balances that may or may not lead to site specific building permit issuance.

The applicant submits that for a determination of whether a more detailed environmental assessment is necessary, the 1981 (revised 1985) Parks Canada Management Directions 2.4.2 applies. This directive states that those activities which conform to the original purpose of the facility are normally exempt from screening for environmental impact under EARP. This exemption should have been applied to the post-1984 Sunshine expansion proposals.

En raison des préoccupations publiques exprimées, la question de savoir si un autre examen public était souhaitable a été soumise au ministre responsable, conformément à l'article 13 des Lignes directrices PEEE. Le 31 août 1992, M. Charest, le ministre responsable, a approuvé la proposition et refusé d'ordonner un autre examen public:

[TRADUCTION] Étant donné que la proposition ne comporte aucun changement majeur par rapport au plan de 1978, je ne vois pas la nécessité d'une consultation publique complète.

La requérante allègue que, si le projet de Goat's Eye n'est pas assujéti au PEEE, l'application de ces Lignes directrices pour reporter la délivrance du permis auquel elle a droit constitue une erreur de compétence. Toutefois, même si le PEEE s'appliquait, les exigences ont été respectées et le ministre n'a pas jugé nécessaire, aux termes de l'article 13, de demander d'autres évaluations. Le ministre actuel ne peut donc entreprendre, en se fondant sur l'article 13, l'examen d'un projet que l'ancien ministre a expressément approuvé sans autre examen. À tout événement, le projet n'est plus une proposition au sens de l'article 13, mais la «mise en œuvre» d'un projet déjà approuvé. De plus, en réponse à l'allégation de la SPPSNC selon laquelle les effets cumulatifs sur l'environnement doivent être examinés, la requérante soutient que les Lignes directrices n'exigent nullement cet examen.

Selon la requérante, dans le cas des éléments du plan de 1993 approuvé par le ministre Charest qui sont différents de ceux du plan de 1978, le processus normalisé d'approbation des aménagements à l'intérieur du parc national Banff devrait s'appliquer. Ce processus consiste en un plan en quatre étapes comportant des vérifications en matière d'environnement qui peuvent ou non mener à la délivrance de certains permis de construction.

La requérante soutient que, pour déterminer si une évaluation environnementale plus détaillée s'impose, il faut appliquer le paragraphe 2.4.2 des directives en matière de gestion de Parcs Canada (1981—révisées en 1985). Selon ce paragraphe, les activités qui sont conformes à l'objet initial de l'aménagement échappent habituellement à l'examen préalable des effets sur l'environnement dans le cadre du PEEE. Cette exemption aurait dû être appliquée dans le cas des

For these reasons, the applicant seeks a declaratory judgment (1) that EARP does not apply to the 1978 approvals; (2) that the current ministerial request for a section 13 panel is not valid; (3) that the process that applies to the balance of development at Sunshine is the standard development approval process in Banff National Park; (4) that the applicant is entitled to the permit it requires to continue its Goat's Eye development and (5) that the January 20, 1994, decision of the Superintendent be quashed.

The applicant also challenges CPAWS' standing to launch its proceeding. As CPAWS does not have a private right in the matter, the only way it can bring this proceeding is through public interest standing. The applicant suggests that the principles set out in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, have not been met, therefore CPAWS should not be granted standing. It is Sunshine's position that the issue brought forward by CPAWS is academic, since the action is to set aside the agreements in order to have further environmental assessments which, in any event, Parks Canada has decided to do.

RESPONDENT'S (CPAWS') POSITION

CPAWS argues that it has standing to launch its proceeding since the principle issue in its action is that Parks Canada, the Superintendent and the Minister of Environment committed jurisdictional error by entering into a construction agreement with Sunshine, by issuing a timber cutting permit to Sunshine and by approving the 1992 long-range plan without first complying with the EARP Guidelines. CPAWS requests that the Court order the federal respondents to fully consider the overall environmental effects of Sunshine's proposals. That issue is not moot and is not being dealt with in Sunshine's action. It adds that it may be Sunshine's action that is premature since Parks Canada has not yet decided whether or not to issue the permits needed to complete the project.

propositions d'agrandissement présentées par Sunshine après 1984.

Pour ces motifs, la requérante demande à la Cour de déclarer (1) que le PEEE ne s'applique pas aux approbations de 1978; (2) que la demande actuelle du ministre de constituer une commission suivant l'article 13 n'est pas valide; (3) que le processus qui s'applique au reste du projet à Sunshine est le processus normalisé d'approbation des aménagements à l'intérieur du parc national Banff; (4) que la requérante a droit au permis qu'elle demande pour poursuivre les travaux à Goat's Eye; (5) que la décision du directeur en date du 20 janvier 1994 est nulle.

La requérante conteste également le statut de la SPPSNC aux fins de la requête qu'elle a présentée. Comme cette société n'a pas un droit privé dans l'affaire, la seule façon dont elle pouvait procéder était d'invoquer l'intérêt public. De l'avis de la requérante, les principes énoncés dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, n'ont pas été respectés et la SPPSNC ne devrait pas se voir accorder le statut qu'elle invoque. Sunshine estime que la question soulevée par la SPPSNC est académique, étant donné que l'action vise à annuler les ententes afin de procéder à d'autres évaluations environnementales, ce que Parcs Canada a décidé de faire à tout événement.

LA THÈSE DE L'INTIMÉE (SPPSNC)

La SPPSNC soutient qu'elle a le statut voulu aux fins de l'introduction de sa demande, étant donné que la principale question à trancher dans son action est celle de savoir si Parcs Canada, le directeur et le ministre de l'Environnement ont commis une erreur de compétence en concluant un accord de construction avec Sunshine, en délivrant un permis de coupe de bois en faveur de celle-ci et en approuvant le plan à long terme de 1992 sans avoir d'abord respecté les Lignes directrices PEEE. La SPPSNC demande à la Cour d'ordonner aux intimés représentant le gouvernement fédéral d'examiner pleinement l'ensemble des effets des propositions de Sunshine sur l'environnement. Il ne s'agit pas d'une question académique et elle n'est pas traitée non plus dans l'action de Sunshine, laquelle est peut-être prématurée, étant donné que Parcs Canada n'a pas encore déterminé s'il y a

CPAWS argues that timber harvesting activities associated with the Goat's Eye development proposal will significantly disturb the subalpine forest ecosystems such that it will take more than 300 years for them to recover their pre-disturbance ecological state, if they recover at all. Therefore, the project should be subjected to the EARP Guidelines and environmental assessments. These guidelines do apply, as the 1978 plan was only approved "in principle." Since then, many amendments have been made and as the proposal deals with federal lands, Parks Canada was required to fulfil the requirements of the EARP Guidelines Order before entering into a construction agreement, issuing timber cutting permits, or otherwise approving the proposal.

Goat's Eye is an integral part of Sunshine's long-range development plan and the position taken by CPAWS is that these were indeed proposals and not implementations. CPAWS submits that Parks Canada conducted two separate environmental screenings for the two proposals. The two proposals are integrally related and both were before Parks Canada at the same time and they cannot be separated for the purposes of environmental assessment. By releasing an isolated environmental screening of Goat's Eye development, CPAWS argues that Parks Canada failed to consider the full environmental effect of Sunshine's overall proposal and thus failed to "ensure that the environmental implications of all proposals . . . are fully considered," as required by section 3 of the EARP Guidelines.

CPAWS submits that the construction of an initial phase after a limited assessment may favour approving subsequent phases, even though the overall proposal might have been disapproved had the environmental impacts of all phases been considered together. This issue is clearly explained in Parks Canada's draft environmental screening of the 1992 long-range development proposal:

lieu ou non de délivrer les permis nécessaires à l'exécution du projet.

La SPPSNC soutient que les activités de coupe de bois liées au projet de Goat's Eye perturberont si gravement les écosystèmes de forêts subalpines qu'il leur faudra plus de 300 ans pour recouvrer leur état écologique antérieur, à supposer qu'ils ne le recouvrent jamais. En conséquence, le projet devrait être assujéti aux Lignes directrices PEEE et aux évaluations environnementales. Ces Lignes directrices s'appliquent, car le plan de 1978 n'a été approuvé «qu'en principe». Depuis ce temps, il a fait l'objet de nombreuses modifications et, étant donné que la proposition concerne des terres fédérales, Parcs Canada devait se conformer aux exigences des Lignes directrices PEEE avant de conclure un accord de construction, de délivrer des permis de coupe de bois ou d'approuver la proposition par quelque autre moyen.

Le projet de Goat's Eye fait partie intégrante du plan d'aménagement à long terme de Sunshine et, de l'avis de la SPPSNC, il s'agissait effectivement de propositions et non d'une mise en œuvre. Selon la Société, Parcs Canada a procédé à deux examens préalables distincts à l'égard des deux propositions. Les deux propositions sont étroitement liées entre elles et toutes deux ont été portées à la connaissance de Parcs Canada en même temps et ne peuvent donc être séparées aux fins de l'évaluation environnementale. En demandant une évaluation environnementale à l'égard d'une partie du projet de Goat's Eye, Parcs Canada a omis d'examiner la totalité des effets de la proposition de Sunshine sur l'environnement et a donc omis d'assurer l'examen des «répercussions environnementales de toutes les propositions», comme l'exige l'article 3 des Lignes directrices PEEE.

Selon la SPPSNC, la construction d'une phase initiale après une évaluation partielle peut faciliter l'approbation des phases subséquentes, même s'il est possible que l'ensemble de la proposition ait été désapprouvé dans le cadre d'un examen global des effets de toutes les phases sur l'environnement. Parcs Canada explique clairement cette question dans son examen préalable du projet d'aménagement à long terme de 1992:

It is clear however, that frequently the sum effect of a number of individual developments is different, in both quantity and quality, than the effects of each component in isolation.

This is the case with the Sunshine Village Corporation 1992 development proposal.

On a site by site, or project by project basis, most of the elements of the 1992 plan do not have major impacts. They do, however, contribute to an already significant level of environmental effects. Frequently, the development of one component creates a momentum which lead to other development elsewhere. An example is the construction of lifts and terrain on Goat's Eye which have driven the need to develop new parking lots.

Parks Canada succinctly explained the need to consider cumulative effects:

The importance of including the environmental effects of previous activities, or other activities within the area, has been recognized as increasingly important because of the significance of cumulative effects . . .

To meet the objectives of this Environmental Screening, the potential significance of the environmental impacts which may result from the proposed development must be assessed. The significance of those impacts cannot be determined in isolation, without reference to the existing level of impacts experienced within the ecosystem.

In the June 1993 draft screening of Sunshine's long-range proposal, at page 135, Parks Canada assessed the situation as follows:

Development at Sunshine is an example of incremental development. Approvals given in both 1965 and 1977 included commitments to limit growth, based on the understanding that the acceptable limit to environmental impact had been reached. Subsequent decisions were based on a review of new impacts likely to result from new development, with no reference to the level of environmental impacts which the area already experienced. Although each new development proposal in isolation appeared to be environmentally acceptable, the resulting cumulative effect of all development has created a significant negative environmental impact.

CPAWS argues that if Parks Canada had considered cumulative effects in assessing the potential environmental effects from the Goat's Eye proposal, it is quite likely that it would have determined, on the basis of the evidence before it, that the effects would be "significant" or "unacceptable" (which would have required that the proposal be referred to a

[TRADUCTION] Cependant, il arrive fréquemment que l'effet global d'un certain nombre de projets individuels soit différent, sur les plans quantitatif et qualitatif, des effets de chaque élément examiné séparément.

C'est le cas de la proposition d'aménagement de 1992 de Sunshine Village Corporation.

Selon un examen de chaque emplacement ou de chaque projet, la plupart des éléments du plan de 1992 n'ont pas d'effets importants. Toutefois, ils ont ensemble des effets néfastes assez importants sur l'environnement. Bien souvent, la mise en valeur d'un élément du projet crée un *momentum* qui mène à l'exécution d'un autre projet ailleurs. Un exemple réside dans la construction de remonte-pentes et dans l'aménagement d'un terrain à Goat's Eye, qui ont engendré la nécessité d'aménager de nouveaux terrains de stationnement.

Parcs Canada a expliqué de façon succincte la nécessité d'examiner les effets cumulatifs:

[TRADUCTION] L'importance croissante d'inclure les effets sur l'environnement des activités antérieures ou d'autres activités poursuivies à l'intérieur de la région a été reconnue, compte tenu de la portée des effets cumulatifs . . .

Pour atteindre les objectifs de l'examen préalable en matière d'environnement, il faut évaluer la gravité possible des effets pouvant découler de l'aménagement proposé sur l'environnement. La gravité de ces effets ne saurait être examinée de façon isolée, sans tenir compte du niveau existant d'effets reconnus dans l'écosystème.

À la page 135 du rapport d'examen préalable de juin 1993 concernant la proposition à long terme de Sunshine, Parcs Canada a évalué la situation en ces termes:

[TRADUCTION] L'aménagement à Sunshine est un exemple de mise en valeur à effets progressifs. Les approbations accordées en 1965 et 1977 comportaient des engagements visant à restreindre la croissance, les parties ayant reconnu que le niveau acceptable d'effets sur l'environnement avait été atteint. Les décisions subséquentes étaient fondées sur l'examen des nouveaux effets susceptibles de découler de nouveaux travaux d'aménagement et ne portaient nullement sur les effets néfastes déjà ressentis dans la région. Même si chaque nouvelle proposition, examinée séparément, semblait acceptable sur le plan de l'environnement, l'ensemble des aménagements ont eu des effets néfastes importants sur l'environnement.

La SPPSNC soutient que, si Parcs Canada avait examiné les effets cumulatifs lorsqu'elle a évalué les conséquences possibles de la proposition relative à Goat's Eye sur le plan de l'environnement, il aurait probablement jugé, sur la foi des données dont il était saisi, que les effets étaient «importants» ou «inacceptables» (auquel cas il aurait fallu renvoyer la proposi-

review Panel or rejected under section 12 of the EARP Guidelines).

CPAWS also submits that the screening decision failed to consider whether the proposal's potential environmental effects were "insignificant" or whether these effects were "mitigable with known technology." Pursuant to section 12, whether the potential environmental effects of a proposal are significant or are mitigable with known technology, has two different consequences: a finding that the potential effects are mitigable with known technology invokes section 14 of the EARP Guidelines, which requires the department to ensure that necessary mitigation measures are implemented; or a finding that the potential effects are insignificant does not require the department to ensure that mitigation measures are implemented.

CPAWS' position is that not only did Parks Canada and the Superintendent make an error, but the Minister of Environment also erred in approving Sunshine's 1992 long-range development proposal. By giving his approval before the proposal had been subjected to environmental assessment, the Minister directly contravened the requirements of section 3 of the EARP Guidelines and thus also committed an error of jurisdiction.

FEDERAL RESPONDENTS' POSITION

It is the position of the respondents that the EARP Guidelines apply to Sunshine's long-range development plan proposal and to Sunshine's detailed 1992 Goat's Eye proposal. Basically, the 1978 approval was one in principle, in which the then Honourable Hugh Faulkner stated "I cannot overemphasize that approval in principle of the development proposals requires your firm commitment to environmental rehabilitation and protection measures."

The detailed plans or specifications for the Goat's Eye development were put forward in the 1980's. The EARP Guidelines came into effect in 1984,

tion à une commission d'examen ou rejeter la proposition aux termes de l'article 12 des Lignes directrices PEEE).

Toujours d'après la SPPSNC, Parcs Canada ne s'est pas demandé si les risques que comportait la proposition pour l'environnement étaient «minimes» ou s'ils pouvaient être «atténués par l'application de mesures techniques connues». Selon l'article 12, la réponse à cette question peut donner lieu à deux conséquences différentes: s'il est jugé que les effets néfastes possibles peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, il faudra appliquer l'article 14 des Lignes directrices PEEE, qui prévoit que le ministère responsable doit voir à la mise en application de mesures d'atténuation nécessaires. Par contre, s'il est jugé que les effets possibles sont minimes, le ministère ne sera pas tenu de suivre cette démarche.

De l'avis de la SPPSNC, non seulement Parcs Canada et le directeur ont-ils commis une erreur, mais le ministre de l'Environnement a lui aussi commis une erreur en approuvant la proposition d'aménagement à long terme de 1992 de Sunshine. En donnant son approbation avant que la proposition n'ait fait l'objet d'une évaluation environnementale, le ministre a violé les exigences de l'article 3 des Lignes directrices PEEE et a donc également commis une erreur de compétence.

LA THÈSE DES INTIMÉS REPRÉSENTANT LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Les intimés soutiennent que les Lignes directrices PEEE s'appliquent à la proposition d'aménagement à long terme de Sunshine ainsi qu'à la proposition détaillée de celle-ci concernant Goat's Eye. Fondamentalement, l'approbation de 1978 était une approbation de principe, dans le cadre de laquelle l'honorable Hugh Faulkner a dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Je ne saurais trop insister sur le fait que l'approbation de principe à l'égard des propositions d'aménagement nécessite de votre part un engagement ferme quant à l'adoption de mesures de réhabilitation et de protection de l'environnement».

Les plans et devis détaillés relatifs au projet de Goat's Eye ont été présentés au cours des années 1980. Les Lignes directrices PEEE sont entrées en

while the official plan for Goat's Eye was presented in 1992. Since then, public hearings were held and modified proposals were submitted. From that point of view, says the Crown, there is no question that the EARP Guidelines apply. The 1992 Minister's approval stated that it was subject to environmental assessment consistent with the normal planning process.

After the fall permit had expired and pursuant to section 15 of the EARP Guidelines, Parks Canada published a notice concerning the restricted activity permit for the higher elevation forestry clearing. The public response was compiled and Sunshine was advised that Parks Canada would require time to review the comments received. The Crown contends that the Superintendent did not refuse the permit, but only delayed it pending the outcome of the Environmental Assessment Panel. This was done pursuant to the discretionary power of the Superintendent to issue a permit under section 12 of the *National Parks General Regulations* [SOR/78-213].

On January 25, 1994, the Minister responsible for national parks, exercising powers granted to him by section 13 of the EARP Guidelines, determined that public concerns relating to commercial expansion at Sunshine Village within Banff National Park were such that a public review was desirable. Depending on the outcome of this proceeding, expansion proposals for Sunshine Village will be referred to an Environmental Assessment Panel. This Panel would hold public hearings and would specifically address the cumulative effects of the proposals. The respondents believe they should not be compelled to grant the permit pending public review. They add that contracted relationships between Sunshine and Parks Canada do not fetter the discretion of the Superintendent of Banff to withhold further timber cutting permits pending the Panel review.

vigueur en 1984, tandis que le plan officiel concernant le projet de Goat's Eye a été présenté en 1992. Depuis ce temps, des audiences publiques ont été tenues et des propositions modifiées ont été soumises. Sa Majesté soutient que, de ce point de vue, il est indubitable que les Lignes directrices PEEE s'appliquent. Dans l'approbation qu'il a donnée en 1992, le ministre a mentionné qu'elle était assujettie à une évaluation environnementale compatible avec le processus de planification normal.

Après l'expiration du permis relatif aux travaux de l'automne, Parcs Canada a publié, conformément à l'article 15 des Lignes directrices PEEE, un avis concernant le permis restreint relatif à l'abattage des arbres dans la partie supérieure des pentes. Les réponses publiques ont été compilées et Sunshine a été avisée que Parcs Canada aurait besoin de temps pour examiner les commentaires reçus. Sa Majesté soutient que le directeur n'a pas refusé de délivrer le permis, mais a simplement reporté la délivrance jusqu'au résultat de l'examen réalisé par la Commission d'évaluation environnementale. Le directeur a agi ainsi conformément au pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'article 12 du *Règlement général sur les parcs nationaux* [DORS/78-213] en matière de délivrance de permis.

Le 25 janvier 1994, le ministre responsable des parcs nationaux, exerçant les pouvoirs que lui accorde l'article 13 des Lignes directrices PEEE, a conclu que les préoccupations du public au sujet de l'agrandissement commercial à Sunshine Village, dans le parc national Banff, rendaient un examen public souhaitable. Selon le résultat de cet examen, les propositions concernant Sunshine Village seront soumises à une Commission d'évaluation environnementale. Cette Commission tiendra des audiences publiques et examinera de façon précise les effets cumulatifs des propositions. Les intimés soutiennent qu'ils ne devraient pas être contraints d'accorder le permis avant l'examen public. Ils ajoutent que les liens contractuels entre Sunshine et Parcs Canada n'atténuent en rien le pouvoir discrétionnaire du directeur de Banff de suspendre la délivrance de permis de coupe supplémentaires pendant l'examen par la Commission.

The respondent Crown submits that the Guidelines define an environmental assessment process with two stages of review. The first stage of the process is an environmental screening or initial assessment to determine whether there may be potentially adverse environmental effects from the proposal. The second stage is a public review by an independent Environmental Assessment Panel. The Minister may refer a proposal to a Panel notwithstanding that the environmental effects of that proposal have been found to be insignificant. The respondents refer to *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1991] 1 F.C. 641 (C.A.), at page 656, where Iacobucci C.J. for the Federal Court Appeal Division ruled that the second stage can be triggered at any time in which the Minister decides that public concern is such that a public review is desirable:

The second stage is a public review process by an independently established Environmental Assessment Panel that can be triggered by (i) the Minister so deciding where public concern indicates a public review is desirable [s. 13] (ii) the proposal being of a type that is on a list that calls for automatic referral to the Minister for public review by a Panel [combined operation of paragraphs 11(b) and 12(b) of EARPGO] and (iii) the initial assessment revealing prescribed circumstances that call for public review by a Panel [ss. 12, 20].

The respondents disagree with Sunshine's opinion that the Guidelines have been met due to the screening decision. A decision under paragraph 12(c) of the EARP Guidelines does not mean that a project can proceed without opportunity for public response to the project under section 15 of the Guidelines, or without the possibility of public concerns being such that a public review by a Panel under section 13 may become desirable. Indeed, section 13 expressly provides that the Minister may weigh public concerns "[n]otwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12."

With respect to the applicant CPAWS, it is the position of the federal respondents that no useful purpose would be served by granting the relief which the group seeks. The decision of the Minister to refer the

Sa Majesté allègue que les Lignes directrices définissent un processus d'évaluation en matière d'environnement qui comporte un examen en deux étapes. La première étape consiste à procéder à un examen préalable ou à une évaluation initiale afin de déterminer si une proposition donnée peut avoir des effets néfastes sur l'environnement. La deuxième étape est un examen public réalisé par une Commission d'évaluation environnementale indépendante. Le ministre peut soumettre la proposition à une commission, même s'il a été jugé que les effets de celle-ci sur l'environnement sont minimales. Les intimés citent l'arrêt *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1991] 1 C.F. 641 (C.A.), à la page 656, où le juge en chef Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a statué que la deuxième étape peut être déclenchée en tout temps, lorsque le ministre juge que les préoccupations du public rendent cet examen souhaitable:

Le second palier consiste en un examen public effectué par une commission indépendante, lequel examen public est déclenché (i) par le ministre chaque fois que les préoccupations du public rendent un tel examen souhaitable [article 13 des Lignes directrices], (ii) si la proposition est d'un type compris dans une liste en vertu de laquelle elle est automatiquement soumise au ministre en vue de l'examen public par une commission [effet conjugué des alinéas 11(b) et 12(b) des Lignes directrices] et (iii) si l'évaluation initiale révèle des facteurs qui justifient l'examen public par une commission [articles 12 et 20].

Les intimés ne sont pas d'accord avec Sunshine lorsque celle-ci soutient que les Lignes directrices ont été respectées en raison de la décision relative à l'examen préalable. Une décision fondée sur l'alinéa 12(c) des Lignes directrices PEEB ne signifie pas qu'un projet peut procéder sans que le public n'ait accès à l'information s'y rapportant aux termes de l'article 15 des Lignes directrices ou sans qu'une commission ne tienne un examen public en application de l'article 13, lorsque le ministre juge que les préoccupations du public rendent cet examen souhaitable. Effectivement, l'article 13 prévoit expressément que le ministre peut évaluer les préoccupations du public «nonobstant la détermination des effets d'une proposition faite conformément à l'article 12».

En ce qui a trait à la requérante SPPSNC, les intimés représentant le gouvernement fédéral estiment que l'octroi de la réparation demandée par le groupe ne servirait aucune fin utile. Le renvoi par le

proposal to an Environmental Assessment Panel, which will hold public hearings and examine cumulative effects of the proposals, answers the issues raised by CPAWS. No further useful purpose would be served by granting the relief sought by CPAWS since its action has become moot.

FINDINGS

As a preliminary issue, I will tackle the question of CPAWS' standing to launch its own action. Both Sunshine and the federal respondents are of the opinion that CPAWS' action is moot. The proper test to apply was elaborated by the Supreme Court in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at page 353:

The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly, if subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot.

I must agree with the mootness of CPAWS' proceeding. CPAWS was seeking environmental assessments of Sunshine's project pursuant to the EARP Guidelines. This goal may have been valid at the time the proceedings were initiated, but since Parks Canada has decided to set-up a review Panel to further assess the environmental impacts of the project, the action is no longer necessary. CPAWS's request to invalidate the construction agreement, the timber cutting permit and the approval of the long-range plan can be dealt with in conjunction with the issue as to whether or not the EARP Guidelines applied to those situations, and whether or not they were followed. One must not forget, in any event, that CPAWS has validly been given the standing of respondent in Sunshine's application.

ministre du projet à une Commission d'évaluation environnementale qui tiendra des audiences publiques et examinera les effets cumulatifs des propositions répond aux questions soulevées par la SPPSNC. L'octroi de la réparation que celle-ci demande ne servirait aucune autre fin utile, parce que son recours est devenu théorique.

b CONCLUSIONS

Comme question préliminaire, je déterminerai d'abord si la SPPSNC a le statut nécessaire pour introduire sa propre action. Sunshine et les intimés représentant le gouvernement fédéral estiment que le recours de la SPPSNC est théorique. Le critère qu'il convient d'appliquer a été élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, à la page 353:

Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique.

Je dois reconnaître que la procédure de la SPPSNC est théorique. La Société cherchait à obtenir des évaluations environnementales du projet de Sunshine conformément aux Lignes directrices PEEE. Cet objectif était peut-être valable lorsque l'action a été intentée; cependant, depuis que Parcs Canada a décidé de confier à une commission d'évaluation la tâche d'examiner les effets du projet sur l'environnement, l'action n'est plus nécessaire. La demande de la SPPSNC en vue d'invalider l'accord de construction, le permis de coupe de bois et l'approbation du plan à long terme peut être examinée en même temps que la question de savoir si les Lignes directrices s'appliquaient ou non à ces situations et si elles ont été respectées ou non. En tout état de cause, il faut se rappeler que le statut de la SPPSNC a été reconnu dans la demande de Sunshine.

I would also add as a preliminary issue that Rule 1602(4) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] prescribes that only one decision may be the object of judicial review in an application, in this case being the Superintendent's refusal or delay of the second permit. Nevertheless, there is involved in the complex issues argued by the parties the question of the application of the EARP Guidelines, which of course include the Minister's decision under section 13 and that, in my view, deserves comment.

I now turn to one of the main issues: the applicability of the 1984 EARP Guidelines to the Goat's Eye project and the long-range plan.

The general principle is that unless it is expressly mentioned, any piece of legislation has no retroactive effect. The Court's decisions in *Naskapi-Montagnais, supra* and *Eastmain, supra* indicate that the EARP Guidelines do not have a retroactive effect on the initial project of 1978. However, since the Guidelines' adoption in 1984, many amendments were made to the original plan; to those, the EARP Guidelines may be said to apply.

Although Sunshine made an initial proposal in 1978, the approval was one in principle which has been upgraded through the years by further specifics of components of the plan. I believe it would be a non-sense for the Minister to approve amendments to a plan in 1992 but have to look at the environmental standards of 1978 before approving it. It was clear throughout the plan's development that environmental standards had to be met. Sunshine even agreed to the screening process pursuant to the EARP Guidelines.

The next step is to look at how these guidelines were applied. In February 1993, the Goat's Eye project went through a screening process with success pursuant to section 12 of the EARP Guidelines. In September of that same year, the parties entered into a construction agreement. On October 7, 1993, a

J'ajouterais également, comme question préliminaire, que, selon la Règle 1602(4) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], une seule décision peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire, en l'espèce, le refus du directeur de délivrer le deuxième permis ou le retard à le faire. Néanmoins, les questions complexes débattues par les parties concernent l'application des Lignes directrices PEEE, ce qui comprend évidemment la décision que le ministre a prise aux termes de l'article 13, laquelle question mérite à mon avis d'être commentée.

J'en arrive maintenant à l'une des principales questions en litige, soit l'applicabilité des Lignes directrices de 1984 au projet de Goat's Eye et au plan à long terme.

Selon le principe général applicable, sauf mention contraire explicite, aucun texte législatif n'a d'effet rétroactif. Les décisions rendues dans les affaires *Naskapi-Montagnais* et *Eastmain* (précitées) indiquent que les Lignes directrices PEEE ne s'appliquent pas de façon rétroactive au projet initial de 1978. Cependant, depuis l'adoption des Lignes directrices en 1984, le plan initial a fait l'objet de nombreuses modifications; il est donc possible que les Lignes directrices PEEE s'appliquent à ces modifications.

Bien que Sunshine ait présenté une proposition initiale en 1978, l'approbation s'y rapportant était une approbation de principe qui, au fil des années, s'est transformée pour viser certains éléments précis du plan. À mon avis, il ne serait pas logique que le ministre approuve des modifications apportées à un plan en 1992, mais qu'il doive examiner les normes environnementales de 1978 avant de les approuver. Il était clair, tout au long de l'élaboration du plan, que les normes relatives à l'environnement devaient être respectées. Sunshine a même consenti au processus d'examen préalable conformément aux Lignes directrices PEEE.

La prochaine étape consiste donc à examiner la façon dont ces Lignes directrices ont été appliquées. En février 1993, le projet de Goat's Eye a franchi avec succès l'étape de l'examen préalable aux termes de l'article 12 des Lignes directrices PEEE. En septembre de la même année, les parties ont conclu un

restricted activity permit was issued by the Superintendent for the purpose of clearing the ski runs in accordance with the agreement. One can therefore assume that all environmental assessments, dealing with the Goat's Eye project only, had been dealt with before that first permit was issued. The Superintendent must have felt that the plans and the work to be done were adequate. Again, I refer to the Superintendent's powers pursuant to the construction agreement:

1. Complete plans, specifications and descriptions of each component of this project must be submitted to and approved by the Superintendent prior to commencement of construction.

If, in the reasonable opinion of the Superintendent, the plans, specifications and descriptions which have been submitted are inadequate in any way, or would lead to environmental impacts which are unacceptable or unnecessary, or are, in the Superintendent's opinion, not in the best interests of Parks Canada, he may deny approval.

2. No site disturbance or construction of any component of this project may commence on site until a Building Permit has been issued by the Superintendent.

The Superintendent also has the general discretion to issue permits pursuant to section 12 of the *National Parks General Regulations*. But one must assume that once the construction agreement had been entered into, all the environmental concerns had been dealt with. This is what seemed to have been the intent at the July 1991 Goat's Eye Planning Committee; once the environment assessments were passed, the construction agreement was the next step.

The problems for Sunshine started when Parks Canada, purporting to act pursuant to section 15 of the Guidelines, invited comments from the public on the Goat's Eye development project. Section 15 provides:

15. The initiating department shall ensure

(a) after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12 or a referral concerning the proposal has been made pursuant to section 13, and

(b) before any mitigation or compensation measures are implemented pursuant to section 14,

accord de construction. Le 7 octobre 1993, le directeur a délivré un permis restreint pour permettre le déboisement des pentes de ski conformément à l'accord. Il est donc permis de présumer que toutes les évaluations environnementales concernant le projet de Goat's Eye seulement avaient été faites avant la délivrance de ce premier permis. Le directeur devait nécessairement être d'avis que les plans et les travaux à exécuter étaient appropriés. Je cite à nouveau les pouvoirs conférés au directeur par l'accord de construction:

[TRADUCTION] 1. Des plans complets, devis et descriptions relatifs à chaque composante de ce projet doivent être soumis au directeur et approuvés par celui-ci avant le début des travaux de construction.

Si, de l'avis raisonnable du directeur, les plans, devis et descriptions soumis sont insatisfaisants, d'une façon ou d'une autre, ou risquent d'avoir sur l'environnement des effets néfastes inacceptables ou inutiles ou encore si, de l'avis du directeur, les plans ne sont pas conformes aux intérêts de Parcs Canada, celui-ci pourra refuser de les approuver.

2. Aucune activité susceptible de perturber l'emplacement ou activité de construction d'un élément du projet ne peut être entreprise sur le chantier avant la délivrance d'un permis de construction par le directeur.

Le directeur est également investi du pouvoir discrétionnaire général prévu à l'article 12 du *Règlement général sur les parcs nationaux* en matière de délivrance de permis. Cependant, il faut présumer que, lors de la conclusion de l'accord de construction, toutes les préoccupations liées à l'environnement avaient été examinées. C'est ce qui semblait avoir été envisagé lors de la réunion que le comité de planification de Goat's Eye a tenue en juillet 1991; dès la fin des évaluations environnementales, l'accord de construction devait être signé.

Les problèmes de Sunshine ont débuté lorsque Parcs Canada, invoquant l'article 15 des Lignes directrices, a demandé des commentaires au public au sujet du projet de Goat's Eye. Voici le texte de l'article 15:

15. Le ministère responsable doit s'assurer

a) après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12 ou après qu'une proposition a été soumise au Ministre conformément à l'article 13, et

b) avant la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation conformément à l'article 14,

that the public have access to the information on and the opportunity to respond to the proposal in accordance with the spirit and principles of the *Access to Information Act*.

Contrary to Parks Canada's actions, section 15 does not impose thirty-day deadlines nor does it request Parks Canada to put up notices inviting responses. Public information sessions concerning the long-range plan were held in December of 1992 after the then Minister Charest approved the plan of which the Goat's Eye project was part. Specific to the Goat's Eye project, the screening process under section 12 was approved in February of 1993. This approval included that no "formal public consultation" was necessary.

Section 15 seems to seek public opinion for "proposals." If the Goat's Eye project, which had passed all the standards pursuant to section 12 of the EARP Guidelines, was considered a "proposal," why was the section 15 requirement for public notice not dealt with before the construction agreement was entered into in September of 1993 or before the timber cutting permit was granted in October of 1993?

Assuming all the time that EARP Guidelines were still applicable, the section 15 requirement should have kicked in once the section 12 approval of the Goat's Eye project was decided in February of 1993. This was not done until nearly a year later when the Goat's Eye programme was already being implemented. No doubt that in the meantime, Parks Canada, under the construction agreement and its regulations, maintained its discretion to grant the necessary permits, but in the circumstances, such discretion was to be exercised reasonably and pursuant to procedural fairness.

I appreciate that contractual agreements do not vitiate any powers or jurisdiction granted to Parks Canada pursuant to its statute or regulations, but once the construction agreement was entered into and the timber cutting permit was issued, Sunshine was no longer dealing with a Goat's Eye "proposal," but rather with the "implementation" of its project while waiting for the second permit to be issued. Section 15 deals with "proposal" which I do not believe the

que le public a accès à l'information concernant cette proposition conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*.

Contrairement à ce qu'a fait Parcs Canada, l'article 15 n'impose pas un délai de trente jours ni n'exige de Parcs Canada qu'il publie des avis en vue d'obtenir des réponses. Les séances d'information publiques concernant le plan à long terme ont eu lieu en décembre 1992, après l'approbation par le ministre Charest du plan dont le projet Goat's Eye faisait partie. En février 1993, le processus d'examen préalable concernant spécifiquement le projet Goat's Eye a été approuvé. Selon cette approbation, «aucune consultation publique officielle» n'était nécessaire.

L'accès du public à l'information aux termes de l'article 15 semble s'appliquer aux propositions. Si le projet de Goat's Eye, qui avait franchi avec succès la première étape aux termes de l'article 12 des Lignes directrices PEEE, était considéré comme une proposition, pourquoi l'avis public exigé par l'article 15 n'a-t-il pas été donné avant la conclusion de l'accord de construction en septembre 1993 ou avant l'octroi du permis de coupe en octobre de la même année?

Si l'on suppose que les Lignes directrices PEEE s'appliquaient toujours, l'exigence prévue à l'article 15 aurait dû être respectée dès que le projet de Goat's Eye a été approuvé en février 1993 conformément à l'article 12. Cependant, la démarche prévue à l'article 15 n'a été entreprise que près d'un an plus tard, alors que le programme de Goat's Eye était déjà en cours. Il est bien certain que, dans l'intervalle, Parcs Canada conservait, conformément à l'accord de construction et à son règlement, le pouvoir discrétionnaire d'accorder les permis nécessaires; toutefois, dans les circonstances, ce pouvoir discrétionnaire devait être exercé de façon raisonnable et équitable sur le plan de la procédure.

J'admets que les ententes n'amulent pas les pouvoirs ou la compétence que Parcs Canada possède en vertu de sa loi habilitante ou du règlement d'application de celle-ci; cependant, une fois l'accord de construction conclu et une fois le permis de coupe de bois délivré, le projet de Goat's Eye n'en était plus à l'étape de «proposition», mais plutôt à l'étape de «mise en œuvre» pendant la période d'attente précédant la délivrance du deuxième permis. L'article 15

Goat's Eye project was in this case. "Proposal" is defined in the Guidelines as follows:

2. . . .

"proposal" includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

It would seem to me that by entering into a construction agreement and granting a timber cutting permit for the lower part of the ski runs, that the Government had already made a decision and was no longer dealing with a proposal. The agreement was under way and being implemented. I do not understand what initiated a section 15 notice at the time it was done, although I am quite aware that public information and response had been an ongoing process since the birth of the project in 1978.

For the Superintendent to rely on the public responses to refuse the second permit to Goat's Eye project was a jurisdictional error, since there was no longer a "proposal" to deal with. I would therefore conclude that the Superintendent's decision to rely on such response, in the circumstances, was an error subject to judicial review. I would add, however, that any public response to the other components of long-range plan might still be acceptable since that plan is still in the "proposal" stage, having not gone through any screening process or preliminary environmental assessments.

Notwithstanding Park Canada's wide discretionary power to grant or refuse timber cutting permits, courts have established that such a decision can be reviewed in cases where there has been a violation of principles of natural justice. To follow these principles is a duty that rests upon every public authority making administrative decisions: *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643. According to *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 557, a legitimate expectation of a certain outcome is part of procedural fairness. This ground applies where the applicant could reasonably expect that a regular practice would continue: *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684

concerne les «propositions» et, à mon avis, le projet de Goat's Eye n'était pas une proposition à ce moment-là. Une «proposition» est définie comme suit dans les Lignes directrices:

^a 2. . . .

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

^b

À mon avis, en concluant un accord de construction et en délivrant un permis de coupe de bois à l'égard des pentes de ski inférieures, le gouvernement avait déjà pris une décision et n'était plus devant une proposition. L'accord était en cours d'exécution. J'ignore ce qui a déclenché la publication d'un avis aux termes de l'article 15 à ce moment-là, mais je sais pertinemment que le public a été constamment informé depuis la naissance du projet en 1978.

^d

En se fondant sur les réponses du public pour refuser de délivrer le deuxième permis à l'égard du projet de Goat's Eye, le directeur a commis une erreur de compétence, car il n'était plus devant une «proposition». J'en viendrais donc à la conclusion qu'en se fondant sur cette réponse, le directeur a commis, dans les circonstances, une erreur susceptible de révision par les tribunaux. J'ajouterais toutefois que l'attente d'une réponse du public à l'égard des autres éléments du projet du plan à long terme pourrait encore être acceptable, puisque ce plan en est encore au stade de «proposition», n'ayant pas encore franchi l'étape de l'examen préalable ou de l'évaluation initiale.

^g

Malgré le large pouvoir discrétionnaire que Parcs Canada possède en matière d'octroi ou de refus de permis de coupe de bois, les tribunaux ont statué que cette décision peut être révisée lorsque les principes de justice naturelle ont été violés. Toute autorité publique qui prend des décisions de nature administrative est tenue de se conformer à ces principes: voir l'affaire *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643. Selon l'arrêt *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 557, l'attente légitime d'un certain résultat fait partie de l'équité sur le plan de la procédure. Ce motif s'applique lorsque le requérant pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'une pratique régulière soit suivie: voir l'arrêt

(C.A.), at page 708. Having signed a construction agreement and having been issued a first timber cutting permit, it is quite reasonable to conclude that the applicant could reasonably expect that the second permit would be granted. This is further supported by the fact that the Superintendent and representatives of Sunshine met to discuss the next steps of the construction programme while waiting for the second permit to be issued.

Before discussing the issue of possible remedies, however, I should make a few comments on what appears to me to be a double-whammy directed at Sunshine Village.

First of all, section 5 of the EARP Guidelines provides as follows:

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal. [Underline mine.]

It seems to me that such is a guideline which the federal respondents might not have followed. Sunshine's proposal has been on the Minister's desk since 1978 when the proposal was approved in principle. Since then, and up until the refusal to grant a second permit in January 1994, proposals and modifications were subjected to many stages before implementation: development agreements, environmental assessments under the EARP Guidelines, public consultations, and finally a construction agreement with strict conditions imposed on Sunshine, such as daily surveillance of all operations.

In accordance with this construction agreement, Sunshine's programme became operational with the issuance of a permit to clear the lower portion of the

Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général), [1989] 3 C.F. 684 (C.A.), à la page 708. Étant donné qu'un accord de construction avait été signé et qu'un premier permis de coupe de bois avait été délivré, la requérante était raisonnablement en droit de s'attendre à ce que le deuxième permis soit aussi délivré. En outre, le directeur et des représentants de Sunshine se sont rencontrés pour discuter des prochaines étapes du programme de construction en attendant la délivrance du deuxième permis.

Toutefois, avant d'aborder la question des réparations possibles, j'aimerais formuler quelques commentaires au sujet du double fardeau qui semble être imposé à Sunshine Village.

D'abord, l'article 5 des Lignes directrices PEEE prévoit ce qui suit:

5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition. [C'est moi qui souligne.]

Il me semble qu'il s'agit là d'une ligne directrice que les intimés représentant le gouvernement fédéral n'ont peut-être pas suivie. La proposition de Sunshine était sur le bureau du ministre depuis 1978 lorsqu'elle a été approuvée en principe. Depuis ce temps, et jusqu'au refus d'accorder un deuxième permis en janvier 1994, les propositions et les modifications s'y rapportant ont fait l'objet de plusieurs mesures avant leur mise à exécution: ententes de mise en œuvre, évaluations environnementales sous le régime des Lignes directrices PEEE, consultations publiques et, finalement, accord de construction comportant des conditions strictes à l'endroit de Sunshine, notamment la surveillance quotidienne de toutes les activités.

Conformément à l'accord de construction, le programme de Sunshine est devenu opérationnel lors de la délivrance d'un permis d'abattage des arbres se

mountain during the period from October 7 to November 15, 1993.

I have already recited what happened when CPAWS challenged the validity of the construction agreement on the grounds that proper environmental assessments under the EARP Guidelines had not been conducted. Purporting to act pursuant to section 15 of the Guidelines, Parks Canada initiated a public consultation process. The result is well known: the construction programme was halted, Parks Canada delayed the issuance of any further permits in order to study the public's responses and, as if by sheer coincidence, the Minister, pursuant to section 13, ordered a public review by a Panel.

Referring now to section 5 of the Guidelines, to what extent has there been duplication of the review process? Parks Canada, under its enabling statute, the *National Parks Act*, R.S.C., 1985, c. N-14, exercises extensive control and management of national parks. Under section 4, national parks of Canada are dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment. In subsection 5(1.2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 39, s. 3], it is stipulated that the maintenance of ecological integrity through the protection of natural resources shall be "the first priority when considering park zoning and visitor use in a management plan." In subsection 5(1.4) [as am. *idem*], opportunities are to be provided for public participation at the national, regional and local levels in the development of parks policy and management plans. Finally, under section 7 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 359, Sch., Item 7; (4th Supp.), c. 39, s. 5; S.C. 1991, c. 24, s. 51, Sch. III, Item 9; 1992, c. 47, s. 84, Sch., Item 8], the Governor in Council may make regulations for the preservation, control and management of the parks and specifically, the protection of the flora, fauna, fish, soil, waters, fossils, natural features, air quality and cultural, historical and archeological resources comprised in some three dozen heads of regulatory powers. These powers are so extensive that they enabled some 160 separate orders in council to be enacted. The list and sub-lists alone of these regulations take up a dozen pages.

trouvant sur les pentes inférieures de la montagne du 7 octobre au 15 novembre 1993.

J'ai déjà mentionné ce qui était survenu lorsque la SPPSNC a contesté la validité de l'accord de construction au motif que les évaluations environnementales exigées par les Lignes directrices PEEE n'avaient pas été faites. Invoquant l'article 15 des Lignes directrices, Parcs Canada a entrepris un processus de consultation publique. Le résultat est bien connu: le programme de construction a été interrompu, Parcs Canada a reporté la délivrance de permis supplémentaires afin d'étudier les réponses du public et, comme par hasard, le ministre a ordonné un examen public par une commission conformément à l'article 13.

En ce qui a trait à l'article 5 des Lignes directrices, on peut se demander dans quelle mesure il y a eu répétition du processus d'examen. Selon la *Loi sur les parcs nationaux*, L.R.C. (1985), ch. N-14, les parcs nationaux sont placés sous l'autorité de Parcs Canada. L'article 4 prévoit que les parcs nationaux sont créés à l'intention du peuple canadien afin que celui-ci puisse les utiliser pour son plaisir et l'enrichissement de ses connaissances. Selon le paragraphe 5(1.2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 39, art. 3], «il importe en premier lieu de préserver l'intégrité écologique et, à cette fin, de protéger les ressources naturelles», en ce qui concerne le zonage du parc et l'utilisation par les visiteurs. Selon le paragraphe 5(1.4) [mod., *idem*], la participation du public, à l'échelle nationale, régionale et locale, à l'élaboration de la politique et des plans de gestion des parcs doit être favorisée. Enfin, l'article 7 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 359, ann., item 7; (4^e suppl.), ch. 39, art. 5; L.C. 1991, ch. 24, art. 51, ann. III, item 9; 1992, ch. 47, art. 84, ann., item 8] permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant la préservation, la surveillance et l'administration des parcs, notamment la protection de la flore, de la faune, du poisson, du sol, des eaux, des fossiles, de la topographie, de la qualité de l'air et des ressources culturelles, historiques et archéologiques; tous ces pouvoirs sont décrits dans quelque trois douzaines d'alinéas et sont tellement étendus qu'ils ont permis l'adoption de quelque 160 décrets différents. La liste et les sous-listes de ces règlements à elles seules remplissent une douzaine de pages.

What strikes me as very odd in this whole affair is the number of thresholds an applicant must cross before any residual discretion to the Minister pursuant to section 13 of the EARP Guidelines becomes exhausted. The Guidelines speak of proposals. These proposals cannot remain in limbo and left to ministerial discretion for all times. Sooner or later, a proposal, as in the case before me, is made to the initiating department of government, herein Parks Canada. The general proposal was originally accepted in principle in 1978. Some of the proposals were implemented in the 1980's and notwithstanding the absence at that time of the more formal or general requirements contained in the EARP Guidelines, it seems evident to me that what was implemented was in full compliance with the extreme control requirements imposed by Parks Canada pursuant to its statutory obligations to do so. Once the necessary licenses and permits from Parks Canada have been issued, I fail to see clearly how the applicant's proposal can still be a proposal in regards to Goat's Eye Mountain, and thereby giving authority to the Minister to order a stop to everything and have the whole issue, including Goat's Eye Mountain, be the subject of a public review by a Panel.

In assessing the environmental impact of development of that mountain, Parks Canada adhered to the EARP Guidelines. Further, it found that the development complied with paragraph 12(c) of the Guidelines and that the possible adverse environmental effects were insignificant or mitigable with known technology. Now no one could question the credibility of their finding. If any institution knows anything about environmental impacts, it is Parks Canada which, for decades, has not only had the knowledge and expertise, but more, the statutory duty to ensure the ecological and environmental sanctity of national parks in general and Banff National Park in particular.

If public policy calls for increasing awareness of environmental concerns, it may be said that the situation of Sunshine Village becomes one of meeting a

Ce qui me semble très étrange dans toute cette histoire, c'est le nombre de paliers qu'une partie requérante doit franchir avant que le pouvoir discrétionnaire résiduel dont le ministre est investi en vertu de l'article 13 des Lignes directrices PEEE ne soit épuisé. Les Lignes directrices s'appliquent à des propositions. Ces propositions ne peuvent rester dans le vide et être assujetties indéfiniment au pouvoir discrétionnaire du ministre. Tôt ou tard, une proposition, comme c'est le cas en l'espèce, est présentée au ministère responsable du gouvernement, en l'occurrence, Parcs Canada. La proposition générale a initialement été acceptée en principe en 1978. Quelques-unes des propositions ont été mises en œuvre pendant les années 1980 et, malgré l'inexistence, à l'époque, des exigences plus formelles ou générales des Lignes directrices PEEE, il me semble évident que cette mise en œuvre respectait pleinement les exigences très strictes que Parcs Canada avait imposées en matière de contrôle, comme il devait le faire en vertu de sa loi habilitante. Une fois que les permis nécessaires ont été délivrés par Parcs Canada, je ne puis comprendre comment la proposition de la requérante peut encore être une proposition en ce qui a trait au projet de Goat's Eye Mountain, ce qui autoriserait le ministre à ordonner l'arrêt de tous les travaux et à demander l'examen de l'ensemble du projet, y compris celui de Goat's Eye Mountain, par une commission.

Lorsqu'il a évalué les effets de l'aménagement de cette montagne sur l'environnement, Parcs Canada s'est conformé aux Lignes directrices PEEE et a constaté par la suite que l'aménagement respectait l'alinéa 12c) des Lignes directrices et que les effets néfastes que la proposition pouvait avoir sur l'environnement étaient minimes ou pouvaient être atténués par l'application de mesures techniques connues. Personne ne pouvait douter de la crédibilité de cette conclusion. S'il existe une institution connaissante en la matière, c'est bien Parcs Canada qui, pendant des décennies, avait non seulement les connaissances et la compétence nécessaires pour assurer la protection écologique et environnementale des parcs nationaux, notamment le parc national Banff, mais devait le faire selon la loi.

Sunshine Village doit, semble-t-il, faire les frais de la sensibilisation accrue qu'exige l'intérêt public à l'égard des préoccupations environnementales en se

hydra-headed approval and control system where the initiating department may, as the evidence discloses, apply either head to do what ostensibly it is legally authorized to do. The caveat to this, of course, is that the Guidelines set up a system of environmental controls over proposals whereby Parks Canada's regulatory process involves both proposal and implementation. Once a component of an overall proposal has been approved and such component has crossed all the necessary thresholds, it seems to me that the powers of both regulators under either EARP or Parks Canada have been exhausted, the residual implementation control being, as in the case before me, left to the highly rigid regulatory functions of Parks Canada.

Of course, my view of the matter is also buttressed by references to section 8 of the Guidelines which says that the Guidelines apply to a regulatory body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of the Guidelines. If one should compare the Guidelines requirements to those imposed under the *National Parks Act*, it becomes abundantly clear that the environmental and ecological controls exercisable by Parks Canada are not only a duplication of the processes under the Guidelines, but are as well far more pervasive. It is also clear that where the Guidelines refer to proposals only, Parks Canada regulations touch upon every proposal and every narrow and singular aspect of implementation.

In my respectful view, the provisions of both section 5 and section 8 of the Guidelines are there for a purpose. They are there to avoid multiple re-hashing of proposals, especially when an initiating department, like Parks Canada, has more than the necessary clout to look into and regulate every single aspect of ecological and environmental concerns.

Admittedly, subsection 5(2) provides for a public review under the Guidelines, but this is restricted to use as a planning tool in the earliest stages of devel-

pliant à un système d'approbation et de contrôle pluraliste dont le ministère responsable peut, comme la preuve l'indique, utiliser l'un ou l'autre des organes pour faire ce qu'il est légalement autorisé à faire. Il est vrai, bien entendu, que les Lignes directrices créent un système de mesures de contrôle environnemental à l'égard des propositions, tandis que le processus de réglementation de Parcs Canada touche à la fois les propositions et la mise en œuvre. Une fois qu'un élément d'une proposition globale a été approuvé et qu'il a franchi tous les paliers nécessaires, il me semble que les pouvoirs des deux autorités de réglementation, qu'il s'agisse des pouvoirs découlant des Lignes directrices PEEE ou des pouvoirs de Parcs Canada, ont été épuisés, le contrôle résiduel de la mise en œuvre étant laissé, comme c'est le cas en l'espèce, à Parcs Canada, conformément aux fonctions de réglementation très strictes dont il est investi.

Bien entendu, je me fonde également sur l'article 8 des Lignes directrices qui énonce que celles-ci ne s'appliquent à un organisme de réglementation que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités. D'après une comparaison entre les exigences découlant des Lignes directrices et celles qui sont imposées en application de la *Loi sur les parcs nationaux*, les mesures de contrôle que Parcs Canada peut prendre sur le plan de l'environnement et de l'écologie constituent non seulement une répétition des démarches prévues dans les Lignes directrices, mais vont également beaucoup plus loin. En outre, alors que les Lignes directrices renvoient aux propositions seulement, les règlements de Parcs Canada touchent chaque proposition et chacun des éléments de leur mise en œuvre.

À mon avis, les articles 5 et 8 des Lignes directrices n'ont pas été rédigés inutilement. Ils visent à éviter les remaniements multiples des propositions, notamment lorsqu'un ministère responsable comme Parcs Canada possède plus que le pouvoir nécessaire pour examiner et réglementer chaque aspect des préoccupations écologiques et environnementales.

Il est vrai que le paragraphe 5(2) prévoit un examen public sous le régime des Lignes directrices, mais cet examen doit être utilisé uniquement comme

opment of a proposal. Whatever interpretation difficulty one might have with this subsection, the same cannot be said of the explicit provision found in section 8. This section clearly states that the Guidelines do not apply to a regulatory body if duplication would result from the application of the Guidelines. I should conclude that such is the situation with respect to Goat's Eye Mountain.

I need not elaborate further on that approach to that aspect of the case before me. Admittedly, an environmental assessment of the Goat's Eye proposal was made under the Guidelines. What is done is done. Having found, however, that the proposal met the test, that a construction agreement was duly executed, that an initial implementation was carried out, I fail to see where any further impediment under the Guidelines may be raised at this time.

To argue a contrary position, in my view, would mean that whichever way the winds of politics might blow, any proposal is subject at all stages of any development programme to a regulatory guillotine: should a proposal be approved under the EARP Guidelines, and the regulatory body, Parks Canada, acts in conformity with it and issues implementation authorizations necessary for it under its own regulatory process, the way would still be open for the exercise of ministerial discretion under section 13. Perhaps there are other provisions under Parks Canada regulations to order a public review or otherwise postpone the implementation, but with respect, section 13 would not be one of them.

In my view, public concerns over environmental issues should not be made a matter of whim by anyone purporting to act under the authority of either the EARP Guidelines or the authority of the *National Parks Act* and its large volume of regulations. It would mean that no matter the many processes to which an applicant must submit, there is no finality to any proposal. This is especially relevant when dealing with a development which is planned not in rela-

instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition. Si cette disposition peut donner lieu à des problèmes d'interprétation, on ne peut en dire autant de l'article 8, dont le libellé est clair. Il énonce en toutes lettres que les Lignes directrices ne s'appliquent pas à un organisme de réglementation s'il en découle un chevauchement des responsabilités. À mon sens, c'est le cas du projet de Goat's Eye Mountain.

Il ne m'apparaît pas nécessaire de commenter plus longuement cet aspect de la cause. Il est admis qu'une évaluation des effets de la proposition de Goat's Eye sur l'environnement a été faite sous le régime des Lignes directrices. Ce qui est fait est fait. Toutefois, étant donné que la proposition a franchi avec succès l'évaluation, qu'un accord de construction a été signé en bonne et due forme et que des travaux ont déjà été exécutés, je ne vois pas pourquoi un autre obstacle fondé sur les Lignes directrices pourrait être soulevé à ce moment-ci.

À mon avis, soutenir le contraire équivaudrait à dire que, quel que soit le côté où les vents de la politique soufflent, toute proposition risque, à un moment ou l'autre du programme de développement, de tomber sous le couperet des autorités de réglementation: si une proposition est approuvée aux termes des Lignes directrices PEEB et que l'organisme de réglementation, Parcs Canada, se conforme à cette approbation et délivre les autorisations nécessaires à la mise en œuvre conformément à ses propres règlements, l'évolution du projet pourrait encore être freinée suivant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre en vertu de l'article 13. Les règlements de Parcs Canada renferment peut-être d'autres dispositions permettant d'ordonner un examen public ou de retarder la mise en œuvre; cependant, à mon humble avis, l'article 13 ne fait pas partie de ces dispositions.

À mon sens, les préoccupations du public au sujet des questions liées à l'environnement ne devraient pas pouvoir servir de simple prétexte fantaisiste à toute personne qui prétend agir sous l'autorité des Lignes directrices PEEB ou de la *Loi sur les parcs nationaux* et de ses nombreux règlements. Si tel était le cas, cela signifierait que, malgré les nombreuses démarches auxquelles une partie requérante doit se soumettre, une proposition demeurera toujours une

tion to a wilderness area or to carve out some commercial use from pristine parks territory, but is earmarked for an area which has been specially "designated" under the *National Parks Act* Schedule as a recreational ski area.

It might not be untoward to observe that for Sunshine Village Corporation, its capital as well as the viability of its operations are always at risk. Admittedly, the risk is enhanced by reason of the fact that it must operate in a highly controlled area and the issue of public interest will be a constant throughout. In my view, however, the expensive processes imposed on the developer to ensure that the public interest is respected have been going on for many years, and it is clear that development plans for Goat's Eye Mountain have been known to the public for a considerable time. Parks Canada's own witness, as I have earlier mentioned, provided evidence giving full support to that fact. While, of course, a court cannot question ministerial discretion for public interest purposes, the discretion must nevertheless be exercised according to law.

I might briefly refer in this respect to *Curragh Resources Inc. v. Canada (Minister of Justice)*, [1993] 3 F.C. 729, where the Federal Court of Appeal ruled that notwithstanding the regulatory process involving the Yukon Territory Water Board, there was superadded the more generic environmental control under EARP which enabled the Minister involved to add further conditions to that particular proposal. At that stage, however, the whole Curragh Resources project was at the "proposal" stage. I suggest, however, that once a proposal has been cleared, the purely regulatory process, as in the case of Parks Canada, takes over and that is the limit of any competence or authority available under the EARP Guidelines.

Any contrary proposition, in my respectful view, becomes merely a matter of a purported exercise of ministerial discretion which has no foundation in law.

proposition. Cet argument vaut spécialement pour un projet qui concerne, non pas l'exploitation d'un site naturel ou l'utilisation commerciale d'un territoire vierge d'un parc, mais plutôt la mise en valeur d'une région qui a été spécialement «désignée», aux termes de l'annexe de la *Loi sur les parcs nationaux*, comme zone de ski récréatif.

Il convient de rappeler que les investissements et la viabilité des activités de Sunshine Village Corporation sont toujours en jeu. Il est vrai que le risque est accru du fait que l'entreprise doit agir dans une région fortement contrôlée et que la question de l'intérêt public devra constamment être examinée. Toutefois, j'estime que les démarches coûteuses qui sont imposées au promoteur pour assurer le respect de l'intérêt public ont été suivies pendant de nombreuses années et il est évident que le public est au courant depuis longtemps des plans de développement concernant le Goat's Eye Mountain. Comme je l'ai déjà mentionné, le propre témoin de Parcs Canada était tout à fait d'accord sur ce point. Bien qu'un tribunal ne puisse évidemment mettre en doute le pouvoir discrétionnaire d'un ministre à des fins liées à l'intérêt public, ce pouvoir discrétionnaire doit néanmoins être exercé conformément à la loi.

Sur ce point, j'aimerais citer l'arrêt *Curragh Resources Inc. c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1993] 3 C.F. 729, où la Cour d'appel fédérale a statué que, malgré le processus de réglementation touchant l'Office des eaux du territoire du Yukon, le ministre concerné était autorisé à ajouter d'autres conditions à cette proposition conformément au pouvoir de contrôle supplémentaire qui est prévu dans les Lignes directrices PEEE. Cependant, l'ensemble du projet de Curragh Resources en était encore au stade de proposition à ce moment. À mon avis, lorsqu'une proposition a été acceptée, le processus purement réglementaire s'applique, comme dans le cas de Parcs Canada, et c'est là la limite de la compétence ou du pouvoir pouvant être invoqué aux termes des Lignes directrices PEEE.

Toute proposition contraire aurait pour effet d'approuver l'exercice d'un pouvoir ministériel discrétionnaire qui n'est pas fondé en droit.

In December 1993, after it had not only entered into a construction agreement with Sunshine Village, but had also furthered the implementation of the Goat's Eye proposal by issuing the necessary implementation permits, Parks Canada decided, for what had been the third time, to initiate further public consultations. The evidence is silent as to what provoked Parks Canada to do this. The evidence is also silent on what pushed the Minister to order a public review by a Panel. All I can say is that by that time, the Goat's Eye component had long gone past the "proposal" stage and was now subject only to the regulatory authority of Parks Canada. At that stage, it is my opinion that any authority under section 13 had been exhausted.

I must now make another observation. The CPAWS' argument is that the environmental concerns over the whole development proposal approved by the Minister in 1978 and later approved again by another minister in 1992, cannot be studied in the context of any individual component of the proposal. According to CPAWS, an environmental assessment of an individual component cannot provide the whole answer, as the cumulative or incremental effect of component A added to component B, etc., might create a total environmental impact otherwise unpredictable or unforeseen on a component by component approach. There might be merit in this, but whatever cumulative effect component B might have on component A and so on with component C is a matter to be resolved as each programme approaches the actual development stage. The risk is with the developer in that respect. The clout left to the initiating department would assure everyone, in my view, that environmental concerns within the context of the Parks Canada Regulations could be addressed and respected. That the results might not meet the interests of environmental groups or of Sunshine Village is another matter altogether.

CONCLUSION

No comments or observations I have made in these reasons are meant to cast a critical eye on the conduct of Parks Canada. The Court takes judicial notice of the pull and tug of competing forces associated with any proposal or development plan in Banff National Park, which imposes on Parks Canada a balancing act

En décembre 1993, après avoir conclu un accord de construction avec Sunshine Village et facilité la mise en œuvre de la proposition de Goat's Eye en délivrant les permis nécessaires, Parcs Canada a décidé, pour la troisième fois, d'entreprendre d'autres consultations publiques. La preuve n'indique pas la raison pour laquelle Parcs Canada a décidé d'agir ainsi. Elle n'indique pas non plus ce qui a incité le ministre à ordonner un examen public par une commission. Tout ce que je peux dire, c'est que, à cette date, le projet de Goat's Eye n'était plus une « proposition » depuis longtemps et était assujéti uniquement au pouvoir de réglementation de Parcs Canada. À ce stade, tout pouvoir découlant de l'article 13 avait été épuisé.

Par ailleurs, la SPPSNC soutient que les préoccupations environnementales liées à l'ensemble de la proposition que le ministre avait initialement approuvée en 1978 et qu'un autre ministre a approuvée en 1992 ne peuvent être étudiées de façon isolée. Selon la Société, une évaluation environnementale d'une partie séparée du projet ne peut donner une réponse complète, car les effets cumulatifs des éléments A, B, etc. peuvent créer des répercussions globales qui étaient autrement imprévisibles ou qui ne pouvaient être prévues de façon individuelle. Cet argument est peut-être bien fondé; toutefois, la détermination des effets cumulatifs de l'élément B sur l'élément A et ainsi de suite doit avoir lieu lorsque chaque programme est sur le point d'atteindre l'étape de développement proprement dite. Le risque appartient au promoteur à cet égard. À mon avis, le pouvoir que possède le ministre responsable assurerait l'examen et le respect des préoccupations environnementales conformément au Règlement de Parcs Canada. Il se peut que les résultats aillent à l'encontre des intérêts des groupes voués à la protection de l'environnement ou de Sunshine Village, mais c'est là une autre question.

CONCLUSION

Les commentaires que j'ai formulés dans les présents motifs ne se veulent pas une critique à l'endroit de Parcs Canada. La Cour est consciente de la lutte que se livrent des forces opposées au sujet de toute proposition ou plan de développement touchant le Parc national Banff, ce qui impose à Parcs Canada

requiring constant and delicate handling. As far as Sunshine Village is concerned, no complaint was voiced that throughout the several years of gestation leading to a kind of still-birth, the give and take experienced by both parties was not one based on mutual understanding of their respective interests.

Nevertheless, Parks Canada must still conduct its affairs according to law. All the more must it do so when its statutory and regulatory powers are so extensive as to touch upon every single element of human conduct within the Park's boundaries. Involved in all of this, of course, is the constant preoccupation with the public interest, recognizing that as in the case before me, public interest considerations must be applied in respect of a particular plan or proposal. There is also imposed on such a public authority as Parks Canada the concomitant duty to have respect for undertakings, to exercise fairness and maintain an even-handed approach in its multifarious dealings with all its residents.

I am fully aware, as is made clear from the evidence before me, that the parallel dispositions of the EARP Guidelines and Parks Canada Regulations should leave many to wonder as to which ones might apply in any particular case, the Guidelines themselves being less than a clear imposition of what a "proposal" and a "process" are all about.

Nevertheless, I have found that whether or not the EARP Guidelines apply, these have been complied with and there is no residual power under section 13. I have also found that the Superintendent's decision in refusing a second permit should be quashed. Admittedly, Parks Canada's statutory and regulatory powers over all fields of activity being largely discretionary, Sunshine Village might very well have to run through an extremely tight slalom flush, as it were, only to find that there is no exit and that the Goat's Eye programme is still up in the air. To avoid this and pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Court Act*, I am directing that the issue be returned to Parks Canada for reconsideration in the light of the

l'obligation de procéder à un dosage délicat et constant des différents intérêts en jeu. En ce qui a trait à Sunshine Village, personne n'a soutenu que, tout au long des années de gestation qui ont abouti en quelque sorte à l'accouchement d'un enfant mort-né, les concessions accordées par les deux parties n'étaient pas fondées sur une compréhension mutuelle de leurs intérêts respectifs.

Néanmoins, Parcs Canada doit poursuivre ses activités conformément à la loi, surtout lorsque ses pouvoirs d'origine législative et réglementaire sont tellement étendus qu'ils touchent chaque élément de l'activité humaine à l'intérieur des limites des parcs. Bien entendu, l'intérêt public demeure une préoccupation constante et je reconnais la nécessité d'en tenir compte à l'égard d'une proposition ou d'un plan donné. Par ailleurs, une autorité publique comme Parcs Canada est aussi tenue de respecter les engagements, de faire montre d'équité et de demeurer neutre dans ses divers rapports avec tous ceux qui sont visés par ses règlements.

Je suis bien conscient du fait que les dispositions parallèles des Lignes directrices PEEE et du Règlement de Parcs Canada doivent inciter de nombreuses personnes à se demander lesquelles de ces dispositions pourraient s'appliquer à un cas donné, comme l'indique clairement la preuve dont je suis saisi, les Lignes directrices étant elles-mêmes peu explicites au sujet du sens véritable d'une «proposition» et d'un «processus».

Néanmoins, j'en suis arrivé à la conclusion que, qu'elles s'appliquent ou non, les Lignes directrices PEEE ont été respectées et il n'existe aucun pouvoir résiduel aux termes de l'article 13. J'ai également conclu que la décision par laquelle le directeur a refusé de délivrer un deuxième permis devrait être annulée. Étant donné que les pouvoirs d'origine législative et réglementaire de Parcs Canada dans tous les champs d'activité sont largement discrétionnaires, Sunshine Village devra peut-être emprunter une voie particulièrement sinueuse, pour constater plus tard qu'il n'y a pas d'issue et que l'avenir du programme de Goat's Eye est encore incertain. Pour éviter ce résultat, j'ordonne, conformément à l'alinéa

findings and observations I have made in these reasons.

ORDER

1. The application for judicial review by Sunshine Village in file No. T-137-94 is allowed. The impugned decision of Parks Canada is quashed and the matter referred back to Parks Canada for reconsideration in the light of the findings and observations I have made in the reasons for order.
2. The application for judicial review by the Canadian Parks and Wilderness Society in file No. T-2505-93 is dismissed.

18.1(3)*b*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, que la question soit renvoyée à Parcs Canada aux fins d'un nouvel examen, compte tenu des conclusions et des observations que j'ai formulées dans les présents motifs.

ORDONNANCE

1. La demande de contrôle judiciaire que Sunshine Village a déposée dans le dossier T-137-94 est accueillie. La décision contestée que Parcs Canada a prise est annulée et la question est renvoyée à Parcs Canada aux fins d'un nouvel examen, compte tenu des conclusions et des observations que j'ai formulées dans les présents motifs d'ordonnance.
2. La demande de contrôle judiciaire présentée par la SPPSNC dans le dossier T-2505-93 est rejetée.

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.

ANTI-DUMPING

Application for judicial review of re-determinations by respondent under Special Import Measures Act, s. 59—Applicant Toshiba International Corporation (TIC) seeking order quashing re-determinations and compelling respondent to return duty collected or retained in relation to re-determinations—From March to June 1989, dumping duty paid by TIC/Vancouver, as importer of record, following determination under Act, s. 56—Duty subsequently refunded by Revenue Canada—From June 21 to December 14, 1990, over 50 re-determinations issued by Revenue Canada under Act, s. 57 seeking dumping duties from end-users as real importers of integral induction motors—Martin J. quashing s. 57 re-determinations and consequent dumping duty assessments as beyond jurisdiction of designated officer—Other s. 57 re-determinations issued by Revenue Canada against TIC/Vancouver following Martin J.'s decision—TIC submitting timely requests for re-determinations of each of s. 57 re-determinations under Act, s. 58(2)—Revenue Canada, Toshiba in continuous contact—Information provided by each party on timely basis—Notice of appeal of s. 59 re-determinations filed by TIC with Canadian International Trade Tribunal under Act, s. 61—Proceedings adjourned until present matter determined—Whether respondent's failure to divulge ministerial specification of September 4, 1991 breach of duty of procedural fairness—Ministerial specification required because of absence of "selling price"—Content of ministerial specification regarding methodology employed by Department to determine normal value and export price communicated to applicant prior to re-determinations—Applicant fully aware of specification's contents—Breach of procedural fairness resulting from respondent's failure to disclose ministerial specification when issued on September 4, 1991—*Audi alteram partem* rule including right to know case to be met—Respondent not disclosing fact of ministerial specification, legal basis for choice of methodology—Bound to do so in order to provide applicant with opportunity to address issues raised therein or to challenge legality—Failure to disclose ministerial specification prejudicing applicant's ability to make meaningful, informed choice of appeal routes—Application allowed—Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 56 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 37), 57 (as am. *idem*, s. 38), 58 (as am. *idem*, s. 39), 59 (as am. *idem*, s. 40).

TOSHIBA INTERNATIONAL CORP. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (T-2518-92, Denault J., judgment dated 28/6/94, 14 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of CRDD determination applicant, citizen of Somalia, and children, not Convention refugees—Board's reasons stating claimant first describing husband's position in "forces", but on questioning altering description to indicate police force, not military—Holding interpreter stating may have been in error—RHO and presiding Board member checking tape with another interpreter, who stated word used by claimant only used as description of military or armed forces, never for police force—Application allowed—Board erred in stating interpreter said *may* have been in error—Interpreter stating made mistake—Court troubled that testimony of interpreter, who was only asked to interpret one word taken completely out of context, preferred to that of duly sworn official interpreter assigned to hearing—Had counsel objected to Board's course of action at that time, ground for overturning decision—Unnecessary to rely on possible breach of natural justice in questioning expertise or ability of official interpreter by preferring another interpreter's explanation, since Board failed to consider evidence applicant not highly educated, and in Somali culture wife often not privy to information concerning husband's occupation—May be situation similar to that in *Abassi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (IMM-1447-93, Gibson J., judgment dated 13/4/94, not yet reported) wherein holding aggressive questioning by Board contributing to applicant's evasiveness, hesitancy—Following certified as question of general public interest to be referred to Court of Appeal: "Is it within jurisdiction of CRDD to seek out and rely upon opinions received outside the hearing, on matters of interpretation of evidence, from someone other than the interpreter who is duly sworn and who acts for the duration of the hearing?"—If no, second question arising: "Does the failure of counsel to object at the time the information is made known, affect the right to recourse from the Court?"

ROBLE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-4004-93, order dated 2/9/94, 7 pp.)

Application for judicial review of immigration officer's decision refusing to allow applicant to apply for permanent residence from within Canada under Immigration Act, s. 114(2) on basis of humanitarian and compassionate grounds—Applicant citizen of Ghana, Jehovah's Witness—Arrived in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Canada in November 1990, granted conditional exclusion order to apply for Convention refugee status—Insufficient humanitarian and compassionate grounds to exempt him from requirement to apply for permanent residence outside of Canada—Applicant's immigration consultant requesting information from Canada Immigration Centre about applicant's file—Representative of Immigration office said to have telephoned consultant, indicating application successful—Respondent denying telephone call, invoking administrative error—Despite conflicting statements, telephone call made—Whether telephone call "decision" under Federal Court Act, ss. 18, 18.1—"Decision or order" must be final determination—Telephone call not final determination of s. 114(2) application—Not "decision" subject to judicial review—Oral decision may not render decision-maker *functus officio*—Written decision subject to judicial review—Made fairly, without bias—Immigration officer not fettering discretion in arriving at negative decision—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

HINSON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4059-93, Cullen J., order dated 20/9/94, 7 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board dismissing applicant's appeal of removal order—Applicant came to Canada from Italy with family in 1965—Permanent resident of Canada, not Canadian citizen—Heroin addiction resulting in lengthy criminal record—Adjudicator finding applicant person described in Immigration Act, s. 27(1)(d)(i),(ii) on basis of criminal convictions, non-citizen status—Applicant not represented by counsel at first appearance before Board—Still unable to retain counsel at second appearance, sought second adjournment—Applicant proceeding under protest—Board considering evidence before it, dismissing appeal—Whether Board, in refusing to grant adjournment so that applicant could retain counsel, failed to observe principle of natural justice—Adjournment of proceedings before administrative tribunals matter of discretion subject to compliance with rules of natural justice—Lack of counsel resulting in prejudice to applicant—Possible outcome of matter, removal of applicant from Canada, serious—Potential penalty substantial—Legal arguments, Charter issues could have been raised—Applicant could not receive fair hearing without counsel—Board's failure to provide adjournment to applicant denial of fair hearing, breach of rules of natural justice—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(1)(d)(i),(ii).

GARGANO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6011-93, Cullen J., order dated 21/9/94, 7 pp.)

Applications for leave to commence judicial review proceedings under Immigration Act—Whether Act, ss. 85, 86, 91.1, 92 apply to companies whose vessels operate in fishing industry—Applicants owners of Cuban fishing vessels some of whose crew members jumped ship in Canada—Provisions in issue allowing respondent to require transportation companies

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

to pay expenses with respect to individuals brought to Canada but having no right to remain here—Final assessments made with respect to six crew members in file IMM-7407-93—No such final assessments with respect to other crew members in file IMM-6504-93—Applicants objecting to decisions taken as not transportation companies—Judicial review available with respect to procedural decisions made during course of hearing—Decision contained in letter of October 21, 1993 "matter arising," reviewable under Act, s. 82.1(1)—Application in relation thereto filed within prescribed time limit—Extensions of time available where special reasons exist under s. 82.1(5)—Special reasons existing herein—Applications granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19), 85 (as enacted *idem*, s. 20), 91.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 80), 92 (as enacted *idem*, s. 81).

FLOTA CUBANA DE PESCA (CUBAN FISHING FLEET) V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6504-93, IMM-7407-93, Reed J., orders dated 30/9/94, 7 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding respondent Convention refugee—Applicant raising twelve errors allegedly committed by panel—Respondent detained in custody since arrival in Canada from Turkey on July 28, 1993—Panel failing to take into account evidence relating directly to whether respondent person contemplated by Convention, art. 1F(a)—Evidence in question letter from respondent's lawyer in Turkey—No indication panel considered letter—Not necessary for panel to advert to every piece of documentary evidence in decision—Where document produced by person claiming Convention refugee status may be adverse to interest and contradict one of main reasons for panel's decision, making no reference to document raises question of whether panel's decision would have been different had it taken document into account—Panel wrong in failing to take letter into account in arriving at decision—Application allowed—Matter referred back to panel of Board for redetermination—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can.T.S. No. 6, art. 1(F)(a).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SAHIN (IMM-1130-94, Rothstein J., order dated 27/10/94, 4 pp.)

Application for judicial review of decision by credible basis tribunal applicant having no credible basis to refugee claim—Applicant represented by counsel throughout credible basis proceedings—Matter adjourned on November 26, 1992 to December 21, 1992—Hearing resumed but applicant's counsel not present as not being paid by client—Applicant seeking legal aid—No express request by applicant for adjournment for purposes of being represented by counsel—No express denial of adjournment by panel—Adjudicator finding applicant had no credible basis for Convention refugee claim—Ordering applicant be detained until security bond provided—Whether applicant denied procedural fairness as not represented by counsel during submissions stage of proceedings—No express request for adjournment expressly refused—Applicant request-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ing adjournment in order to be represented by counsel—Abandoned by counsel as unable to continue to pay him—Panel ignoring issue, proceeding as if applicant willing to carry on without counsel—Declining jurisdiction by failing to deal with applicant's implied request for adjournment—Tribunals must not ignore clear signals from lay persons that necessarily imply specific request—Panel refusing to consider relevant factors for and against applicant in respect of adjournment—Ignoring applicant's implied adjournment request—Application allowed—Law Society of Upper Canada Professional Code of Conduct, R. 8 dealing with withdrawal of lawyer's services—Applicant deserted by counsel at critical stage of credible basis proceeding, left in position of disadvantage, peril—Counsel should have assisted applicant by contacting panel in advance or in writing to advise of difficulty and try to provide panel with relevant information—Counsel's conduct *prima facie* not consistent with requirements of R. 8—Question certified for purposes of appeal to Federal Court of Appeal.

ACQUAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (93-T-32, Rothstein J., order dated 5/7/94, 8 pp.)

Appellant requesting adjournment of hearing of appeal so that counsel may have time to consider implications of proposed new regulations concerning failed refugee claimants, as announced by Minister of Citizenship and Immigration in press release—Adjournment refused—Press release cannot create accrued rights in appellant—Court bound to apply law as it is, not as it might be.

FENG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1317-91, Strayer J.A., order dated 5/10/94, 2 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application to review CRDD decision applicant not Convention refugee—Respondent admitting CRDD erred in speculating homosexuality, defection laws probably no longer in effect in Ukraine—While improper, not reversible error—Reversible error in Board's statement applicant not suffering persecution because no evidence in fact homosexual, only that perceived as one by some people—Applicant persecuted because of perception homosexual—Irrelevant whether in fact homosexual—Perception arising out of homosexual rape—Extortion attempt against applicant's mother as result of perception applicant homosexual—Applicant fearing persecution if returned to Ukraine because perceived to be homosexual, and homosexuality crime in Ukraine—CRDD failing to consider consequences of perception—CRDD placing low probative value on document filed by applicant purporting to state law in Ukraine—Erred in making finding concerning state of law in Ukraine without supporting evidence—Proper for Board to draw concerns as to validity of document to applicant's attention during hearing to allow him opportunity to respond to concerns—Once accepting homosexuality crime, by not questioning applicant as to validity of documentary evidence, Board speculating police would not have charged victim were he to approach them with his complaint—If police

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

perceived applicant to be homosexual, possible would have been charged with engaging in homosexual act even though victim—Board's decision set aside with direction Board find applicant to be Convention refugee.

DYKON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-38-93, McKeown J., order dated 27/9/94, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Applicant, Tamil citizen of Sri Lanka, claimed Convention refugee status upon arrival in Canada in September 1992 on grounds of race, political opinion, membership in particular social group—Fearing Sri Lankan authorities would persecute him for having provided, though forced to do so, medical treatment to members of LTTE—After arrival in Colombo, he and other Tamils arrested by police—Applicant detained, interrogated, beaten after admitting having provided medical services to LTTE in Jaffna region—Tribunal accepting much of applicant's testimony—Finding existence of internal flight alternative in Colombo or elsewhere than Jaffna within Sri Lanka where applicant could reasonably seek refuge—Tribunal's conclusion reasonably supportable on evidence before it—No ground for Court to intervene in relation to assessment of lack of objective basis for claimant's expressed fear of persecution in Colombo—Tribunal right in assessment of existence of reasonable internal flight alternative for applicant—Reasonable observer would find no basis for claim to apprehension of bias based solely on physical appearance of one member of two-member tribunal—Those who by physical appearance or name may seem to newcomer to represent threat to ethnic values in another place or another time not to be disqualified as result of such perception—Racism, discrimination as basis for legal implications of which courts take cognizance requiring action demonstrating racial discrimination by, not mere physical appearance of, those responsible for decisions in society—Tribunal properly exercising discretion under Immigration Act, s. 69.1(8)—Hearing to proceed with participation of two members originally appointed to hear matter—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 69.1(8) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60.

VISAGAPERUMAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6745-93, MacKay J., order dated 8/11/94, 11 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of Iran—Alleging well-founded fear of persecution based on political opinion, membership in particular social group—Applicant detained, beaten after criticizing regime in Iran—Participated in distribution of anti-establishment flyers—Shop raided, partner arrested, claimant going into hiding—Leaving Iran using valid passport bearing false exit stamp—Fearing photographs taken while participating in hunger strike in Canada falling into hands of Iranian authorities—Based on absence of evidence Iranian authorities pursuing search for applicant after raiding shop, and on fact applicant able to leave Iran using valid passport in own name through Teheran airport where evidence showing departure closely scrutinized, CRDD concluding at

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

time of departure not wanted by Iranian authorities—Further concluding applicant not providing credible explanation for failing to retain or recover valid passport upon or since leaving Malaysia—Applicant alleging Board biased—Citing report by James C. Hathaway, “Rebuilding Trust”, stating Board may appear biased because forced into adversarial position—Application dismissed—While Hathaway report, resulting media coverage might cause refugee claimants concern, test for bias requiring reasonable, right-minded person, or informed person, to obtain required information, view matter realistically and practically, and think matter through—Requiring reasonable, right-minded person or informed person to review transcript of hearing before CRDD, to review documentary evidence before it and then to review reasons for decision—Court taking these steps, concluding reasonable, right-minded person, or informed person, not finding it more likely than not CRDD members would not decide fairly in reaching decision they did herein.

ZARIBAF V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1492-94, Gibson J., order dated 18/10/94, 8 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicant not Convention refugee under Immigration Act, s. 2—Applicant citizen of El Salvador—Claiming Convention refugee status on alleged well-founded fear of persecution if required to return to El Salvador on basis of political opinion, membership in particular social group—Applicant left El Salvador in July 1991, arrived in Canada in March 1993—CRDD determining claim by deciding whether, in light of changes occurred in El Salvador since applicant's departure, latter would face more than mere possibility of persecution by either of putative persecutors should he return there—No Court decision adopting position changes must be durable with no possible chance of reversal in future—“Durability” concept expressed in CRDD's decision would establish impossible threshold for changed country conditions—CRDD's analysis of documentary evidence sufficient to support conclusion—Application dismissed—Question certified in terms proposed by counsel—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.

CASTELLANOS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2082-94, Gibson J., order dated 18/10/94, 6 pp.)

Appeal from decision by Immigration and Refugee Board regarding appellant's claim to Convention refugee status—Appellant, citizen of Sudan, chief of police in Rashad, refusing to carry out illegal orders of military regime—Removed from position, fled Sudan fearing persecution for refusing to carry out orders of new regime—Board wrong in concluding appellant feared “prosecution” rather than “persecution”—Refusal to carry out military orders could give rise to persecution for perceived political opinion—Board's decision set aside—Appeal allowed.

MOHAMED V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-26-92, Robertson J.A., judgment dated 7/11/94, 2 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board denying applicants Convention refugees status—Applicants claiming refugee status upon arrival in June 1991, fearing persecution from Pakistani authorities as members of Ahmadi faith—Although claims based on same material facts, Board granting Convention refugee status to husband only—Limiting protection to claimants showing direct fear of persecution—Principle of family unity requiring persons granted refugee status should not be separated from closest family members, particularly in situation of dependency—Board wrong in failing to consider whether principle of “indirect persecution” applicable herein—Concept of indirect persecution assuming family members likely to suffer great harm where close relatives persecuted—Recognized in Canadian refugee law—Allowing granting of refugee status to those who might otherwise be unable to individually prove well-founded fear of persecution—Board wrong in failing to consider adverse effects caused to applicants by husband's persecution—Required to consider whether circumstances such that applicants also deserving of protection—Application allowed.

BHATTI V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (A-89-93, Jerome A.C.J., order dated 14/9/94, 5 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

CUSTOMS ACT

Appeal from Trial Division decision ((1993), 63 F.T.R. 316) granting respondent extension of time within which to file statement of claim against Minister—Respondent failing to file statement of claim within 90-day period prescribed by Customs Act, s. 135(1)—Counsel for respondent delivering letter by courier to Minister indicating client's intention to appeal decision—Statement of claim, drafted six days after expiry of limitation period, seeking extension of time to appeal Minister's decision and return of penalty—Act, s. 135(2) making Federal Court Rules applicable to actions instituted within time limit established by s. 135(1)—No statutory authority to use Rules to enlarge or abridge time prescribed therein—Application of R.2(2) by Trial Judge contrary to clear and unambiguous decision in *Westclox Canada Ltd. v. Pyrotronics of Canada Ltd.*, [1981] 2 F.C. 68—*Westclox* case binding law, subsequently followed—RR. 3(1)(c), 6, 302 having no application herein—Limitation periods dictated by fundamental principles relating to efficient and proper administration of justice—Cannot be waived or extended in absence of clear statutory provision—Rules of Court cannot be used to enlarge or abridge time prescribed by statute—Limitation period of 90 days long and reasonable one—Ample time for respondent to comply with requirement of Act—Mere notice of intention to bring action not tantamount to actual bringing of action—Act, s. 135(1) requiring statement of claim against Minister's decision be filed within time limit—Appeal allowed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. I, s. 135 (as am. by S.C. 1990, c.

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

8, s. 49)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2, 3, 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2), 302.

DAWE V. CANADA (A-359-93, Létourneau J.A., judgment dated 13/9/94, 7 pp.)

EXCISE TAX ACT

Appeal from judgments of Trial Division ((1993), 62 F.T.R. 150) allowing appeals by respondents from decision of Canadian International Trade Tribunal—Whether transportation of coal mining within definition of “mining” in Excise Tax Act, s. 49.01(1)—If so, respondents entitled to rebates of tax paid on diesel fuel used to power transporting trains—Conclusion “prime metal stage” has no accepted technical, trade or text book meaning unexceptionable—Trial Judge misunderstanding and misapplying *The Queen v. Nova, an Alberta Corporation* (1988), 88 DTC 6386 (F.C.A.)—Ordinary or popular sense of words what people conversant with subject matter have given and do give them—No “popular sense” in which term “prime metal stage” understood by those conversant with subject matter—In absence of accepted trade or technical meaning, phrase “prime metal stage” or equivalent to be construed according to ordinary meaning of words in context—Trial Judge wrong in construing “prime metal stage” so as to attribute to it notion of “purity” contrary to French version of statute—No intention of Parliament to use “prime” in that sense in subject legislation—CITT right to conclude “prime” used in sense of “first” compatible with “*primaire*”—Trial Judge right to conclude processing to prime metal stage need not be carried out in mining context—Metallurgical and thermal coal reaching equivalent of prime metal stage within definition of “mining” in s. 49.01(1) where processed to condition meeting specifications of consumers buying and taking delivery of it as coal in that condition—Crushing, pulverizing and blending, in case of metallurgical coal, and crushing, pulverizing and drying, in case of thermal coal, not integral to processing of coal equivalent of prime metal stage—Appeal allowed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 49.01 (as enacted by S.C. 1985, c. 3, s. 22).

CANADIAN NATIONAL RAILWAYS CO. V. CANADA (A-269-93, Mahoney J.A., judgment dated 15/6/94, 16 pp.)

DAMAGES**NON-COMPENSATORY***Exemplary*

Trial Judge refusing exemplary damages—Court of Appeal holding Trial Judge misapprehended issue in refusing exemplary damages—Matter referred back to Trial Judge to deal with Lubrizol's claim for exemplary damages—Imperial Oil continuing to manufacture, sell motor oil additives, although enjoined from so doing by interlocutory injunction—Sale to Shell of ECA 10271, same product manufactured and sold as ECA 10444, deliberate, flagrant, callous disregard of injunction—If Imperial honestly of view ECA 10271 not violating patent, proper to apply for declaration ECA 10271 different product than ECA 10444—At trial, Judge ruling ECA 10444

DAMAGES—Concluded

and ECA 10271 same product—In choosing to defy injunction rather than lose Shell as customer, Imperial Oil knowingly taking business, legal risk—Where party continuing conduct after enjoined therefrom, exemplary damages appropriate—Exemplary damages reflecting indignation of Court—Not compensatory, but punitive and must be sufficiently substantial to act as deterrent—Offending conduct continuing for eight months—Volume of product sold enormous—Product sold at profit, enabling Imperial Oil to keep Shell as customer illegally, thereby preventing applicant benefit of its invention—That Imperial Oil large corporation with annual sales of 10 billion dollars factor to be considered in assessing amount to be awarded—In order to have impact on defendant, exemplary damages set at \$15 million—Costs awarded on solicitor-client basis for trial judgment, appeal judgment and continuance.

LUBRIZOL CORP. V. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, Cullen J., order dated 4/10/94, 9 pp.)

HEALTH AND WELFARE

Motion to strike statement of claim for failing to disclose cause of action—Statement of claim seeking to require Prince Edward Island to comply with Canada Health Act—Hospital and Health Services Commission denying payment of any claims for health care rendered to plaintiff's daughter because latter not having social insurance number—Plaintiff refusing to have social insurance numbers issued to children for purposes of health care administration—Asserting no federal legislation mandating use of SIN for that purpose—Objecting to use for unauthorized purposes—Plaintiff required to pay for health care services provided to her children for which not reimbursed—Canada Health Act providing health care insurance plan of province must entitle one hundred per cent of insured persons of province to insured health services—Must provide for insured health services on uniform terms and conditions and on basis not impeding or precluding either directly or indirectly reasonable access to those services—Plaintiff asserting Minister refusing to pursue default proceedings in ss. 14 to 17—Seeking (1) declaration payments by Minister of Finance to province with respect to Canada Health Act illegal, (2) injunction prohibiting Minister of Finance from making payments to province of PEI until Health Services Payment Act amended, (3) declaration health services plan of province failing to comply with universality, accessibility, comprehensiveness conditions set out in Canada Health Act, (4) declaration provisions of Health Services Payment Act, allowing physician who is not provided by patient with SIN number, to charge patient directly and authorizing non-payment by commission of those amounts to patient, unconstitutional—Application dismissed, except as to fourth relief—*Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607 and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080 applied to find justiciable issue, claim within Court's jurisdiction—Although doubtful Minister of Finance paying amounts in question, relevant provisions not struck as not argued—As to whether injunctions available against Crown, Crown Liability and Proceedings Act, s. 22(2), stating injunctions shall not be issued against Crown servants when Court not competent to grant injunction against Crown, only applies to proceedings

HEALTH AND WELFARE—Concluded

against Crown under Federal Court Act, s. 17—On application for judicial review Federal Court Act, s. 18 giving Trial Division jurisdiction to grant injunction against federal board, commission or other tribunal—Application for judicial review can be converted to action—Had action been framed as judicial review, injunction available—S. 22(2) codifying existing law—Cases establishing injunctions may be issued against Crown servants when acting outside statutory authority because personally responsible for those actions—Fourth relief sought struck out as solely against non-party—Validity of provincial legislation not linked to remedies sought against federal Crown or Minister, but independent and separate claim—Claim against provincial government alleging administration of health care system contrary to Charter properly against Government of Prince Edward Island in Supreme Court of Prince Edward Island—Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6, ss. 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 22(2) (as am. *idem*, s. 28)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4)—Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2.

HUGHES v. CANADA (T-37-94, Reed J., order dated 20/6/94, 9 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from Tax Court decision upholding Minister's determination benefit conferred on plaintiff from corporation—Plaintiff creating family trust expressly to accumulate capital for benefit of three children—Trustees acquiring 99 common shares in Merbriheath, company incorporated at same time—Plaintiff retaining 100 voting preference shares in Merbriheath—In consideration for settling income earning shares on trust, plaintiff receiving non-voting junior preference shares from Merbriheath—Merbriheath acquiring recreational property in 1980—As plaintiff personally guaranteeing purchase loan by taxpayer, trust getting prime rate—Selling property in 1985 and buying second cottage—Not winterized—Taxpayer again securing loan—Merbriheath paying for capital improvements, mortgage interest, property taxes—Plaintiff paying annual operating, maintenance costs—After separating from wife in 1986 plaintiff never returning to cottage—Minister determining benefit conferred on plaintiff *qua* shareholder as cottage made available for use by plaintiff, family throughout 1985 to 1987, value of which to be included in income—On appeal to Tax Court, plaintiff arguing no benefit since actual use of property minimal—Alternatively arguing amounts of benefits excessive given cottage appreciating asset, taxpayer paying maintenance, operating costs, value of personal guarantee to obtain lower loan rate not considered—Tax Court holding availability for use thing of value; value not dependent on extent of use—Minister reducing assessments by 10 percent—Appeal herein based on grounds cottage purchased for legitimate business purpose, personal use incidental; if benefit received, offset by payment of all maintenance, operating expenses of property—Defendant submitting Merbriheath acquiring property for personal use, no legitimate business

INCOME TAX—Continued

purpose underlying decision to purchase—Submitting since property available to plaintiff on year-round basis, actual use irrelevant, efforts at improving property, securing financing should not form basis for reducing interest rate otherwise applicable—Appeal dismissed except with respect to 1987—Counterclaim dismissed, original reassessments not restored—(1) Taxable benefit conferred on plaintiff *qua* shareholder during 1985, 1986 only—Defendant's contention no business purpose behind acquisition rejected—Facts demonstrating cottage properties purchased by Merbriheath for purpose of gaining income—Plaintiff's use of cottages incidental to company's ultimate business purpose in acquiring them, i.e. to purchase and sell recreational property for profit—At same time cottages available to plaintiff for personal use—Plaintiff receiving benefit during 1985, 1986 when he and family made use of them during summer season—Not reasonable to suggest benefit conferred on him during 1987 after separation—No evidence spouse or adult children using it—(2) Act not providing formula to calculate value of benefit—Minister choosing to rely on Reg. 4301, but no statutory direction or requirement to do so—*Youngman, L. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6322 (F.C.A.) providing guidance as to calculation of value of benefit—Calculation of benefit received by shareholder using corporation's assets depending on corporation's purpose in acquiring it—Benefit conferred on plaintiff during 1985, 1986 use of exceptional cottage during summer—Ideally value of benefit of use of cottage calculated according to rental plaintiff would have been required to pay had he not been shareholder—Due to unique character of cottages and fact such cottages not rented out for summer season, no evidence of appropriate rental amount—Court considering how much plaintiff would have paid during 1985, 1986 to vacation in exclusive resort for summer season of twelve weeks—That is what plaintiff received from company and that is amount properly included in income in accordance with Income Tax Act, s. 15(1)(c)—Reasonable amount \$1,000 per week—Value of benefit conferred on plaintiff \$12,000 for each of 1985, 1986—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(1)(c).

CARTWRIGHT v. CANADA (T-1939-91, Rouleau J., judgment dated 30/9/94, 10 pp.)

Application to set aside Tax Court decision excluding German pension from income—Respondent receiving Canadian pension under Old Age Security Act, German pension in 1990, 1991—German pension exempt from taxation under treaty—Included in income pursuant to Income Tax Act, ss. 56(1)(a), 81(1)(a), but deducted under s. 110(1)(f)—Canadian pension subject to taxation pursuant to s. 180.2—Amount of income, tax owed varying according to whether German pension included—Respondent excluding German pension from income on basis exempt from tax pursuant to treaty—Minister including German pension—Tax Court holding s. 180.2 imposing tax on amounts declared to be exempt by treaty, and treaty must prevail—Application allowed—Part I.2 providing for repayment of benefits received under Family Allowances Act, Old Age Security Act to extent taxpayer's income in excess of \$50,000 (indexed) threshold—Respondent's tax liability under s. 180.2 affecting only Canadian pension income—German pension used to calculate amount of tax owed, representing repayment of Canadian benefits received—Repayment deductible in computation of taxable income pursuant to

INCOME TAX—Continued

s. 69(w) to ensure recaptured benefits not taxed as income—Part I.2, completed by s. 60(w), realizing repayment of social benefits by taxpayers who, because of higher incomes, have less need of them—Minister's reassessment not imposing tax on German pension—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26; 1983-84, c. 1, s. 23; 1987, c. 46, s. 15; 1991, c. 49, s. 32), 60(w) (as enacted by S.C. 1990, c. 39, s. 12), 81(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 46), 110(1)(f) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 65; 1988, c. 55, s. 77; 1991, c. 49, s. 78), 180.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 39, s. 48; 1991, c. 49, s. 144)—Canada-Germany Tax Agreement Act, 1982, S.C. 1980-81-82-83, c. 156.

CANADA V. SWANTJE (A-144-94, Marceau J.A., judgment dated 26/9/94, 5 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court judgment allowing appeal from assessment re: 1985—MNR disallowing small business deduction on basis defendant's income Canadian investment income as principal purpose of business to derive income from property, defendant not employing more than five full-time employees throughout its 1985 taxation year—Defendant alleging active business consisting of property management and farming interests; during 1985 employed more than five full-time employees—Defendant carrying on property ownership and management business—Employing full-time property manager, full-time bookkeeper secretary, permanent part-time secretary, full-time maintenance man, full-time caretaker, regular part-time help in summer and constant full-time supervision by president, Mr. Hughes—Income Tax Act, s. 125(7)(a) definition of "active business carried on by corporation" excluding any business carried on by corporation other than specified investment business—S. 125(7)(e)(i) definition of "specified investment business" including business of leasing property principal purpose of which to derive income from property unless "corporation employs in the business throughout the year more than five full-time employees"—Defendant alleging could have "more than five full-time employees" by supplementing five with few part-timers—Appeal allowed—(1) In reply to tax consultant's submission on defendant's behalf plaintiff writing to defendant's representative "since the taxpayer employed only 5 full-time employees"—Not unpleaded admission Mr. Hughes full-time employee as merely repeating tax consultant's assertion—Any admission unconscious or inadvertent—Such alleged admission neither pleaded in Tax Court nor asserted in statement of defence—Defendant's letter not formulated by defendant's solicitors—Defendant not misled by plaintiff's inadvertent phraseology—(2) Defendant's president and director not full-time employee of defendant within contemplation of s. 125(7)(e)(i)—As s. 248 definition of "employee" including officer, i.e. president, nothing preventing president from being employee—Based on telephone records, visits to Brandon (plaintiff's place of business), Mr. Hughes' working time for taxpayer amounting to part-time, not full-time—Annual honorarium falling far below full-time remuneration for services—Mr. Hughes practising law full-time in Winnipeg in 1985—Employed for irregular hours of duty; services not required for normal work day, week, month or year—Regularly employed to work fewer than

INCOME TAX—Concluded

regular working hours of each working day—(2) "More than five full-time employees" meaning no fewer than six full-time employees or at least six full-time employees—*R. v. Shenowski*, [1932] 1 W.W.R. 192 (Man. K.B.) applied—S. 125(7)(e)(i) not even contemplating part-time employees—No reference to any employees other than full-time employees—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125(7)(a) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 40), (e)(i) (as am. *idem*).

CANADA V. HUGHES & CO. HOLDINGS LTD. (T-503-90, Muldoon J., judgment dated 15/6/94, 18 pp.)

MARITIME LAW

PRACTICE

Motion to dismiss action for want of prosecution—Statement of claim in breach of towage contract filed July 30, 1986—Defences filed September 26, October 2, 1986—List of documents filed November 26, 1990 and delivered to defendants' solicitor April 15, 1991 along with request to proceed with discoveries—Man purportedly responsible for authorizing tow, Mr. William Petticrew, died October 20, 1991—On December 9, 1991 defendants requesting plaintiffs to provide security for costs—Solicitors for parties meeting informally April 14, 1992—No further communication from plaintiffs' solicitor until March 1993—On April 7, 1993 defendants' solicitor reaffirming requirement for payment of security for costs—In September 1993 plaintiffs instructing solicitor to agree to amount requested—By letter dated November 1, 1993 plaintiffs' solicitor informing defendants awaiting balance of security to be posted—On February 25, 1994 defendants again advising plaintiffs by letter full amount of security required before defendants would proceed—On March 3, 1994 defendants advising plaintiffs of intention to apply to have action dismissed for want of prosecution—On March 7 plaintiffs filing notice of intention to proceed and paying necessary sum into Court representing security for costs—On April 7, 1994 defendants filing notice of motion and supporting affidavit for order to dismiss action—Federal Court R. 440 permitting application for dismissal for want of prosecution if no notice of trial within three months after close of pleadings and applicant of view plaintiff not prosecuting with due dispatch—Motion granted—Test set out in *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.): (1) delay must be inordinate; (2) delay must be inexcusable; (3) defendants must be seriously prejudiced by delay—Discretion should not be exercised unless delay giving rise to substantial risk fair trial not possible—As delays inordinate, not excusable resolution depending upon whether defendants' right to fair trial prejudiced—Loss of testimony of important witnesses sufficient grounds for dismissal of action: *Kanematsu-Gosho (Canada) Ltd. v. Midas Navigation Corp.*, [1984] 1 F.C. 1204 (D)—Mr. Petticrew had important evidence to give, evidence which could have been obtained before his death had plaintiffs not delayed so long—Loss of his evidence seriously prejudicing defendants—Although existence of documentary evidence relating to testimony of absent witness considered sufficient in certain circumstances to lessen prejudice caused to defendant, each case must be judged on own facts—Serious questions

MARITIME LAW—Concluded

herein as to content of conversations, motives, assumptions underlying actions—Plaintiffs' original delay affecting fairness of trial—*Waterside Cargo Co-Operative v. National Harbours Board* (1986), 3 F.T.R. 189 (F.C.T.D.) applicable—Plaintiff doing itself injustice, by its solicitor, in letting essential time run against itself and against defendant—Equitable rule "Equity aids vigilant"—Plaintiff sleeping on rights—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 440.

GENIOUS MARITIME INC. v. FEDERAL ATLANTIC (THE)
(T-1815-86, Wetston J., order dated 29/8/94, 6 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Appeal from order striking portions of statement of defence—Action for infringement of patents relating to excimer lasers used for eye surgery—Defendants alleging plaintiff's actions in attempting to extract inappropriate fees and in contravening Competition Act, disentiing plaintiff to equitable relief i.e. injunction, accounting of profits, although may be entitled to damages if successful—Relying on *Eli Lilly and Co. et al v. Marzone Chemicals Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 253 (F.C.T.D.) in which Addy J. stating breach of Combines Investigation Act valid reason to refuse injunctive relief, although allegations might well not constitute defence at law—That *dicta* refined in *Proctor & Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 545 (F.C.A.) in which Hugessen J.A. stating past conduct, relevant to refusal of equitable relief under "clean hands" doctrine, must relate directly to subject-matter of plaintiffs' claim—Not just any alleged inappropriate conduct relevant to consideration of whether to grant equitable relief—Even if plaintiff acting inappropriately, such actions not relating directly to plaintiff's patent or whether defendants infringing patent—Appeal dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 32(a) to (e) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 18), 79(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

VISX INC. v. NIDEK Co. (T-195-94, Rothstein J., order dated 27/9/94, 3 pp.)

PRACTICE

Application for leave to examine maker of Canadian Human Rights Commission decision who dismissed applicant's discrimination complaint—Commission no longer party to case and indicated intention not to intervene—Investigator really examined documents submitted to her—Fact applicant alleged had "serious concerns that the Commission did not exercise its own discretion in making its decision" insufficient to justify Court granting leave to examine maker of decision—Neither latter nor Commission of which she is member parties to application—Contrary to purpose of Parliament to allow such examination which would be nothing less than fishing expedi-

PRACTICE—Continued

tion—Nothing in applicant's affidavit to justify Court authorizing examination—Application dismissed.

BOUDREAULT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1514-94, Denault J., order dated 3/11/94, 5 pp.)

DISCOVERY

Motion for order striking out paragraphs of amended statement of defence under R. 419, directing each of defendants to provide affidavit of documents for discovery in accordance with R. 448, directing each of defendants be available for oral examinations for discovery under RR. 5, 455, 456—Plaintiff alleging impugned paragraphs 22, 23, 26 of amended statement of defence abusive of Court's process as barred by principle of *res judicata* in regard of October, 1993 reasons of Reed J.—Question of standing to challenge Deputy Chief of Defence Staff (DCDS) 9/83 or Canadian Forces Administrative Order (CFAO) 20/53 resolved in favour of plaintiff—Legal validity of orders properly in issue herein—No appeal against Reed J.'s ruling—Defendants abusing Court's process in subsequently amended pleading—Foreclosed from preventing plaintiff from merely seeking relief pleaded—Impugned paragraphs struck out—Plaintiff suing Minister of National Defence, Chief of Defence Staff (CDS) in official capacities only—R. 449(1) amended shortly after plaintiff's application herein commenced—Legislative changes of existing substantive rights not affecting litigation already instituted—Procedural changes operating from date of coming into force—Sovereign not required to be deponent in affidavit under R. 448—Affidavits as to documents to be sworn by, or on behalf of, other two defendants under RR. 448, 449—Plaintiff not entitled, from beginning, to line up all defendants for personal examination for discovery—Crown Minister not proper deponent to be examined orally for discovery—Plaintiff failing to demonstrate need to have discovery personally, orally of CDS—Real defendant herein Crown—Other "parties" named merely "officers, servants or agents of Crown"—Crown to produce only one deponent for oral examination for discovery under R. 456(2)—Each of defendants to provide affidavit as to documents under RR. 447, 448, 449—Motion allowed in part—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 419, 448, 449 (as am. by SOR/94-41, s. 6), 456.

LIEBMANN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE)
(T-306-93, Muldoon J., order dated 23/6/94, 15 pp.)

Appeal from order of Motions Judge ([1994] 3 F.C. 361) in respect of two motions—First motion by respondent asking for advice and directions under R. 473—Second motion by appellants seeking to dismiss appeal for mootness—Consent envisaged by R. 473 not requested or obtained before Motions Judge embarked upon hearing of first motion—Consent of all interested parties central to exercise of Motions Judge's discretion under R. 473—Absent consent by appellants, Motions Judge without jurisdiction to make portions of order relating to production of documents, discovery of witnesses—Appeal allowed on first motion—Motions Judge finding appeal moot, nonetheless exercising discretion to hear it as hearing of appeal would probably decide procedure to be followed by Minister of Finance in making order under Insurance Companies Act, s. 680—Discretion exercised properly—Appeal dismissed on

PRACTICE—Concluded

second motion—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 473—Insurance Companies Act, S.C. 1991, c. 47, s. 680.

SOVEREIGN LIFE INSURANCE CO. v. CANADA (A-277-94, Isaac C.J., order dated 20/9/94, 4 pp.)

Examination for Discovery

Application for order excluding each of personal defendants from attending at examination for discovery of other and from reading transcripts or notes from examination for discovery of other until both examined—Case dealing with adoption of trade mark—Both personal defendants involved with application, in control of central issue—Answers given on discovery can later be amplified upon or contradicted by further evidence at trial, not necessarily only admissions upon which one can rely—Onus of proving justice better served if personal defendants excluded met by applicants—Possibility of injustice for failure to exclude more substantial to plaintiffs—Sufficient basis for apprehension—Exclusion will reduce risk of effect evidence of one will have on other—Application allowed.

ENTREPRISE RENT-A-CAR CO. v. SINGER (T-1078-93, Rouleau J., order dated 9/9/94, 6 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Want of Prosecution

Motion to dismiss appeals for want of prosecution under R. 1209—Appeals launched against two interlocutory orders of Simpson J.—Motion to dismiss based on two grounds—Second ground alleged failure to form timely intention to appeal as evidenced by failure to serve notice of appeal as required by law—Federal Court Act, s. 27(3) requiring notice of appeal to be served “forthwith”—Service herein effected 7 months after filing of notices of appeal—Serious misunderstanding by appellants’ counsel as to procedure to be followed in appeal to Court—Courts public institutions for resolution of disputes, cost substantial public money—Court congestion, delay serious public concern—Service of notice of appeal procedural formality, may be waived by parties—Sufficient ambiguity in discussions and exchanges of correspondence between counsel to give rise to reasonable belief on part of appellants’ counsel respondent’s counsel condoned and accepted method of proceeding—Applications dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1209—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, ss. 7, 78(E)).

ADAMS v. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (A-634-93, A-635-93, Hugessen J.A., judgment dated 7/10/94, 8 pp.)

TRADE MARKS

PRACTICE

Appeal from decision by Chairman of Trade Marks Opposition Board dismissing opposition by Groupe Resto Inc. to application to register “Pachino’s” trade mark and design—Question whether appellant had right to file appeal at bar—Groupe Resto Inc. filed statement of opposition to application for registration in question pursuant to Trade Marks Act, s. 38—Continued to be only opposant before Registrar—Mere fact appellant became holder of marks “Pacini” and “Pacini & Design” not sufficient to make it party within meaning of Act, s. 38—Right of appeal conferred by Act, s. 56 exceptional right—Only parties notified or informed of Registrar’s decision have right to appeal it—Fundamental distinction between right to institute statutory appeal and that of participating in ongoing appeal, whether as new party or intervener—As appellant not party under s. 38 before Registrar, did not have right to bring appeal at bar—Appeal dismissed—Trade Marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 38, 56.

RESTAURANTS PACINI INC. v. PACHINO’S PIZZA LTD. (T-3149-92, Pinard J., judgment dated 28/10/94, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of decision by umpire pursuant to Unemployment Insurance Act, s. 28(1)—Point at issue whether respondent should be disqualified from receiving unemployment insurance benefits on ground she “voluntarily left [her] employment without just cause”—Allegedly ceased working to take training course lasting two weeks—Umpire held fact person left her employment to take course in order to improve employment prospects valid reason within meaning of Act, s. 28—Contrary to very principles underlying unemployment insurance system for employee who voluntarily leaves employment to take training course not authorized by Employment and Immigration Commission to be able to impose economic burden of decision on contributors—Primary purpose of unemployment insurance to provide compensation for any insured who involuntarily finds himself unemployed, not to assist those who from personal choice decide to continue training—Meaning to be given to words “without just cause” question of law—Respondent did not have right to do as she did—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MARTEL (A-1691-92, Desjardins J.A., judgment dated 28/9/94, 9 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.

ANTIDUMPING

Demande de contrôle judiciaire contre des décisions réexaminées par l'intimé sous le régime de la Loi sur les mesures spéciales d'importation, art. 59—La requérante Toshiba International Corporation (TIC) demande une ordonnance annulant les révisions et obligeant l'intimé à lui rembourser tous les droits perçus ou prélevés relativement à ces révisions—De mars à juin 1989, des droits antidumping ont été imposés à TIC/Vancouver, à titre d'importateur inscrit, à la suite d'une décision rendue aux termes de l'art. 56 de la Loi—Ces droits ont été subséquemment restitués par Revenu Canada—Entre le 21 juin et le 14 décembre 1990, Revenu Canada a révisé plus de cinquante décisions en vertu de l'art. 57 de la Loi, imposant des droits antidumping aux utilisateurs finals au motif qu'ils étaient les véritables importateurs des moteurs d'induction intégrale—Le juge Martin a annulé les révisions effectuées aux termes de l'art. 57 et, par voie de conséquence, les droits antidumping imposés, au motif que l'agent désigné avait dépassé sa compétence—À la suite de la décision du juge Martin, Revenu Canada s'est fondé sur l'art. 57 pour réviser d'autres décisions à l'encontre de TIC/Vancouver—TIC a alors présenté des demandes de réexamen, dans les délais prévus, pour chacune des révisions effectuées aux termes de l'art. 57, en s'appuyant sur l'art. 58(2)—Revenu Canada et Toshiba sont demeurés en contact permanent—Les renseignements pertinents ont été fournis de part et d'autre en temps et lieu—TIC a déposé un avis d'appel à l'encontre des révisions faites aux termes de l'art. 59 auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu de l'art. 61 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation—Audience ajournée jusqu'à ce que la Cour prononce sur l'affaire en instance—Il échet d'examiner si le défaut par l'intimé de divulguer la spécification ministérielle du 4 septembre 1991 constitue une violation de l'obligation d'équité procédurale—Une spécification ministérielle s'imposait à cause de l'absence d'un «prix de vente»—La teneur de la spécification ministérielle concernant la méthode employée par le Ministère pour déterminer la valeur normale et le prix à l'exportation a été communiquée à la requérante avant la révision—La requérante a été pleinement informée de la teneur de la spécification ministérielle—La violation de l'équité procédurale s'est produite quand l'intimé omit de divulguer la spécification ministérielle au moment où elle fut émise le 4 septembre 1991—La règle *audi alteram partem* comporte le droit d'être informé de la cause à réfuter—L'intimé n'a pas divulgué l'existence de la spécification ministérielle, qui est le

ANTIDUMPING—Fin

fondement légal de la méthode retenue—Il y était tenu afin que la requérante puisse répondre au fondement factuel de la décision révisée ou à son fondement juridique—Cette omission de divulguer l'existence de la spécification ministérielle a porté préjudice à la capacité de la requérante de faire un choix éclairé sur les voies d'appel—Demande accueillie—Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 56 (mod. par S.C. 1988, ch. 65, art. 37), 57 (mod., *idem*, art. 38), 58 (mod., *idem*, art. 39), 59 (mod., *idem*, art. 40).

TOSHIBA INTERNATIONAL CORP. C. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (T-2518-92, juge Denault, jugement en date du 28-6-94, 14 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre rendue en vertu de l'art. 28(1) de la Loi sur l'assurance-chômage—La question soulevée est de savoir si l'intimé doit être exclue du bénéfice des prestations d'assurance-chômage au motif qu'elle a quitté «volontairement son emploi sans justification»—Elle a déclaré avoir cessé de travailler pour suivre un cours de formation d'une durée de deux semaines—Le juge-arbitre a statué que le fait pour une personne de quitter son emploi pour suivre un cours dans le but d'améliorer ses possibilités d'emploi constituait une raison valable au sens de l'art. 28 de la Loi—Il est contraire aux principes mêmes qui sont à la base du système d'assurance-chômage que l'employé qui quitte volontairement son emploi aux fins de suivre un cours de formation qui n'est pas autorisé par la Commission de l'emploi et de l'immigration puisse faire supporter par les contribuables le poids économique de sa décision—Le but premier de l'assurance-chômage est de prévoir une compensation pour tout assuré qui se trouve involontairement sans emploi, et non d'assister ceux qui, par choix personnel, décident de parfaire leur formation—Le sens à donner au mot «sans justification» est une question de droit—L'intimée n'était pas fondée à agir comme elle l'a fait—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. MARTEL (A-1691-92, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 28-9-94, 9 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Appel d'une ordonnance radiant certaines parties de la défense—Action en contrefaçon de brevets portant sur des lasers à excimère utilisés en chirurgie oculaire—Les défenderesses allèguent que la demanderesse, en tentant incorrectement de percevoir des droits et en contrevenant à la Loi sur la concurrence, s'est interdit d'obtenir une réparation reconnue en *equity*, c'est-à-dire une injonction ou une reddition de comptes sur les profits des défenderesses, mais que la demanderesse pourra obtenir des dommages-intérêts si elle a gain de cause—Elles s'appuient sur la décision *Eli Lilly and Co. et al v. Marzone Chemicals Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 253 (C.F. 1^{re} inst.), où le juge Addy a affirmé que la violation de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions constituait une raison valable pour refuser l'injonction demandée, bien que les allégations puissent bien ne pas constituer en droit une défense contre la demande—Cette opinion a été développée dans l'arrêt *Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 545 (C.A.F.), où le juge Hugessen, J.C.A., affirme que la conduite passée, pour que l'*equity* refuse en vertu de la doctrine des «mains propres», doit être directement reliée à la nature même de la demande de la partie demanderesse—Ce n'est pas n'importe quelle allégation de mauvaise conduite qui peut être prise en considération relativement à la décision d'accorder ou non une réparation reconnue en *equity*—Même si la demanderesse pose des actes incorrects, ces actes ne sont pas liés directement au brevet de la demanderesse ou à la question de savoir si les défenderesses ont commis un délit de contrefaçon à l'égard de ce brevet—Appel rejeté—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 32a) à 32e) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 18), 79(1) (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).

VISX INC. C. NIDEX CO. (T-195-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 27-9-94, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut avait conclu que la requérante, une citoyenne somalienne, et ses enfants, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Dans ses motifs, la Commission dit que l'intéressée a d'abord déclaré que son mari occupait un poste dans les «forces», mais qu'ayant été interrogée, elle a modifié sa déclaration pour dire qu'il faisait partie des forces de police, et non du militaire—La Commission a dit que l'interprète avait déclaré qu'il s'était peut-être trompé—L'agent d'audience et le président de la Commission ont demandé à un autre interprète d'écouter l'enregistrement et celui-ci a déclaré que le mot que l'intéressée avait employé désignait uniquement le militaire ou les forces armées, mais jamais les forces de police—Demande accueillie—La Commission a commis une erreur en déclarant que l'interprète avait dit qu'il s'était peut-être trompé—L'interprète a dit qu'il avait commis une erreur—La Cour s'inquiète de ce que le témoignage d'un interprète, auquel on a uniquement demandé d'interpréter un mot sans aucun contexte, soit choisi de préférence à celui de l'interprète officiel

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—
Suite**

dûment assermenté qui a été assigné à l'audience—Si l'avocat avait formulé une opposition à ce moment-là, il y aurait eu lieu d'annuler la décision—Il est inutile de se fonder sur la violation possible d'une règle de justice naturelle pour remettre en question l'expertise ou la capacité de l'interprète officiel en préférant les explications d'un autre interprète, étant donné que la Commission a omis de tenir compte de la preuve selon laquelle la requérante n'était pas très instruite et que, dans la culture somalienne, il arrive souvent que la femme ne soit pas bien renseignée au sujet de la profession de son mari—Il s'agit peut-être d'une situation semblable à celle qui existait dans *Abassi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (IMM-1447-93, juge Gibson, jugement en date du 13-4-94, encore inédit) où il a été conclu que l'interrogatoire agressif effectué par la Commission avait contribué au caractère évasif et hésitant des réponses données par le requérant—La question suivante, qui est d'intérêt public général, est certifiée aux fins d'un renvoi à la Cour d'appel: «La section du statut a-t-elle compétence pour demander, en dehors de l'audience, l'opinion d'une personne autre que l'interprète qui a été dûment assermenté et qui agit pour la durée de l'audience, et peut-elle se fonder sur pareille opinion en ce qui concerne des questions d'interprétation de la preuve?»—Dans la négative, une seconde question se pose: «Le fait que l'avocat n'a pas formulé d'opposition au moment où le renseignement a été connu, influe-t-il sur le droit de recours à la Cour?»

ROBLE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4004-93, ordonnance en date du 2-9-94, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a refusé de permettre au requérant de demander, pendant qu'il se trouvait au Canada, la résidence permanente en application de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, pour des raisons d'ordre humanitaire—Le requérant, citoyen du Ghana, est un témoin du Jéhovah—Arrivé au Canada en novembre 1990, il s'est vu appliquer une mesure d'exclusion conditionnelle pour demander le statut de réfugié au sens de la Convention—Il n'existe pas suffisamment de considérations humanitaires pour l'exempter de l'exigence de demander la résidence permanente à l'extérieur du Canada—Un consultant en immigration engagé par le requérant a demandé au Centre d'immigration Canada des renseignements sur le dossier du requérant—On prétend qu'une représentante du bureau d'immigration a téléphoné au consultant pour lui faire savoir que la demande avait été accueillie—L'intimé nie qu'un appel téléphonique ait été fait, invoquant un erreur administrative—Malgré les déclarations contradictoires, l'appel téléphonique a été fait—L'appel téléphonique est-il une «décision» sous le régime des art. 18, 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Une «décision ou ordonnance» doit être une décision définitive—L'appel téléphonique n'est pas une décision définitive qui tranche de la demande fondée sur l'art. 114(2)—Il ne s'agit pas d'une «décision» sujette à contrôle judiciaire—Une décision orale ne peut rendre le décideur *functus officio*—C'est la décision écrite qui est sujette à contrôle judiciaire—Décision prise de façon équitable, impartiale—L'agent d'immigration n'a pas restreint l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en parvenant à la décision défavorable—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985),

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

ch. I-2, art. 114(2)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4) 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

HINSON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4059-93, juge Cullen, ordonnance en date du 20-9-94, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel formé par le requérant contre une mesure de renvoi—Le requérant est arrivé avec sa famille au Canada en 1965 en provenance de l'Italie—Il est résident permanent du Canada, non pas citoyen canadien—Héroïnomane, il a un casier judiciaire très lourd—L'arbitre a jugé qu'il était une personne décrite à l'art. 27(1)d)(i) et (ii) de la Loi, en raison de ses condamnations et du fait qu'il n'était pas citoyen canadien—Le requérant n'était pas représenté par avocat à sa première comparution devant la Commission—N'ayant toujours pas pu retenir un avocat à sa seconde comparution, il a demandé un autre ajournement—Le requérant a participé à l'audience à son corps défendant—La Commission, à la lumière des preuves produites, a rejeté l'appel—Il échet d'examiner si la Commission, en refusant d'accorder un ajournement au requérant pour lui permettre de retenir les services d'un avocat, a manqué à un principe de justice naturelle—Les tribunaux administratifs contrôlent leurs propres procédures, qu'ils peuvent ajourner comme bon leur semble, pourvu qu'ils se conforment aux règles de justice naturelle—L'absence d'avocat a causé un préjudice au requérant—Le résultat possible du litige, soit le renvoi du requérant du Canada, est très grave—La pénalité potentielle est très lourde—Des arguments juridiques et des questions liées à la Charte auraient pu être soulevés—Le requérant ne pouvait bénéficier d'une audience impartiale sans avocat—La Commission, en lui refusant un ajournement, lui a dénié le droit à une audience impartiale et a violé les règles de justice naturelle—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d)(i),(ii).

GARGANO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6011-93, juge Cullen, ordonnance en date du 21-9-94, 7 p.)

Demandes d'autorisation d'entamer une procédure de contrôle judiciaire sous le régime de la Loi sur l'immigration—Les art. 85, 86, 91.1 et 92 de la Loi s'appliquent-ils aux sociétés par actions dont les bâtiments servent à l'industrie de la pêche?—Les requérantes sont propriétaires de bateaux de pêche cubains dont une partie des membres d'équipage ont quitté le bord au Canada—Les dispositions en cause permettent à l'intimé d'obliger les transporteurs à payer certaines dépenses relativement aux personnes qu'ils ont amenées au Canada et qui n'ont pas le droit d'y demeurer—Des imputations définitives ont été faites relativement aux six membres d'équipage désignés dans le dossier IMM-7407-93—Aucune imputation définitive n'a été faite relativement aux autres membres d'équipage visés par le dossier IMM-6504-93—Les requérantes se sont opposées aux décisions prises parce qu'elles n'étaient pas des transporteurs—Une demande de contrôle judiciaire est possible relativement aux décisions touchant la procédure prises au cours d'une audition—La décision dont

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

fait état la lettre du 21 octobre 1993 est une «question soulevée» susceptible de contrôle judiciaire par application de l'art. 82.1(1)—Une demande à cet égard a été déposée dans le délai prescrit—L'art. 82.1(5) permet la prorogation de délais lorsque des raisons spéciales le justifient—Des raisons spéciales existaient en l'espèce—Demandes accueillies—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19), 85 (édicte, *idem*, art. 20), 91.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 80), 92 (édicte, *idem*, art. 81).

FLOTA CUBANA DE PESCA (FLOTILLE DE PÊCHE CUBAINE) C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6504-93, IMM-7407-93, juge Reed, ordonnances en date du 30-9-94, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'intimé était un réfugié au sens de la Convention—Le requérant relève douze erreurs que le tribunal aurait commises—L'intimé est détenu depuis son arrivée au Canada en provenance de la Turquie le 28 juillet 1993—Défaut du tribunal de tenir compte d'un élément de preuve qui peut avoir un rapport direct avec la question de savoir si l'intimé est une personne visée par l'art. 1Fa de la Convention—L'élément de preuve en cause est une lettre de l'avocat de l'intimé en Turquie—Rien n'indique que le tribunal a tenu compte de la lettre—Le tribunal n'est pas tenu de mentionner dans sa décision chacune des preuves documentaires produites—Lorsque le demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention produit un document susceptible d'être contraire à ses intérêts et de contredire l'un des principaux motifs de la décision du tribunal, le passer sous silence soulève la question de savoir si la décision du tribunal aurait été différente s'il avait tenu compte du document en cause—Le tribunal a commis une erreur en ne tenant pas compte de la lettre dans sa décision—La demande est accueillie—L'affaire est renvoyée au tribunal de la Commission à des fins de réexamen—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] Can. T.S. N° 6, art. 1Fa).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SAHIN (IMM-1130-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 27-10-94, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle le tribunal chargé de prononcer sur la question du minimum de fondement a conclu que la revendication par la requérante du statut de réfugié ne justifie pas d'un minimum de fondement—La requérante était représentée par avocat tout au long de la procédure portant sur la question du minimum de fondement—Affaire ajournée du 26 novembre 1992 au 21 décembre 1992—L'audience reprit mais en l'absence de l'avocat qui n'avait pas été payé—La requérante demanda l'aide juridique—La requérante ne présenta aucune demande expresse d'ajournement en vue de se faire représenter par avocat—Le tribunal n'a expressément refusé aucun ajournement—L'arbitre a conclu que la revendication par la requérante du statut de réfugié au sens de la Convention ne justifiait pas d'un minimum de fondement—Il a ordonné qu'elle soit mise sous garde jusqu'au dépôt d'un cautionnement—Il échet d'examiner si elle s'est vu dénier l'équité procédurale du fait qu'elle n'était

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pas représentée par avocat à l'étape des conclusions—Aucune demande exprime d'ajournement; aucun refus exprès—La requérante a demandé un ajournement dans l'espoir de pouvoir se faire représenter—L'avocat de la requérante a cessé d'occuper pour elle parce qu'elle n'était plus en état de le payer—Le tribunal a préféré ignorer le problème de la requérante et faire comme si elle était disposée à se passer désormais d'avocat—Le tribunal a refusé d'exercer sa compétence, par ce motif qu'il n'a pas tranché la demande d'ajournement de la requérante—Un tribunal ne saurait ignorer les messages transmis de manière non équivoque par un profane et qui laissent inmanquablement transparaître une demande précise—Le tribunal n'a pas pris en considération les facteurs, favorables ou défavorables à la requérante, pour ce qui est de l'ajournement—Il a ignoré la demande tacite d'ajournement de la requérante—Demande accueillie—La Règle 8 du Code de déontologie professionnelle du Barreau du Haut-Canada prévoit le cas de l'avocat qui se retire d'une affaire—L'avocat a abandonné la requérante à un moment critique de la procédure touchant la question du minimum de fondement et l'a placée dans une position désavantageuse ou périlleuse—Il aurait dû l'aider en communiquant à l'avance ou par écrit avec le tribunal pour l'informer du problème et tenter de lui fournir l'information pertinente—Il semble à première vue que sa conduite n'a pas été conforme aux exigences de la Règle 8—Question certifiée pour être soumise à la Cour d'appel fédérale.

ACQUAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (93-T-32, juge Rothstein, ordonnance en date du 5-7-94, 8 p.)

L'appelante a demandé un ajournement de l'audition de l'appel afin que les avocats aient le temps d'examiner les conséquences du nouveau règlement proposé à l'égard des personnes dont la revendication du statut de réfugié a été refusée, règlement que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a annoncé dans un communiqué de presse—Ajournement refusé—Un communiqué de presse ne peut créer de droits en faveur de l'appelante—La Cour doit appliquer le droit tel qu'il est, et non tel qu'il pourrait être.

FENG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1317-91, juge Strayer, J.C.A., ordonnance en date du 5-10-94, 2 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—L'intimé reconnaît que la SSR a commis une erreur en présumant que les lois sur l'homosexualité et la défection ne sont probablement plus en vigueur en Ukraine—Bien que cette erreur constitue une irrégularité, elle ne donne pas lieu à l'infirmité de la décision—La Commission a commis une erreur donnant lieu à l'infirmité de sa décision en déclarant que le requérant n'avait pas été victime de persécution, étant donné que rien ne prouvait qu'il était homosexuel, mais seulement qu'il était perçu comme étant homosexuel par certaines personnes—Le requérant a été persécuté parce qu'il

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

était perçu comme étant homosexuel—La question de savoir s'il est effectivement homosexuel n'est pas pertinente—Cette perception découle du fait qu'il a été victime d'un viol homosexuel—La mère du requérant a fait l'objet d'une tentative d'extorsion parce que le requérant était perçu comme étant un homosexuel—Le requérant craint d'être persécuté s'il retourne en Ukraine parce qu'il y est perçu comme étant un homosexuel, et que l'homosexualité constitue un crime en Ukraine—La SSR n'a pas tenu compte des conséquences de cette perception—La SSR a accordé peu de valeur probante au document que le requérant a produit au sujet de l'état présumé du droit en Ukraine—La SSR a commis une erreur en tirant une conclusion au sujet de l'état du droit en Ukraine sans disposer de preuves à l'appui—La Commission a eu raison d'exprimer à l'audience au requérant ses réticences au sujet de la validité du document pour lui donner la possibilité de répondre aux réticences en question—Dès qu'elle a accepté que l'homosexualité constitue un crime, en n'interrogeant pas le requérant au sujet de la validité de la preuve documentaire, la Commission a présumé que la police n'aurait pas accusé la victime si celle-ci avait porté plainte devant eux—Si la police percevait le requérant comme étant un homosexuel, il est possible qu'il aurait été accusé de s'être livré à un acte homosexuel même s'il était la victime—La décision de la Commission est annulée et la Cour ordonne à la Commission de reconnaître au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention.

DYKON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-38-93, juge McKeown, ordonnance en date du 27-9-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a statué que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—À son arrivée au Canada en septembre 1992, le requérant, un Tamoul citoyen du Sri Lanka, a revendiqué le statut de réfugié en raison de sa race, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—Il craignait d'être persécuté par les autorités pour avoir dispensé des soins médicaux, bien que contre son gré, aux membres du LTTE—Après être arrivé à Colombo, lui et d'autres Tamouls ont été arrêtés par la police—Il a été détenu et interrogé et il a été battu lorsqu'il a admis avoir fourni des services médicaux au LTTE dans la région de Jaffna—Le tribunal a accepté la plus grande partie de son témoignage—Il a conclu qu'il existait une possibilité raisonnable que le requérant trouve refuge dans une autre partie du Sri Lanka, savoir à Colombo ou dans une ville autre que Jaffna—La conclusion du tribunal peut raisonnablement s'appuyer sur la preuve dont il disposait—Aucun motif ne justifie que la Cour intervienne relativement à sa conclusion concernant l'absence de fondement objectif à la crainte du requérant d'être persécuté à Colombo—Le tribunal n'a commis aucune erreur dans l'appréciation de l'existence d'une possibilité raisonnable que le requérant trouve refuge dans une autre partie du pays—Un observateur raisonnable conclurait à l'absence de fondement d'une allégation de crainte de partialité fondée uniquement sur l'apparence physique d'un membre du tribunal composé de deux personnes—Les personnes dont l'apparence physique ou le nom risque d'être perçu par un nouvel arrivant comme une menace à ses valeurs ethniques, dans un autre endroit ou à une autre époque, ne peuvent être inhospitalières pour cette raison—Le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

racisme ou la discrimination ne peuvent avoir de conséquences légales dont les tribunaux prennent acte que dans les cas où la discrimination raciale se traduit par des actes; la simple apparence physique des personnes qui ont un pouvoir décisionnel dans notre société ne suffit pas—Le tribunal n'a commis aucune erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 69.1(8) de la Loi sur l'immigration—L'audition devait être tenue devant les deux membres du tribunal saisi du dossier à l'origine—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(8) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

VISAGAPERUMAL C CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6745-93, juge MacKay, ordonnance en date du 8-11-94, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un citoyen de l'Iran—Il soutient craindre avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—Le requérant a été détenu et battu après avoir dénoncé le régime en Iran—Il a participé à la distribution de dépliants hostiles aux pouvoirs établis—Après un raid à son atelier et l'arrestation de son associé, le requérant a commencé à se cacher—Il a quitté l'Iran en utilisant un passeport qui comportait un faux timbre de sortie—Il craignait que des photographies prises pendant une grève de la faim à laquelle il a participé au Canada ne soient tombées entre les mains des autorités iraniennes—Compte tenu de l'absence de preuve indiquant que les autorités iraniennes ont poursuivi leurs recherches pour retrouver le requérant après le raid de son atelier et du fait que le requérant a pu, en utilisant un passeport à son nom, quitter l'Iran depuis l'aéroport de Téhéran où, selon la preuve, les départs sont surveillés de près, la SSR a conclu que, lors de son départ, le requérant n'était pas recherché par les autorités iraniennes—Elle a également conclu que le requérant n'avait présenté aucune explication digne de foi au sujet du fait qu'il n'avait pas conservé ou recouvré son passeport lors de son départ de la Malaisie ou depuis ce temps—Le requérant soutient que la Commission a fait preuve de partialité—Citant le rapport de James C. Hathaway intitulé «Vers le rétablissement de la confiance», il affirme que la Commission peut avoir semblé partielle parce qu'elle a rendu sa décision dans un contexte contradictoire—Demande rejetée—Même si le rapport Hathaway et la couverture par les médias pourraient préoccuper les demandeurs de statut de réfugié, selon le critère permettant de déterminer s'il y a partialité, la personne raisonnable et sensée ou bien informée doit obtenir les renseignements nécessaires et étudier la question en profondeur, de façon pratique et réaliste—Ce critère exige que la personne raisonnable et sensée examine la transcription de l'audience devant la SSR, la preuve documentaire dont elle a été saisie et les motifs de sa décision—Après avoir fait cet examen, la Cour estime qu'une personne raisonnable et sensée ou bien informée n'en viendrait pas à la conclusion que, selon toute vraisemblance, les membres de la SSR ne rendaient pas une décision juste en l'espèce.

ZARIBAF C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1492-94, juge Gibson, ordonnance en date du 18-10-94, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a jugé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention au sens de l'art. 2 de la Loi sur l'immigration—Le requérant est un citoyen du Salvador—Il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'il prétendait craindre avec raison d'être persécuté s'il devait retourner au Salvador du fait de ses opinions politiques ou de son appartenance à un groupe social déterminé—Le requérant a quitté le Salvador en juillet 1991 et est arrivé au Canada en mars 1993—La SSR a statué sur sa revendication en décidant si, compte tenu des changements survenus au Salvador depuis le départ du requérant, celui-ci ferait face à plus qu'une simple possibilité d'être persécuté par ses présumés persécuteurs s'il devait retourner là-bas—Il n'existe pas de décision judiciaire qui ait retenu la thèse que les changements doivent être durables et qu'il n'y a aucune possibilité qu'il y ait un renversement de la situation à l'avenir—Le concept de la «durabilité» exprimé dans la décision de la SSR établirait un seuil impossible à satisfaire en ce qui concerne le changement dans la situation au pays d'origine—L'analyse que la SSR a faite de la preuve documentaire est suffisante pour appuyer sa conclusion—La demande est rejetée—La question est certifiée selon le libellé proposé par l'avocat—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), c. I-2, art. 2.

CASTELLANOS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2082-94, juge Gibson, ordonnance en date du 18-10-94, 6 p.)

Appel interjeté contre une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié sur la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de l'appelant—L'appelant, citoyen du Soudan et chef de la police de Rashad, a refusé d'exécuter des ordres illégaux du régime militaire—Démis de ses fonctions, il a fui le Soudan, craignant d'être persécuté pour avoir refusé d'obéir aux ordres du nouveau régime—La Commission a commis une erreur en concluant que l'appelant craignait d'être «poursuivi» et non d'être «persécuté»—Le refus d'exécuter des ordres militaires pourrait entraîner une persécution sur le fondement d'une opinion politique perçue—Décision de la Commission annulée—Appel accueilli.

MOHAMED C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-26-92, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 7-11-94, 2 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié qui a refusé d'accorder aux requérants la statut de réfugié au sens de la Convention—À leur arrivée au mois de juin 1991, les requérants ont revendiqué le statut de réfugié craignant d'être persécutés par les autorités pakistanaises parce qu'ils sont membres de la foi ahmadiyya—Bien que les revendications soient fondées sur les mêmes faits essentiels, la Commission n'a accordé le statut de réfugié qu'au mari—La protection n'est accordée qu'aux demandeurs de statut de réfugié qui démontrent l'existence d'une crainte de persécution personnelle—Le principe de l'unité familiale exige que les personnes qui obtiennent le statut de réfugié ne soient pas séparées des membres les plus proches de leur famille, surtout lorsqu'il existe une situation de dépendance—La Commission a eu tort de ne pas examiner si le principe de la «persécution

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

indirecte» s'appliquait en l'espèce—La notion de persécution indirecte repose sur l'hypothèse que les membres de la famille sont susceptibles de subir un grave préjudice lorsque leurs proches parents sont persécutés—Ce principe est reconnu par le droit canadien en matière de réfugiés—Il permet d'octroyer le statut de réfugié à ceux qui par ailleurs ne seraient pas en mesure de prouver individuellement une crainte fondée de persécution—La Commission a eu tort de ne pas examiner les effets néfastes de la persécution du mari sur les requérantes—Elle se devait d'examiner si les circonstances étaient telles que les requérantes méritaient également d'être protégées—La demande est accueillie.

BHATTI C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (A-89-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 14-9-94, 5 p.)

DOMMAGES-INTÉRÊTS**NON COMPENSATOIRES***Exemplaires*

Le juge de première instance avait refusé d'accorder des dommages-intérêts exemplaires—La Cour d'appel a statué que le juge de première instance avait mal compris la question en refusant d'accorder des dommages-intérêts exemplaires—L'affaire a été renvoyée au juge de première instance pour qu'il examine la demande de dommages-intérêts exemplaires de Lubrizol—Imperial Oil a continué à fabriquer et à vendre des additifs d'huile à moteur, bien qu'une injonction interlocutoire lui eût interdit de le faire—La vente à Shell d'ECA 10271, qui était le même produit que celui qui avait été fabriqué et vendu sous le nom d'ECA 10444, était délibérée et flagrante, et dénotait une complète indifférence à l'égard de l'injonction—Si Imperial croyait sincèrement qu'ECA 10271 ne violait pas le brevet, elle aurait dû présenter une demande en vue d'obtenir une ordonnance déclarant qu'ECA 10271 était un produit différent d'ECA 10444—Au procès, le juge avait statué qu'ECA 10444 et ECA 10271 étaient le même produit—En décidant de défier l'injonction au lieu de perdre Shell comme client, Imperial Oil a sciemment pris un risque commercial et juridique—Lorsqu'une partie poursuit ses activités après qu'il lui a été interdit de le faire, il convient d'accorder des dommages-intérêts exemplaires—Les dommages-intérêts exemplaires reflètent l'indignation de la Cour—Il ne s'agit pas de dommages-intérêts compensatoires, mais de dommages-intérêts punitifs et ils doivent être suffisamment importants pour avoir un effet dissuasif—Les activités illicites se sont poursuivies pendant huit mois—La quantité de produit vendu était énorme—Le produit a été vendu à profit, ce qui a permis à Imperial Oil de garder illégalement Shell comme client et donc d'empêcher la requérante de tirer parti de son invention—Le fait qu'Imperial Oil est une grosse société dont le chiffre d'affaires annuel est de dix milliards de dollars constitue un facteur à prendre en considération lorsqu'on détermine le montant à accorder—Afin d'avoir une incidence sur la défenderesse, les dommages-intérêts exemplaires sont fixés à 15 millions de dol-

DOMMAGES-INTÉRÊTS—Fin

lars—Les dépens sont adjugés sur la base procureur-client pour le jugement rendu par suite du procès, le jugement rendu en appel et la présente instance.

LUBRIZOL CORP. C. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, juge Cullen, ordonnance en date du 4-10-94, 11 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel des jugements ((1993), 62 F.T.R. 150) par lesquels la Section de première instance a accueilli les appels des intimés relativement à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur—Le transport du charbon faisait-il partie des «opérations minières» définies à l'art. 49.01(1) de la Loi sur la taxe d'accise—Le cas échéant, il permettait aux intimés de réclamer une ristourne de taxe sur le carburant relativement au combustible diesel consommé par les trains utilisés pour le transport—La conclusion portant que l'expression «stade du métal primaire» n'a pas de sens reconnu sur le plan technique, au sein de l'industrie ou dans les manuels est incontestable—Le juge de première instance a compris et appliqué de façon erronée l'arrêt *La Reine c. Nova, an Alberta Corporation* (1988), 88 DTC 6386 (C.A.F.)—Le sens ordinaire ou courant des mots est celui que les personnes versées en la matière lui ont donné et qu'elles lui donnent—Il n'existe aucun «sens courant» attribué par les personnes versées dans la question à l'expression «stade du métal primaire»—En l'absence de sens technique ou industriel reconnu, l'expression «stade du métal primaire ou son équivalent» doit être interprétée en conformité avec le sens ordinaire de ses mots dans le contexte de la Loi—Le juge de première instance a commis une erreur en interprétant l'expression «*prime metal stage*» de façon à lui attribuer la notion de «pureté» alors que la version française de la Loi ne permet pas cette interprétation—Le législateur n'avait pas l'intention d'attribuer ce sens au mot «*prime*» dans la loi en cause—Le TCCE a eu raison de conclure que le mot «*prime*» utilisé dans la définition a le sens du mot «*premier*», compatible avec l'utilisation du terme «*primaire*»—Le juge de première instance a conclu à juste titre que le traitement jusqu'au stade du métal primaire ne devait pas nécessairement avoir lieu à la mine—Le charbon métallurgique et thermique a atteint l'équivalent du stade du métal primaire au sens de la définition de l'expression «opérations minières» énoncée à l'art. 49.01(1) lorsqu'il a été traité jusqu'à ce qu'il atteigne un état répondant aux exigences des clients qui l'achètent et en prennent livraison comme du charbon se trouvant dans cet état—Le concassage, la pulvérisation et le mélange du charbon métallurgique ainsi que le concassage, la pulvérisation et le séchage du charbon thermique ne font pas partie intégrante du traitement du charbon jusqu'à l'équivalent du stade du métal primaire—Appel accueilli—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 49.01 (édicte par L.C. 1985, ch. 3, art. 22).

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (A-269-93, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 15-6-94, 16 p.)

DOUANES ET ACCISE—Fin**LOI SUR LES DOUANES**

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1993), 63 F.T.R. 316) qui a accordé à l'intimé une prorogation du délai de production de la déclaration comportant allégués contre le ministre—L'intimé avait omis de déposer une demande dans le délai de quatre-vingt-dix jours prescrit par l'art. 135(1) de la Loi sur les douanes—L'avocat de l'intimé a expédié au ministre par messagerie une lettre faisant état de l'intention de son client d'interjeter appel de la décision—Six jours après l'expiration du délai, rédaction de la déclaration d'une requête en prorogation du délai pour interjeter appel de la décision du ministre et pour obtenir le remboursement de l'amende—L'art. 135(2) de la Loi rend les Règles de la Cour fédérale applicables aux actions engagées dans le délai établi à l'art. 135(1)—Il ne confère aucun pouvoir d'origine législative d'employer les règles afin d'étendre ou d'abrèger le délai qui y est prescrit—L'application de la Règle 2(2) par le juge du procès va à l'encontre de la décision claire et non équivoque rendue dans l'affaire *Westclox Canada Ltd. c. Pyrotronics of Canada Ltd.*, [1981] 2 C.F. 68—L'arrêt *Westclox* constitue une règle de droit impérative, qui a été suivie depuis—Les Règles 3(1)c), 6 et 302 ne sont pas applicables à l'espèce—Les délais de prescription sont nécessités par des principes fondamentaux liés à l'administration efficiente et adéquate de la justice—On ne peut y renoncer ou les proroger en l'absence d'une disposition législative claire—Les Règles de la Cour ne peuvent être utilisées pour étendre ou réduire le délai prescrit par une loi—Le délai de prescription de quatre-vingt-dix jours est long et raisonnable—L'intimé a eu amplement de temps pour satisfaire aux exigences de la loi—Un simple avis donné de l'intention d'engager une action ne constitue pas l'équivalent de l'engagement réel d'une action—L'art. 135(1) de la Loi exige le dépôt dans le délai prescrit d'une déclaration comportant allégués contre la décision du ministre—L'appel est accueilli—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 135 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 49)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2, 3, 6 (éditée par DORS/90-846, art. 2), 302.

DAWE C. CANADA (A-359-93, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-9-94, 7 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Requête en rejet de l'action, pour défaut de poursuivre—Déclaration, dans l'action en violation d'un contrat de remorquage, déposée le 30 juillet 1986—Défenses déposées les 26 septembre et 2 octobre 1986—Une liste de documents a été déposée le 26 novembre 1990 et livrée au procureur des défenderesses le 15 avril 1991, accompagnée d'une demande voulant que les parties passent aux interrogatoires préalables—M. William Petticrew, celui qui, semble-t-il, aurait autorisé le remorquage, est mort le 20 octobre 1991—Le 9 décembre 1991, les défenderesses exigent des demanderesses un dépôt de garantie pour les dépens—Les procureurs des parties se rencontrent de manière informelle le 14 avril 1992—Le procureur des demanderesses ne se manifeste plus jusqu'au mois de mars

DROIT MARITIME—Fin

1993—Le 7 avril 1993, le procureur des défenderesses confirme qu'il exige le dépôt d'une garantie pour les dépens—En septembre 1993, les demanderesses demandent à leur procureur de donner son accord à la somme demandée—Par lettre en date du 1^{er} novembre 1993, le procureur des demanderesses fait savoir aux défenderesses qu'il attend que soit versé le solde du dépôt de garantie—Par lettre en date du 25 février 1994, les défenderesses informent à nouveau les demanderesses qu'il faudrait que celles-ci versent le plein montant du dépôt de garantie avant que les défenderesses n'acceptent de donner suite à la démarche envisagée—Le 3 mars 1994, les défenderesses notifient aux demanderesses leur intention de solliciter le rejet de l'action pour défaut de poursuivre—Le 7 mars, les demanderesses déposent un avis d'intention d'assigner et déposent auprès de la Cour le montant du dépôt de garantie pour les dépens—Le 7 avril 1994, les défenderesses déposent un avis de requête, avec affidavit à l'appui, en vue d'une ordonnance portant rejet de l'action intentée—La Règle 440 des Règles de la Cour fédérale autorise les demandes de rejet de l'action pour défaut de poursuivre en l'absence d'un avis d'instruction envoyé dans les trois mois après la clôture des plaidoiries si le requérant est d'avis que le demandeur manque de diligence dans la poursuite de l'action—La requête est accueillie—Selon le critère exposé dans l'affaire *Allen c. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.): (1) il faut que le retard soit excessif; (2) il faut que le retard soit inexcusable; (3) il faut que le retard ait occasionné aux défendeurs un préjudice sérieux—Le pouvoir discrétionnaire en la matière ne doit pas être exercé à moins que le retard risque de faire en sorte que les questions en litige ne puissent pas être équitablement tranchées—Étant donné qu'il s'agit en l'espèce de retards excessifs et inexcusables, il faut, pour trancher la requête, se demander si le retard a porté atteinte aux droits des défenderesses à un procès équitable—La perte du témoignage de témoins importants est un motif suffisant de rejeter l'action: *Kanematsu-Gosho (Canada) Ltd. c. Midas Navigation Corp.*, [1984] 1 C.F. 1290 (F.A.)—M. Petticrew avait d'importantes choses à dire et on aurait pu recueillir sa déposition avant sa mort si les demanderesses n'avaient pas retardé aussi longuement les procédures—La perte de ce témoignage a entraîné pour les défenderesses un sérieux préjudice—Bien que l'existence de preuves documentaires touchant le témoignage d'un témoin absent permette, dans certaines circonstances, d'atténuer le préjudice subi par un défendeur, chaque affaire doit être jugée en fonction des faits qui lui sont propres—Se posent en l'espèce de sérieuses questions quant à la teneur des conversations, quant aux motifs et aux hypothèses sur lesquels l'intéressé s'est fondé pour agir—Le retard initial des demanderesses a porté atteinte aux chances d'assurer un procès équitable—*Waterside Cargo Co-Operative c. La Commission nationale des ports* (1986), 3 F.T.R. 189 (C.F. 1^{re} inst.) s'applique en l'espèce—La demanderesse s'est elle-même causé une injustice, son avocat ayant laissé courir les délais au détriment des deux parties—Selon une règle d'*equity*, «l'*equity* sert les justiciables diligents»—La demanderesse n'a pas fait valoir les droits qu'elle pouvait avoir—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 440.

GENIOUS MARITIME INC. C. FEDERAL ATLANTIC (LE) (T-1815-86, juge Wetston, ordonnance en date du 29-8-94, 6 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt avait confirmé la décision du ministre selon laquelle un avantage avait été accordé au demandeur par la corporation—Le demandeur avait créé une fiducie familiale dans le but exprès d'accumuler du capital à l'avantage de ses trois enfants—Les fiduciaires avaient acquis 99 actions ordinaires de Merbriheath, société constituée en même temps que la fiducie—Le demandeur détenait 100 actions privilégiées avec droit de vote—En considération du transfert à la fiducie d'actions productrices de revenu, le demandeur avait reçu des actions privilégiées de second rang sans droit de vote de Merbriheath—En 1980, Merbriheath a acquis une propriété de loisirs—Étant donné que le demandeur avait personnellement garanti l'emprunt contracté par le contribuable en vue de l'achat, la fiducie a obtenu le taux préférentiel—La propriété a été vendue en 1985 et la société a acquis un second chalet—Le chalet n'était pas aménagé pour l'hiver—Le demandeur a de nouveau garanti l'emprunt—Merbriheath payait les améliorations des immobilisations, l'intérêt sur le prêt hypothécaire et les impôts fonciers—Le demandeur assumait les frais d'exploitation et d'entretien annuels—Après s'être séparé de sa conjointe en 1986, le demandeur n'est jamais retourné au chalet—Le ministre a déterminé qu'un avantage avait été accordé au demandeur en sa qualité d'actionnaire puisque le chalet avait été utilisé par le demandeur et sa famille de 1985 à 1987 et que la valeur de cet avantage devait être incluse dans le revenu—Un appel ayant été interjeté devant la Cour de l'impôt, le demandeur a soutenu qu'il n'avait reçu aucun avantage puisque son utilisation réelle de la propriété avait été minimale—Subsidiairement, il a soutenu que les sommes évaluées à l'égard des avantages étaient excessives puisque le chalet était un élément d'actif qui prenait de la valeur, qu'il assumait les frais d'entretien et d'exploitation et que la valeur de la garantie personnelle fournie pour permettre d'obtenir un taux préférentiel n'avait pas été prise en compte—La Cour de l'impôt a statué que le fait d'avoir le chalet à sa disposition constituait un objet de valeur et que cette valeur n'était pas tributaire de l'étendue de l'utilisation—Le ministre a réduit les cotisations de 10 %—L'appel en l'espèce est fondé sur le motif que le chalet a été acquis à des fins commerciales légitimes et que l'utilisation personnelle était accessoire et que, si un avantage avait été reçu, il était compensé par le fait que le demandeur avait assumé tous les frais d'entretien et d'exploitation de la propriété—Le défendeur a fait valoir que Merbriheath avait acquis la propriété pour l'utilisation personnelle du demandeur, et que la décision d'achat ne s'appuyait sur aucun motif commercial légitime—Il prétend qu'étant donné que la propriété était à la disposition du demandeur pendant toute l'année, son utilisation réelle n'était pas pertinente, et que les efforts qui avaient été déployés pour améliorer la propriété et obtenir un financement ne devraient pas servir à réduire le taux d'intérêt autrement applicable—Appel rejeté sauf en ce qui concerne l'année 1987—Le contre-appel est rejeté; les nouvelles cotisations initiales ne sont pas rétablies—(1) Un avantage imposable a été accordé au demandeur en sa qualité d'actionnaire en 1985 et en 1986 seulement—L'argument du défendeur selon lequel l'acquisition ne s'appuyait sur aucun motif commercial est rejeté—Les faits montrent que les chalets ont été acquis par Merbriheath afin de produire un revenu—L'utilisation des chalets par le demandeur était accessoire à l'objectif commercial que visait l'entreprise

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

en les acquérant, c.-à-d. acheter et vendre des propriétés de loisirs pour un profit—En même temps, les chalets étaient à la disposition du demandeur pour son utilisation personnelle—Le demandeur a reçu un avantage en 1985 et en 1986 lorsque sa famille et lui ont utilisé les chalets durant l'été—Il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage avait été accordé au demandeur en 1987, après la séparation—Absence de preuve selon laquelle la conjointe ou les enfants adultes avaient utilisé le chalet—(2) La Loi ne prescrit aucune formule permettant de calculer la valeur de l'avantage—Le ministre a décidé de se servir du Règ. 4301, mais le législateur ne donne aucune directive à cette fin—*Youngman, L. c. La Reine* (1990), 90 DTC 6322 (C.A.F.) donne des indications quant à la façon de calculer la valeur d'un avantage—Le calcul de l'avantage reçu par l'actionnaire qui utilise les biens de l'entreprise dépend de l'objet visé par celle-ci lorsqu'elle a acquis les biens—L'avantage accordé au demandeur en 1985 et en 1986 était l'utilisation d'un chalet exceptionnel pendant l'été—Idéalement, la valeur de cet avantage serait calculée en fonction du loyer que le demandeur aurait dû verser s'il n'avait pas été actionnaire—En raison du caractère particulier des chalets en question et du fait que de tels bâtiments ne sont pas loués pour la saison estivale, il n'existe aucune preuve permettant de fixer le loyer approprié—La Cour a tenu compte de la somme que le demandeur aurait versée en 1985 et en 1986 pour prendre ses vacances dans un lieu de villégiature exclusif pendant une saison estivale de douze semaines—C'est l'avantage que le demandeur a reçu de l'entreprise et le montant qui doit être porté dans son revenu aux termes de l'art. 15(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Mille dollars par semaine est un montant raisonnable—La valeur de l'avantage accordé au demandeur se chiffre à 12 000 \$ pour chacune des années 1985 et 1986—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1)c).

CARTWRIGHT C. CANADA (T-1939-91, juge Rouleau, jugement en date du 30-9-94, 10 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a exclu une pension d'origine allemande du revenu—L'intimé a reçu une pension canadienne en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse, ainsi qu'une pension d'origine allemande en 1990 et en 1991—La pension d'origine allemande était exonérée de l'impôt en vertu d'un traité—Elle a été incluse dans le revenu conformément aux art. 56(1)a) et 81(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, mais a été déduite en vertu de l'art. 110(1)f)—La pension canadienne était assujettie à l'impôt aux termes de l'art. 180.2—Le montant de revenu et, partant, le montant d'impôt variaient en fonction de l'inclusion ou de l'exclusion de la pension d'origine allemande dans le revenu—L'intimé a exclu la pension d'origine allemande de son revenu au motif qu'elle était exonérée de l'impôt en vertu d'un traité—Le ministre a inclus la pension d'origine allemande—La Cour de l'impôt a statué que l'art. 180.2 impose une taxe sur les montants que le traité déclare exonérés et que le traité devait avoir préséance—La demande est accueillie—La partie I.2 prévoit la restitution des prestations reçues en vertu de la Loi sur les allocations familiales et la Loi sur la sécurité de la vieillesse dans la mesure où le revenu du contribuable dépasse la limite (indexée) de 50 000 \$—L'obligation fiscale imposée à l'intimé en vertu de l'art. 180.2 vise seulement son revenu de pension d'origine canadienne—La

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

pension d'origine allemande sert uniquement à calculer le montant de l'impôt dû, lequel représente une restitution des prestations canadiennes reçues—La restitution est déductible lors du calcul de revenu imposable en vertu de l'art. 60w) pour garantir que les prestations récupérées ne soient pas imposées comme un revenu—L'effet combiné de la partie I.2 et de l'art. 60w) est de forcer les contribuables qui en ont moins besoin, parce qu'ils ont un revenu plus élevé, à restituer les prestations sociales qu'ils ont reçues—La nouvelle cotisation du ministre n'a pas eu pour effet d'assujettir la pension d'origine allemande à l'impôt—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26; 1983-84, ch. 1, art. 23; 1987, ch. 46, art. 15; 1991, ch. 49, art. 32), 60w) (édicte par L.C. 1990, ch. 39, art. 12), 81(1a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 46), 110(1)f) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 65; 1988, ch. 55, art. 77; 1991, ch. 49, art. 78); 180.2 (édicte par S.C. 1990, ch. 39, art. 48; 1991, ch. 49, art. 144)—Loi de 1982 sur l'Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts, S.C. 1980-81-82-83, ch. 156.

CANADA C. SWANTJE (A-144-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 26-9-94, 5 p.)

Déductions

Appel du jugement par lequel la Cour de l'impôt a accueilli l'appel d'une cotisation relative à l'année 1985—Le MRN a refusé la déduction de petite entreprise pour le motif que le revenu tiré par la défenderesse constituait un revenu de placements au Canada étant donné que le but principal de l'entreprise était de tirer un revenu de biens et que, tout au long de l'année d'imposition 1985, la défenderesse ne comptait pas plus de cinq employés à plein temps—La défenderesse a allégué exploiter activement une entreprise qui consistait à administrer des biens ainsi que des propriétés agricoles; en 1985, elle comptait plus de cinq employés à plein temps—La défenderesse était une entreprise propriétaire de biens et administrait des propriétés—Elle employait un administrateur à plein temps, un secrétaire comptable à plein temps, une secrétaire permanente à temps partiel, un préposé à l'entretien à plein temps, un concierge à plein temps et des aides qui travaillaient à temps partiel sur une base régulière l'été, sous la surveillance constante et à plein temps du président, M. Hughes—La définition d'«entreprise exploitée activement par une corporation» figurant à l'art. 125(7a) de la Loi de l'impôt sur le revenu désigne toute entreprise exploitée par une corporation autre qu'une entreprise de placement désignée—La définition d'«entreprise de placement désignée» figurant à l'art. 125(7e)(i) désigne une entreprise de location de biens dont le but principal est de tirer un revenu de biens, à moins que «la corporation n'emploie dans l'entreprise tout au long de l'année plus de cinq employés à plein temps»—La défenderesse soutient qu'une entreprise pourrait avoir «plus de cinq employés à plein temps» en ajoutant à ceux-ci des employés à temps partiel—Appel accueilli—(1) En réponse aux arguments invoqués par le conseiller fiscal de la défenderesse, la demanderesse a écrit au représentant de la défenderesse que [TRADUCTION] «puisque la contribuable avait cinq employés à plein temps seulement»—La déclaration selon laquelle M. Hughes était employé à plein temps ne constitue pas une

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

admission non plaidée étant donné qu'elle reprend simplement l'allégation du conseiller fiscal—Toute admission, si admission il y a, a été faite de façon inconsciente ou par inadvertance—Cette admission alléguée n'a pas été invoquée devant la Cour de l'impôt et n'a pas été alléguée dans la défense—La lettre de la défenderesse n'a pas été rédigée par les avocats de celle-ci—La défenderesse n'a pas été trompée par la phraséologie utilisée par inadvertance par la demanderesse—(2) Le président et l'administrateur de la défenderesse n'étaient pas un employé à plein temps de cette dernière au sens de l'art. 125(7e)(i)—Étant donné que la définition d'«employé» figurant à l'art. 248 comprend les cadres, dont le président, rien n'empêche le président d'être un employé—Compte tenu des registres téléphoniques et des visites à Brandon (où est situé le bureau de l'entreprise de la demanderesse) et du temps de travail consacré à la contribuable par M. Hughes, il s'agit d'un travail à temps partiel et non à plein temps—Les honoraires annuels accordés pour les services fournis étaient bien inférieurs à la rémunération versée à un employé à plein temps—En 1985, M. Hughes travaillait à plein temps comme avocat à Winnipeg—Il a travaillé à des heures irrégulières et ses services n'étaient pas requis pour le jour, la semaine, le mois ou l'année normal de travail—Il était employé sur une base régulière pour effectuer un nombre d'heures inférieur aux heures régulières de travail de chaque jour de travail—(2) Les mots «plus d'employés à plein temps que cinq employés à plein temps» signifient toujours pas moins de six ou au moins six employés à plein temps—R. v. *Shenowski*, [1932] 1 W.W.R. 192 (B.R. Man.) appliqué—L'art. 125(7e)(i) n'envisage même pas les employés à temps partiel—Il est uniquement fait mention des employés à plein temps—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125(7a) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 40), e)(i) (mod., *idem*).

CANADA C. HUGHES & CO. HOLDINGS LTD. (T-503-90, juge Muldoon, jugement en date du 15-6-94, 18 p.)

MARQUES DE COMMERCE

PRATIQUE

Appel de la décision du président de la Commission des oppositions des marques de commerce rejetant l'opposition du Groupe Resto Inc. à la demande d'enregistrement de la marque-dessin «Pachino's»—Il s'agit de savoir si l'appelante a le droit de loger le présent appel—C'est en vertu de l'art. 38 de la Loi sur les marques de commerce que le Groupe Resto Inc. a produit une déclaration d'opposition à la demande d'enregistrement en question—Il est toujours demeuré l'unique opposant devant le registraire—Le seul fait pour l'appelante d'être devenue titulaire des marques «Pacini» et «Pacini & Dessin» ne suffisait pas à en faire une partie au sens de l'art. 38 de la Loi—Le droit d'appel prévu à l'art. 56 de la Loi est un droit exceptionnel—Seules les parties avisées ou notifiées de la décision du registraire ont le droit d'en appeler—Il y a une distinction fondamentale entre le droit de commencer un appel prévu par la loi et celui de participer à un appel en cours, que ce soit à titre de nouvelle partie ou d'intervenant—Comme l'appelante n'était pas une partie devant le registraire sous le

MARQUES DE COMMERCE—Fin

régime de l'art. 38, elle n'avait pas le droit d'intenter le présent appel.—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 38, 56.

RESTAURANTS PACINI INC. C. PACHINO'S PIZZA LTD.
(T-3149-92, juge Pinard, jugement en date du 28-10-94,
5 p.)

PRATIQUE

Demande d'autorisation d'interroger l'auteur d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui a rejeté la plainte de discrimination du requérant—La Commission n'est plus partie au dossier et a indiqué son intention de ne pas intervenir—L'enquêteuse a vraisemblablement pris connaissance des documents qui lui ont été soumis—Le fait que le requérant prétende avoir «des inquiétudes sérieuses que la Commission n'a pas exercé sa propre discrétion en prenant sa décision» est insuffisant pour justifier la Cour d'accorder l'autorisation d'interroger l'auteur de la décision—Ni celle-ci ni la Commission dont elle est membre ne sont parties à la requête—Il irait à l'encontre du but recherché par le législateur que de permettre un tel interrogatoire qui ne serait rien de moins qu'une expédition de pêche—Rien dans l'affidavit du requérant ne justifie la Cour d'autoriser cet interrogatoire—Demande rejetée.

BOUDREAU C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1514-94, juge Denault, ordonnance en date du
3-11-94, 5 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Requête visant à obtenir une ordonnance radiant en vertu de la Règle 419 certains paragraphes de la défense modifiée, enjoignant à chacun des défendeurs de déposer l'affidavit prévu à la Règle 448, et enjoignant à chacun des défendeurs de se soumettre à un interrogatoire préalable oral conformément aux Règles 5, 455 et 456—Le demandeur allègue que les paragraphes contestés 22, 23 et 26 de la défense modifiée font un emploi abusif des procédures de la Cour, car ils seraient interdits en raison du principe de la chose jugée, par suite des motifs rendus par le juge Reed en octobre 1993—La question de la qualité permettant de contester l'ordonnance 9/83 du sous-chef de l'état-major de la Défense ou l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 20/53 est tranchée en faveur du demandeur—La légalité de ces ordonnances est correctement mises en question en l'espèce—Aucun appel interjeté de la décision du juge Reed—Les défendeurs font un emploi abusif des procédures de la Cour en présentant à nouveau les mêmes arguments dans leur défense modifiée—Les défendeurs ne peuvent empêcher le demandeur de simplement chercher à obtenir la réparation qu'il demande—Les paragraphes contestés sont radiés—Le demandeur poursuit le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense en leurs qualités officielles seulement—La Règle 449(1) a été modifiée peu de temps après le dépôt de la présente demande—Les modifications apportées à la loi ne s'appliquent pas à un litige en instance si elles affectent des droits existants—Elle reçoit application dès leur entrée en vigueur si elles sont de

PRATIQUE—Suite

nature procédurale—La souveraine ne peut pas être contrainte à déposer par affidavit en vertu de la Règle 448—Les affidavits prévus à la Règle 448 doivent faire l'objet d'une prestation de serment de la part des deux autres défendeurs, ou pour leur compte, conformément aux Règles 448 et 449—Le demandeur n'a pas, dès le début, le droit d'exiger la comparution de tous les défendeurs aux fins d'un interrogatoire préalable—Un ministre de la Couronne ne peut pas être un déposant approprié lors d'un interrogatoire préalable—Le demandeur n'a pas démontré pourquoi le chef d'état-major de la Défense lui-même devait être présent à l'interrogatoire préalable oral—Le véritable défendeur était la Couronne—Les autres «parties» nommées étaient simplement des «fonctionnaires, de[s] préposés ou de[s] mandataires de la Couronne»—La Couronne n'a à nommer qu'un seul déposant pour répondre à l'interrogatoire préalable oral prévu à la Règle 456(2)—Chaque défendeur doit déposer un affidavit conformément aux Règles 447, 448 et 449—Requête accueillie en partie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 419, 448, 449 (mod. par DORS/94-41, art. 6), 455, 456.

LIEBMANN C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE)
(T-306-93, juge Muldoon, ordonnance en date du
23-6-94, 17 p.)

Appel de l'ordonnance rendue par le juge des requêtes ([1994] 3 C.F. 361) relativement à deux requêtes—Première requête présentée par l'intimée en vue d'obtenir l'avis et les instructions de la Cour en vertu de la Règle 473—Deuxième requête présentée par les appelants en vue de faire rejeter l'appel qu'ils prétendent hypothétique—Le consentement visé par la Règle 473 n'a été ni demandé, ni obtenu avant que le juge des requêtes entreprenne l'audition de la requête—Le consentement de toutes les parties en cause est essentiel à l'exercice, par le juge des requêtes, du pouvoir discrétionnaire que lui confère la Règle 473—En l'absence du consentement des appelants, le juge des requêtes n'avait pas compétence pour prononcer les dispositions de son ordonnance qui concernent la production de documents et l'interrogatoire préalable de témoins—Appel accueilli en ce qui a trait à la première requête—Le juge des requêtes a conclu que l'appel était hypothétique, mais il a néanmoins exercé son pouvoir discrétionnaire de l'entendre parce que l'audition de l'appel permettrait probablement de trancher la question de la procédure à suivre par le ministre des Finances lorsqu'il prend un arrêté en vertu de l'art. 680 de la Loi sur les sociétés d'assurance—Le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement—Appel rejeté en ce qui a trait à la deuxième requête—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 473—Loi sur les sociétés d'assurance, L.C. 1991, ch. 47, art. 680.

SOVEREIGN LIFE INSURANCE CO. C. CANADA (A-277-94, juge en chef Isaac, ordonnance en date du 20-9-94, 4 p.)

Interrogatoire préalable

Demande en vue d'obtenir une ordonnance ayant pour effet d'exclure chacun des défendeurs à titre personnel pendant l'interrogatoire préalable de l'autre, ainsi que de leur interdire de prendre connaissance des transcriptions ou des notes en découlant, avant qu'ils n'aient tous deux subi leur interrogatoire préalable—Affaire portant sur l'adoption d'une marque de commerce—Les deux défendeurs à titre personnel ont pris part

PRATIQUE—Fin

à l'application et à la direction des mesures qui sont au cœur du litige—Les réponses données lors de l'interrogatoire préalable peuvent ultérieurement être étouffées, voire contredites, par un témoignage à l'audience, et ne constituent pas nécessairement les seuls aveux sur lesquels on peut se fonder—La partie requérante s'est acquittée de l'obligation d'établir que les intérêts de la justice seraient mieux servis si une ordonnance d'exclusion était rendue à l'égard des défendeurs à titre personnel—Le risque qu'une injustice ne soit commise, si l'exclusion n'est pas ordonnée, est plus substantiel pour les demanderesse—Il y a lieu de nourrir une crainte—L'exclusion aura pour effet de réduire le risque que le témoignage d'un témoin n'influence celui de l'autre—Requête accueillie

ENTREPRISE RENT-A-CAR CO. C. SINGER (T-1078-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 9-9-94, 7 p.)

REJET DES PROCÉDURES*Défaut de poursuivre*

Requête en rejet des appels pour défaut de poursuivre conformément à la Règle 1209—Appels interjetés contre deux ordonnances interlocutoires du juge Simpson—Requête en rejet fondée sur deux moyens—Le second moyen est le défaut allégué d'avoir formé en temps utile l'intention d'interjeter appel comme en témoigne l'absence de signification de l'avis d'appel exigée par la loi—L'art. 27(3) de la Loi sur la Cour fédérale exige que l'avis d'appel soit signifié «sans délai»—La signification en l'espèce a eu lieu 7 mois après le dépôt des avis d'appel—Grave méprise de la part de l'avocate des appelants sur les formalités à observer dans un appel auprès de la Cour—Les tribunaux sont des institutions publiques chargées du règlement des litiges et ils nécessitent une dépense considérable de fonds publics—La congestion des tribunaux et les retards qui s'ensuivent constituent un grave problème pour le public—La signification de l'avis d'appel est une formalité procédurale, à laquelle peuvent renoncer les parties—Ambiguïté suffisante dans les discussions et les échanges de communications entre les avocats des parties pour que l'avocate des appelants ait pu raisonnablement croire que l'avocat de l'intimé trouvait acceptable sa façon de procéder et y consentait—Rejet des demandes—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1209—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C., (1985), ch. F-7, art. 7 (mod. par L.R.C., (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7).

ADAMS C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (A-634-93, A-635-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 7-10-94, 6 p.)

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Requête en radiation de la déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action—Déclaration visant à forcer l'Île-du-Prince-Édouard à se conformer à la Loi canadienne sur la santé—L'hôpital et la Commission des services de santé ont refusé de rembourser toute réclamation relative à des soins de santé dispensés à la fille de la demanderesse parce qu'elle n'avait pas de numéro d'assurance sociale—La demanderesse refuse de faire attribuer un numéro d'assurance sociale à ses

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Suite

enfants aux fins de la gestion des soins de santé—Elle soutient qu'aucune loi fédérale n'impose l'utilisation d'un NAS à cette fin—Elle s'oppose à son utilisation à des fins non autorisées—On exige qu'elle paie les services de santé fournis à ses enfants, pour lesquels elle n'est pas remboursée—La Loi canadienne sur la santé prévoit que le régime provincial d'assurance-santé doit permettre que cent pour cent des assurés de la province aient droit aux services de santé assurés—Il doit offrir les services de santé assurés selon des modalités uniformes et ne pas faire obstacle, directement ou indirectement, à un accès satisfaisant à ces services—La demanderesse affirme que le ministre a refusé de donner suite à la procédure en cas de manquement prévue aux art. 14 à 17—La demanderesse réclame (1) un jugement déclaratoire portant que les versements faits à la province par le ministre des Finances relativement à la Loi canadienne sur la santé sont illégaux; (2) une injonction interdisant au ministre des Finances de faire des versements à la province tant que la Health Services Payment Act ne sera pas modifiée; (3) un jugement déclaratoire portant que le régime de services de santé de la province ne satisfait pas aux conditions d'universalité, d'accessibilité et d'intégralité qui sont énoncées dans la Loi canadienne sur la santé; (4) un jugement déclaratoire portant que les dispositions de la Health Services Payment Act permettant au médecin dont le patient ne présente pas de NAS de facturer directement ce patient et autorisant la Commission à ne pas rembourser ces montants au patient sont inconstitutionnelles—Demande rejetée, sauf en ce qui concerne la quatrième mesure de redressement—Les arrêts *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607 et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080, ont été appliqués pour conclure qu'il existe un point relevant de la compétence des tribunaux et que la demande est du ressort de la Cour—Bien qu'il soit douteux que le ministre des Finances verse les montants en question, les dispositions pertinentes n'ont pas été radiées car cela n'a pas fait l'objet des plaidoiries—Quant à la question de savoir si une injonction peut être accordée contre l'État, l'art. 22(2) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, qui prévoit que les tribunaux ne doivent pas prononcer d'injonctions contre des préposés de l'État lorsqu'ils n'ont pas le pouvoir de prononcer une injonction contre l'État, s'applique seulement aux demandes visant l'État intentées en vertu de l'art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale—En ce qui concerne les demandes de contrôle judiciaire, l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère précisément à la Section de première instance le pouvoir de décerner une injonction contre un office fédéral—Une demande de contrôle judiciaire peut se transformer en action—Si l'action avait été formulée comme une demande de contrôle judiciaire, une injonction aurait pu être décernée—L'art. 22(2) a codifié le droit existant—Il y a une jurisprudence établissant qu'il est possible de prononcer une injonction contre des préposés de l'État, lorsqu'ils outrepassent leur compétence légale, parce qu'ils sont personnellement responsables de ces actes—La quatrième mesure de redressement demandée a été radiée uniquement contre un tiers—La validité des dispositions législatives provinciales n'est pas liée aux mesures de redressement demandées contre l'État fédéral ou un ministre mentionné, mais il s'agit d'une revendication indépendante et distincte—L'action en revendication contre le gouvernement provincial selon laquelle son système d'assurance-santé est géré d'une façon qui contrevient à la Charte aurait dû être

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Suite

intentée devant la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard et contre le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard—Loi canadienne sur la santé, L.R.C. (1985), ch. C-6, art. 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 22(2) (mod., *idem*, art. 28)—Loi sur la

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Fin

Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 4)—Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2.

HUGHES c. CANADA (T-37-94, juge Reed, ordonnance en date du 20-6-94, 9 p.)

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

8801320

OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9