



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 1, Part 3**

**1993, Vol. 1, 3<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1993] 1 F.C., 371-540**

**Renvoi [1993] 1 C.F., 371-540**

---



Published by  
PIERRE GARCEAU, Q.C.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
PIERRE GARCEAU, c.r.  
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.

---

Bureau des arrêstistes

Directeur général  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.  
Arrêstiste principal  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.  
Arrêstistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

---

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

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Secretary  
DENISE CÔTÉ

Secrétaire  
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.*

*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.*

*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.*

*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.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

---

## CONTENTS

Digests ..... D-31

Canada (Information Commissioner) v. Canada  
(Prime Minister) (T.D.) ..... 427

Access to information — Access sought to Government-commissioned public information polls on national unity and constitutional reform — Application to review Government's refusal to disclose most of information sought — Threshold test: "reasonable expectation of probable harm", not "any potential for injury" — No "sliding scale" according to importance of information involved — First case where Access to Information Act, s. 14 exemption (disclosure injurious to conduct of federal-provincial affairs) invoked — Role of Court under Act, s. 50 — Presumption in favour of disclosure — Evidentiary requirement — No reasonable grounds to withhold

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-37

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada  
(Premier ministre) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 427

Accès à l'information — Demande de communication des sondages d'opinion, commandés par le gouvernement, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle — Recours en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de divulguer la plus grande partie des informations recherchées — Critère du «risque vraisemblable de préjudice probable» et non de la «possibilité de préjudice» — Non-applicabilité du critère de l'échelle mobile en fonction de l'importance des renseignements en cause — Première affaire portant sur l'exemption prévue à l'art. 14 de la Loi sur l'accès à l'information (communication préjudiciable à la conduite des affaires fédérales-provinciales)

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

disclosure of record based on evidence presented by Government.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Access sought to Government-commissioned public information polls on national unity and constitutional reform — Whether Access to Information Act, s. 14 should be interpreted in light of Charter, s. 2(b) — Not mere matter of statutory interpretation — If s. 14 expressly confers power on government to limit assumed protected right (access to government information), attack must be on constitutional validity of statutory provision — Charter challenge not dealt with as Federal Court Act, s. 57 requirement of notices to attorneys general not complied with.

### **Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator) (C.A.)..... 501**

Native peoples — 1975 James Bay and Northern Quebec Agreement confirming construction of hydroelectric project — According to its terms, Agreement confirmed by federal and provincial legislation — 1983 S.C.C. decision holding treaties and statutes relating to Indians to be liberally construed and ambiguities resolved in favour of Indians — Assuming Agreement treaty, principle should not be applied blindly to modern agreements — Historical reasons for development of principle considered — Aboriginals no longer vulnerable — Principles of statutory construction inapplicable as Agreement not statute, but legislated contract — In negotiating land agreements with Aboriginals, Crown must seek compromise between interests of Aboriginals and of society as whole — Fiduciary relationship requires good faith and reasonableness on both sides — To seek and interpret any ambiguity systematically in favour of Aboriginals would distort negotiation process — Aboriginals must be bound by informed commitment now in position to make.

Environment — 1975 James Bay and Northern Quebec Agreement confirming construction of hydro-electric development project — When commencement of steps preliminary to construction announced in 1990, Aboriginal parties sought to force Federal Administrator to trigger environmental review provided under Agreement, and under EARPGO, based on probable impact on areas under federal jurisdiction — Eastmain project part of Le Complexe La Grande — Subject to specific provisions in Agreement exempting Le Complexe from environmental regime — Essence of project same as that contemplated in 1975 — Not substantial modification render-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— Rôle de la Cour sous le régime de l'art. 50 — Présomption en faveur de la communication — Fardeau de la preuve — Absence de motifs raisonnables pour refuser la communication des documents à la lumière des preuves et témoignages présentés par le gouvernement.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de presse — Demande de communication des sondages d'opinion commandés par le gouvernement sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle — Il échet d'examiner s'il faut interpréter l'art. 14 de la Loi sur l'accès à l'information à la lumière de l'art. 2b) de la Charte — Il ne s'agit pas d'une simple question d'interprétation des lois — Si l'art. 14 habilite expressément le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la validité constitutionnelle de cet article — La Cour ne prononce pas sur l'argument constitutionnel faute d'observation de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale qui prévoit la notification aux procureurs généraux.

### **Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral) (C.A.)..... 501**

Peuples autochtones — Convention de la Baie James et du Nord québécois de 1975 confirmant la réalisation d'un projet hydroélectrique — De par ses termes, la Convention a été approuvée par une loi fédérale et une loi provinciale — Dans une décision de 1983, la C.S.C. concluait que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens — En tenant pour acquis que la Convention est un traité, le principe ne devrait pas être suivi aveuglément en ce qui concerne les traités modernes — Examen des raisons historiques entraînant l'élaboration du principe — Les Autochtones ne sont plus vulnérables — Les principes d'interprétation législative ne s'appliquent pas puisque la Convention n'est pas une loi, mais un contrat ayant reçu force de loi — La Couronne, lorsqu'elle négocie des accords territoriaux avec les Autochtones, doit chercher un compromis entre l'intérêt de ces derniers et celui de la collectivité — La relation de fiducie requiert bonne foi et raisonabilité de part et d'autre — Chercher à tout prix des ambiguïtés et les interpréter systématiquement en faveur des Autochtones fausserait le processus de la négociation — Les Autochtones doivent être tenus à la parole éclairée qu'ils sont maintenant en mesure de donner.

Environnement — La Convention de la Baie James et du Nord québécois de 1975 confirme la réalisation d'un projet d'aménagement hydro-électrique — Lorsque, en 1990, le commencement des travaux préliminaires de la construction a été annoncé, les parties Autochtones ont cherché à forcer l'administrateur fédéral à mettre en branle le régime d'examen environnemental prévu à la Convention et au Décret, invoquant les répercussions probables sur des domaines de compétence fédérale — Le projet d'Eastmain fait partie du complexe La Grande — Il est assujéti aux dispositions précises de la Convention excluant le Complexe du régime environnemental —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ing its future project under Agreement and subject to environmental review regime — Under provincial jurisdiction — One review procedure rule; parallel reviews only where project, not consequences, falling within both jurisdictions or partly outside Agreement Territory — EARPGO not applicable as s. 3 providing environmental assessment procedure shall take place before irrevocable decisions taken — James Bay and Northern Québec Native Claims Settlement Act irrevocable consent to construction of Le Complexe — Conditions for application of EARPGO not fulfilled — No federal law or other affirmative duty imposing obligation on Ministers to undertake initial assessment.

### **Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority (T.D.)..... 371**

Contracts — Action for damages for breach of contract for pilot boat services — Plaintiff not awarded contract although lowest bidder — Defendant relying on disclaimer clause, fearing monopoly — Whether failure to disclose precondition against monopoly in tender specifications unfairly excluded plaintiff's bid from consideration — Financial Administration Act, s. 124, by-laws not requiring defendant to award contract to lowest bidder — Case law on tendering reviewed — Defendant implicitly bound by preliminary "contract A" to treat all bidders fairly in tendering process — Implied term to award contract to lowest bidder where cost primary factor in evaluation of tenders — All terms and conditions of specifications in call for tenders met by plaintiff — Disclaimer clause not entitling defendant to attach to tender call preferential preconditions concerning monopoly not disclosed to bidders — No right to pierce corporate veil of groups of companies — Erroneous perception of dangers of monopoly — Defendant breaching preliminary "contract A", *prima facie* liable in damages.

Torts — Negligence — Whether defendant guilty of misrepresentation in failing to disclose material information on concerns as to monopoly in tender specifications — No fiduciary duty owed with respect to tendering process under Financial Administration Act, s. 124, by-laws, tendering procedures — No special relationship between defendant and plaintiff within *Hedley Byrne* doctrine requiring disclosure of preconditions against monopoly.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

L'essentiel du projet correspond à celui envisagé en 1975 — Il ne constitue pas une modification substantielle de telle façon qu'il est assimilé à un projet futur dans le cadre de la Convention et assujéti au régime d'examen environnemental — Il relève de la compétence provinciale — La règle appelle un seul examen; les examens parallèles ne sont tenus que là où le projet, et non pas ses conséquences, relève des deux compétences ou déborde le Territoire de la Convention — Le Décret ne s'applique pas puisque l'art. 3 prescrit que le processus d'évaluation environnementale a lieu avant que des décisions irrévocables soient prises — La Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois est un consentement irrévocable à la construction du Complexe — Les conditions du déclenchement du Décret ne sont pas réalisées — Aucune loi ou autre obligation positive fédérale n'impose aux ministres l'obligation d'entreprendre une première évaluation.

### **Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique (1<sup>re</sup> inst.)..... 371**

Contrats — Action en dommages-intérêts pour rupture de contrat de fourniture de services de bateau-pilote — La demanderesse n'a pas obtenu le marché, malgré le fait que son offre soit la plus basse — La défenderesse invoque une clause de dénégation, craignant une situation de monopole — Le défaut de divulguer des conditions requises relativement au monopole dans le cahier des charges a-t-il exclu injustement de l'examen la soumission de la demanderesse? — L'art. 124 de la Loi sur la gestion des finances publiques et le règlement interne n'obligent pas la défenderesse à attribuer le marché au moins-disant — Examen de la jurisprudence portant sur les appels d'offres — La défenderesse, liée implicitement par le contrat préliminaire A, doit traiter équitablement tous les soumissionnaires dans le cadre du processus d'appel d'offres — Il existe une condition implicite d'attribuer le marché au moins-disant lorsque le coût est le principal critère dans l'évaluation des soumissions — Toutes les conditions du cahier des charges dans l'appel d'offres ont été respectées par la demanderesse — La clause de dénégation ne donne pas le droit à la défenderesse d'assortir l'appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence concernant le monopole, qui n'ont pas été divulguées aux soumissionnaires — Aucun droit de lever le paravent de la société des groupes de sociétés — Perception erronée du risque de monopole — La défenderesse ayant dérogé au contrat préliminaire A, elle doit, à première vue, verser des dommages-intérêts.

Responsabilité délictuelle — Négligence — La défenderesse s'est-elle rendue coupable de déclaration inexacte en ne divulguant pas des renseignements importants, relatifs à son appréhension de monopole, dans le cahier des charges de l'appel d'offres? — L'art. 124 de la Loi sur la gestion des finances publiques, le règlement interne et les procédures en matière d'appel d'offres ne créent aucune obligation fiduciaire à l'égard du processus d'appel d'offres — Aucune relation particulière entre la défenderesse et la demanderesse au sens de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Equity — Equitable doctrine of “clean hands” based on wrongful interference with tendering process by plaintiff — Allegations of bribery and conspiracy irrelevant as concerned officers not parties to action — Equitable defences available only where relief sought subject of separate action or asserted by counterclaim — No evidence to support defendant’s allegations — Equitable pleas no defence to liability for breach of contract.

Damages — Limiting principles — Remoteness — Plaintiff bidding on tender for pilot boat services with expectation of realizing profits — Damages for breach of contract based on loss of profit — Damages for lost profits must be proven on balance of probabilities — Case law reviewed — Doctrine of remoteness explained — Claim for damages for loss of profits not too remote — Defendant must have reasonably foreseen likely consequences of breach of contract.

Practice — Interest — Under Federal Court Act, ss. 36, 37, prejudgment and postjudgment interest now determined by law of province where cause of action arose — Prejudgment interest not awarded — Law of Nova Scotia applicable to postjudgment interest.

## SOMMAIRE (Fin)

doctrine établie dans l’arrêt *Hedley Byrne* obligeant de divulguer les conditions requises relativement au monopole.

*Equity* — La doctrine d’*equity* exigeant une «conduite irréprochable» est invoquée relativement à l’immixtion indue de la demanderesse dans le processus d’appel d’offres — Les allégations de corruption et de complot ne sont pas pertinentes puisque les dirigeants en cause ne sont pas parties à l’action — Les moyens de défense d’*equity* ne peuvent être invoqués que si la réparation demandée fait l’objet d’une action distincte ou d’une demande reconventionnelle — Aucun élément de preuve n’appuie les allégations de la défenderesse — Les moyens de défense d’*equity* ne sont pas opposables à l’action en responsabilité contractuelle.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Éloignement — La demanderesse a présenté une soumission à l’appel d’offres à l’égard de services de bateau-pilote en s’attendant à réaliser un profit — Les dommages-intérêts pour manquement à un contrat sont fondés sur le manque à gagner — Les dommages-intérêts en cas de perte de manque à gagner doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités — Examen de la jurisprudence — Explication de la doctrine de l’éloignement — Les dommages-intérêts réclamés à l’égard du manque à gagner ne sont pas trop éloignés — La défenderesse doit avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture du contrat.

Pratique — Intérêts — En vertu des art. 36 et 37 de la Loi sur la Cour fédérale, l’intérêt avant jugement et l’intérêt sur le jugement sont maintenant accordés selon les règles de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur — L’intérêt avant jugement n’est pas accordé — La Loi de la Nouvelle-Écosse est applicable à l’égard de l’intérêt sur le jugement.

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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 1, Part 3**

**1993, Vol. 1, 3<sup>e</sup> fascicule**



T-2662-87

Northeast Marine Services Limited (*Plaintiff*)

v.

Atlantic Pilotage Authority (*Defendant*)

INDEXED AS: *NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. v. ATLANTIC PILOTAGE AUTHORITY (T.D.)*

Trial Division, McNair D.J.—Halifax, December 9, 1991 and October 19, 1992.

*Contracts — Action for damages for breach of contract for pilot boat services — Plaintiff not awarded contract although lowest bidder — Defendant relying on disclaimer clause, fearing monopoly — Whether failure to disclose precondition against monopoly in tender specifications unfairly excluded plaintiff's bid from consideration — Financial Administration Act, s. 124, by-laws not requiring defendant to award contract to lowest bidder — Case law on tendering reviewed — Defendant implicitly bound by preliminary "contract A" to treat all bidders fairly in tendering process — Implied term to award contract to lowest bidder where cost primary factor in evaluation of tenders — All terms and conditions of specifications in call for tenders met by plaintiff — Disclaimer clause not entitling defendant to attach to tender call preferential preconditions concerning monopoly not disclosed to bidders — No right to pierce corporate veil of groups of companies — Erroneous perception of dangers of monopoly — Defendant breaching preliminary "contract A", prima facie liable in damages.*

*Torts — Negligence — Whether defendant guilty of misrepresentation in failing to disclose material information on concerns as to monopoly in tender specifications — No fiduciary duty owed with respect to tendering process under Financial Administration Act, s. 124, by-laws, tendering procedures — No special relationship between defendant and plaintiff within Hedley Byrne doctrine requiring disclosure of preconditions against monopoly.*

*Equity — Equitable doctrine of "clean hands" based on wrongful interference with tendering process by plaintiff — Allegations of bribery and conspiracy irrelevant as concerned officers not parties to action — Equitable defences available only where relief sought subject of separate action or asserted*

T-2662-87

Northeast Marine Services Limited (*demanderesse*)

c.

*a* Administration de pilotage de l'Atlantique (*défenderesse*)

*RÉPERTORIÉ: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. c. b ADMINISTRATION DE PILOTAGE DE L'ATLANTIQUE (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge suppléant McNair —Halifax, 9 décembre 1991 et 19 octobre 1992.

*c* *Contrats — Action en dommages-intérêts pour rupture de contrat de fourniture de services de bateau-pilote — La demanderesse n'a pas obtenu le marché, malgré le fait que son offre soit la plus basse — La défenderesse invoque une clause de dénégation, craignant une situation de monopole — Le défaut de divulguer des conditions requises relativement au monopole dans le cahier des charges a-t-il exclu injustement de l'examen la soumission de la demanderesse? — L'art. 124 de la Loi sur la gestion des finances publiques et le règlement interne n'obligent pas la défenderesse à attribuer le marché au moins-disant — Examen de la jurisprudence portant sur les appels d'offres — La défenderesse, liée implicitement par le contrat préliminaire A, doit traiter équitablement tous les soumissionnaires dans le cadre du processus d'appel d'offres — Il existe une condition implicite d'attribuer le marché au moins-disant lorsque le coût est le principal critère dans l'évaluation des soumissions — Toutes les conditions du cahier des charges dans l'appel d'offres ont été respectées par la demanderesse — La clause de dénégation ne donne pas le droit à la défenderesse d'assortir l'appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence concernant le monopole, qui n'ont pas été divulguées aux soumissionnaires — Aucun droit de lever le paravent de la société des groupes de sociétés — Perception erronée du risque de monopole — La défenderesse ayant dérogé au contrat préliminaire A, elle doit, à première vue, verser des dommages-intérêts.*

*h* *Responsabilité délictuelle — Négligence — La défenderesse s'est-elle rendue coupable de déclaration inexacte en ne divulguant pas des renseignements importants, relatifs à son appréhension de monopole, dans le cahier des charges de l'appel d'offres? — L'art. 124 de la Loi sur la gestion des finances publiques, le règlement interne et les procédures en matière d'appel d'offres ne créent aucune obligation fiduciaire à l'égard du processus d'appel d'offres — Aucune relation particulière entre la défenderesse et la demanderesse au sens de la doctrine établie dans l'arrêt Hedley Byrne obligeant de divulguer les conditions requises relativement au monopole.*

*i* *Equity — La doctrine d'équité exigeant une «conduite irréprochable» est invoquée relativement à l'immixtion induite de la demanderesse dans le processus d'appel d'offres — Les allégations de corruption et de complot ne sont pas pertinentes puisque les dirigeants en cause ne sont pas parties à l'action —*

by counterclaim — No evidence to support defendant's allegations — Equitable pleas no defence to liability for breach of contract.

Damages — Limiting principles — Remoteness — Plaintiff bidding on tender for pilot boat services with expectation of realizing profits — Damages for breach of contract based on loss of profit — Damages for lost profits must be proven on balance of probabilities — Case law reviewed — Doctrine of remoteness explained — Claim for damages for loss of profits not too remote — Defendant must have reasonably foreseen likely consequences of breach of contract.

Practice — Interest — Under Federal Court Act, ss. 36, 37, prejudgment and postjudgment interest now determined by law of province where cause of action arose — Prejudgment interest not awarded — Law of Nova Scotia applicable to postjudgment interest.

This was an action for damages for breach of contract, negligent misrepresentation, breach of fiduciary, statutory or common law duty with respect to the awarding of a contract for pilot boat services. The plaintiff alleged that the defendant wrongfully interfered with sound economic business principles by not awarding the contract to it, even though its bid was the lowest of all those received on Tender 50. The defendant relied on a so-called disclaimer clause whereby it reserved "the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest". The main factor inducing the defendant to reject the plaintiff's bid was a growing concern regarding the perception that a monopoly existed in the pilot boat business in the Cape Breton region. The defendant also invoked the equitable doctrine of "clean hands", arguing that the plaintiff had sought to improperly interfere with the tendering process. The issue was whether the defendant's failure to disclose the pre-condition of monopoly in the tender specifications unfairly stacked the cards against the plaintiff on Tender 50 such that the tendering process became nothing more than a sham.

Held, the action should be allowed in part.

There is no express provision either in the defendant's by-laws and tendering manual or in the *Financial Administration Act*, section 124, which imposes a fiduciary duty or statutory obligation upon the defendant to award any contract to the lowest bidder. Such duty or obligation is imposed on the direc-

Les moyens de défense d'équité ne peuvent être invoqués que si la réparation demandée fait l'objet d'une action distincte ou d'une demande reconventionnelle — Aucun élément de preuve n'appuie les allégations de la défenderesse — Les moyens de défense d'équité ne sont pas opposables à l'action en responsabilité contractuelle.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Éloignement — La demanderesse a présenté une soumission à l'appel d'offres à l'égard de services de bateau-pilote en s'attendant à réaliser un profit — Les dommages-intérêts pour manquement à un contrat sont fondés sur le manque à gagner — Les dommages-intérêts en cas de perte de manque à gagner doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités — Examen de la jurisprudence — Explication de la doctrine de l'éloignement — Les dommages-intérêts réclamés à l'égard du manque à gagner ne sont pas trop éloignés — La défenderesse doit avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture du contrat.

Pratique — Intérêts — En vertu des art. 36 et 37 de la Loi sur la Cour fédérale, l'intérêt avant jugement et l'intérêt sur le jugement sont maintenant accordés selon les règles de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur — L'intérêt avant jugement n'est pas accordé — La Loi de la Nouvelle-Écosse est applicable à l'égard de l'intérêt sur le jugement.

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour rupture de contrat, déclaration inexacte imputable à la négligence, manquement à une obligation fiduciaire et à une obligation prévue par la loi ou la common law relativement à l'attribution d'un marché pour la fourniture des services de bateau-pilote. La demanderesse allègue que la défenderesse a dérogé aux principes de saine gestion en ne lui attribuant pas le marché, malgré le fait qu'elle ait déposé l'offre la plus basse parmi toutes celles reçues relativement à l'appel d'offres n° 50. La défenderesse excipe une prétendue clause de dénégaration de responsabilité aux termes de laquelle elle s'était réservée «le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse». Le facteur déterminant ayant incité la défenderesse à rejeter l'offre de la demanderesse était l'appréhension croissante née de la perception qu'il existait une situation de monopole au sein des services de bateau-pilote dans la région du Cap-Breton. La défenderesse invoque aussi la doctrine d'équité de la «conduite irréprochable» en raison du fait que la demanderesse a cherché à s'immiscer indûment dans le processus d'appel d'offres. La question en litige est de savoir si, en ne mentionnant pas dans le cahier des charges de l'appel d'offres la condition touchant le monopole, la défenderesse a injustement pipé les dés au détriment de la demanderesse dans le cas de l'appel d'offres n° 50 de sorte que le processus d'appel d'offres a été réduit à un artifice.

Jugement: l'action doit être accueillie en partie.

Aucune disposition expresse du règlement interne de la défenderesse, de son manuel concernant les appels d'offres ou de l'article 124 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* impose à la défenderesse une obligation fiduciaire ou une obligation légale d'attribuer le marché au moins-disant. L'obliga-

tors and officers of the defendant in their capacity as agents and trustees for the Crown corporation and not as something which might enure to the benefit of a third party stranger. According to the evidence, the preconditions regarding the issue of monopoly were never communicated to the plaintiff prior to the submission of its bid on Tender 50. This contravened the defendant's desire to give every tenderer a fair chance in the bidding process. The monopoly issue, the driving force behind the decision-making process on Tender 50, was an irrelevant consideration which ought not to have influenced the decision to reject the plaintiff's lower bid. The defendant's directors committed an error of law by arbitrarily piercing the corporate veil so as to deny the autonomous and independent existence of the Slater group of companies. It was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant that the plaintiff was never in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions against a monopoly; the tendering process was rigged against the plaintiff from the outset.

The law on tendering changed with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, wherein a tender call became an offer and a tender bid an acceptance which, if made in compliance with the conditions of the call for tenders, created a preliminary contract or "contract A". On the basis of that principle, a preliminary, unilateral "contract A" was created between the defendant and the plaintiff on the submission of the latter's bid. This preliminary "contract A" contained the implied term or obligation to treat all bidders fairly; it also contained an implied term or obligation to award the contract on Tender 50 to the lowest qualified bidder, the instant case being one where cost or price would have to be an important criterion in the evaluation of tenders. The plaintiff met all the terms and conditions of the specifications set out in the call for tenders, but its low bid failed because of the defendant's apprehensions regarding monopoly. The disclaimer clause did not entitle the latter to ignore the implied terms of the preliminary "contract A" arising from the submission of the tender bid by attaching to its tender call preferential preconditions which were not disclosed to the bidders. The defendant has breached the preliminary "contract A" and was *prima facie* liable in damages.

There was no special relationship between the defendant and the plaintiff such as to impose on the former a duty of care to disclose in the tender specifications the preferential preconditions of monopoly. The elements of negligent misrepresentation as enunciated in the English case *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* were not met in that there was no breach of a duty of care by negligent words as opposed to negligent conduct. The defendant was not liable to the plaintiff for

tion est imposée aux administrateurs et dirigeants de la défenderesse en raison de leur qualité de mandataires et de fiduciaires d'une société d'État et ne constitue pas une obligation énoncée au profit d'un tiers. Il ressort de la preuve que les conditions requises concernant le monopole n'ont jamais été communiquées à la demanderesse avant qu'elle n'ait présenté sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Cela allait à l'encontre de la volonté de la défenderesse d'accorder à chaque soumissionnaire des chances égales dans le cadre du processus d'appel d'offres. La question du monopole, la raison déterminante dans le processus décisionnel quant à l'appel d'offres n° 50, n'était pas un facteur pertinent et n'aurait pas dû jouer dans la décision de rejeter l'offre de la demanderesse, qui était la plus basse. Les administrateurs de la défenderesse ont commis une erreur de droit en levant, de façon arbitraire, le paravent de la société de façon à nier l'existence autonome et indépendante du groupe de sociétés Slater. Il était prévu, dans l'esprit de la défenderesse, que la demanderesse n'aurait même pas la chance de voir ses soumissions examinées équitablement dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, à cause des conditions requises, non divulguées, relatives au monopole; le processus d'appel d'offres a été truqué au détriment de la demanderesse dès le départ.

Le droit en matière d'appel d'offres a changé depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, dans lequel l'appel d'offres est devenu une offre et la soumission est devenue une acceptation qui, si elle est conforme aux conditions de l'appel d'offres, engendre un contrat préliminaire ou «contrat A». En application de ce principe, un contrat préliminaire, unilatéral, ou «contrat A», a été conclu entre la défenderesse et la demanderesse quand cette dernière a présenté sa soumission. Ce «contrat A» préliminaire contenait la condition ou l'obligation implicite de traiter équitablement tous les soumissionnaires; il renfermait aussi la condition ou l'obligation implicite d'attribuer le marché, dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, au moins-disant qui remplissait les conditions, puisqu'il s'agissait d'un appel d'offres pour lequel le coût ou le prix devait être un critère important dans l'évaluation des soumissions. La demanderesse remplissait toutes les conditions du cahier des charges énoncées dans l'appel d'offres, mais son offre, qui était la plus basse, n'a pas été retenue à cause des craintes de la défenderesse au sujet du monopole. La clause de dénégation ne donnait pas à la défenderesse le droit de ne pas tenir compte des conditions implicites du «contrat A» préliminaire découlant de la présentation de la soumission, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence, qui n'ont pas été divulguées aux soumissionnaires. La défenderesse a dérogé au «contrat A» préliminaire et doit, à première vue, verser des dommages-intérêts.

Il n'y avait pas, entre la défenderesse et la demanderesse, de relation particulière, telle que la défenderesse avait une obligation de diligence pour ce qui est de divulguer dans le cahier des charges de l'appel d'offres les conditions requises liées à sa préférence relative au monopole. Les éléments d'une déclaration inexacte imputable à la négligence énoncés dans l'arrêt anglais *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* étaient absents puisqu'il n'y a pas eu dérogation à l'obligation

any negligent misrepresentation or misstatement or other breach of duty sounding in tort arising from its failure to disclose in the tender documents the preconditions of monopoly. The defendant's actions should be judged in the perspective of whether there was any breach of a duty of fairness between the plaintiff and all tenderers, rather than on the basis of an obligation or duty sounding in tort.

The equitable doctrine of "clean hands" relied on by the defendant was based on the allegation that the plaintiff improperly interfered with the tendering process. There was no evidence to support this allegation of a conspiracy and bribery involving executives of various companies. These allegations and any evidence with respect thereto were irrelevant since the persons in question were not parties to the present action nor to any action in which said allegations were brought directly in issue. The equitable defences pleaded would avail the defendant only where the relief sought in respect of the conduct complained of was made the subject of a separate action or asserted by way of counterclaim. The defendant's equitable pleas were no defence to the liability for breach of contract.

The assessment of damages for breach of contract was based on loss of profit projected over a five-year period. The basic rule with respect to damages, as set out by the case law, is that loss of profits is not compensable if too remote according to the test enunciated in *Hadley v. Baxendale*. Damages for lost profits, like all damages for breach of contract, must be proven on a balance of probabilities. According to the doctrine of remoteness, a defendant is liable for such losses as, in all the circumstances, he ought reasonably to have contemplated at the time the contract was made. In the instant case, the plaintiff bid on Tender 50 with the full expectation of realizing some profit therefrom over the whole contract period had it been successful on its bid, and the loss of such profit was something which the defendant ought reasonably to have foreseen as the likely consequence of any breach of the preliminary "contract A" at the time it was made. The plaintiff's claim for damages for loss of profits, based on its reasonable expectation interest, was not too remote under the first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale*. The defendant must be taken to have reasonably foreseen the likely consequences of the breach of its contract with the plaintiff.

As to interest on the damages award, the new sections 36 and 37 of the *Federal Court Act* divest the Court of much of its discretion in the awarding of both prejudgment and postjudgment interest by making interest determinable according to the law of the province in which the cause of action arose. Subsec-

de diligence par des propos négligents par opposition à un acte négligent. La responsabilité de la défenderesse à l'endroit de la demanderesse, du fait qu'elle n'a pas divulgué dans le cahier des charges les conditions requises relativement au monopole, ne peut être retenue sur la base d'une déclaration inexacte imputable à la négligence, d'une fausse déclaration ou d'un autre manquement à une obligation. Il faut juger les actions de la défenderesse en se demandant s'il y a eu manquement à une obligation d'agir équitablement entre la demanderesse et tous les soumissionnaires, et non s'il y avait une obligation ou un devoir fondé sur la responsabilité délictuelle.

La défenderesse a invoqué la doctrine d'*equity* qui exige une «conduite irréprochable» en alléguant que la demanderesse s'est immiscée indûment dans le processus des appels d'offres. Les éléments de preuve n'étaient pas cette allégation de complot et de corruption impliquant les dirigeants de différentes sociétés. Ces allégations et tout élément de preuve s'y rattachant ne sont pas pertinents puisque les personnes en cause ne sont pas parties à la présente action ni du reste à aucune action dans laquelle ces allégations sont directement mises en cause. La défenderesse ne pourrait faire valoir les moyens de défense d'*equity* que si la réparation demandée à l'égard des actes dont elle se plaint faisait l'objet d'une action distincte ou d'une demande reconventionnelle. Les moyens de défense d'*equity* de la défenderesse ne sont pas opposables à l'action en responsabilité contractuelle.

L'évaluation des dommages-intérêts dus en raison de la rupture de contrat a été effectuée en tenant compte du manque à gagner sur une période de cinq ans. Conformément à la règle fondamentale relative aux dommages-intérêts, établie par la jurisprudence, le manque à gagner ne peut être compensé si le préjudice est trop éloigné conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*. Les dommages-intérêts en cas de manque à gagner, comme tous les dommages-intérêts consécutifs à la rupture de contrat, doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Selon la doctrine du caractère éloigné, le défendeur est tenu responsable des pertes que, vu l'ensemble des circonstances, il aurait normalement dû prévoir au moment où le contrat a été conclu. En l'espèce, la demanderesse a présenté une soumission, en réponse à l'appel d'offres n° 50, en s'attendant vraiment à réaliser ainsi un profit tout au long de la durée du marché si celui-ci lui était attribué, et ce manque à gagner était quelque chose que la défenderesse aurait dû normalement prévoir lors de la conclusion du contrat comme conséquence probable de la rupture du «contrat A» préliminaire. Les dommages-intérêts réclamés par la demanderesse à l'égard du manque à gagner, soit le préjudice lié à son expectative raisonnable, ne sont pas trop éloignés selon le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*. La défenderesse est présumée avoir normalement prévu les conséquences probables de la rupture de son contrat avec la demanderesse.

Quant à l'intérêt sur l'indemnité accordée, les nouveaux articles 36 et 37 de la *Loi sur la Cour fédérale* ont pour effet de priver la Cour d'une grande partie de son pouvoir discrétionnaire relativement à l'intérêt avant jugement et à l'intérêt sur les jugements en précisant qu'ils sont accordés selon les règles

tion 36(6) precludes any award of prejudgment interest on damages for the period prior to February 1, 1992 and new section 37 makes the matter of postjudgment interest determinable by the law of Nova Scotia. Under the *Interest On Judgments Act* of Nova Scotia, section 2, postjudgment interest may only be awarded at the prescribed statutory rate of 5 percent per annum.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9), 37 (as am. *idem*).  
*Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 124 (as enacted by S.C. 1984, c. 31, s. 11).  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 115.  
*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1).  
*Interest On Judgments Act*, R.S.N.S. 1989, c. 233, s. 2.  
*Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; [1990] 1 W.W.R. 624; 35 C.L.R. 241 (C.A.), affg (1987), 28 C.L.R. 290 (Co. Ct.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (F.C.T.D.); vard (1975), 69 D.L.R. (3d) 542; 12 N.R. 285 (F.C.A.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205; 37 B.C.L.R. (2d) 2; 29 C.P.C. (2d) 168 (C.A.); varg (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65 (S.C.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Hadley v. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145; 9 Ex. 341 (Ex. Ct.).

##### DISTINGUISHED:

*Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701 (C.A.); affg (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (Q.B.).

##### CONSIDERED:

*Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (Man. C.A.);

de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur. Le paragraphe 36(6) interdit d'accorder un intérêt avant jugement sur des dommages-intérêts à l'égard de la période antérieure au 1<sup>er</sup> février 1992, et le nouvel article 37 précise que la question de l'intérêt sur le jugement doit être tranchée conformément à la loi de la Nouvelle-Écosse. En vertu de l'article 2 de la *Interest On Judgments Act* de la Nouvelle-Écosse, l'intérêt sur le jugement ne peut être accordé qu'au taux fixé par la loi, soit 5 pour cent par année.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Interest On Judgments Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 233, art. 2.  
*Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10, art. 124 (édicte par L.C. 1984, ch. 31, art. 11).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9), 37 (mod., *idem*).  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 115.  
*Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, ch. 52.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 18(1).

#### JURISPRUDENCE:

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; [1990] 1 W.W.R. 624; 35 C.L.R. 241 (C.A.), conf. (1987), 28 C.L.R. 290 (C. cté); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); mod. par (1975), 69 D.L.R. (3d) 542; 12 N.R. 285 (C.A.F.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205; 37 B.C.L.R. (2d) 2; 29 C.P.C. (2d) 168 (C.A.); mod. (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65 (C.S.); *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Hadley v. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145; 9 Ex. 341 (Ex. Ct.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701 (C.A.); conf. (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (B.R.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (C.A. Man.);

*Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham* (1984), 29 B.L.R. 148 (Ont. H.C.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132; 50 M.P.L.R. 233 (B.C.S.C.); *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158; 79 D.L.R. (3d) 632; 25 C.B.R. (N.S.) 16; 2 C.C.L.T. 245 (C.A.); *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, [1977] 1 S.C.R. 51; (1976), 65 D.L.R. (3d) 1; [1976] 3 W.W.R. 138; 7 N.R. 569; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140; [1980] 4 W.W.R. 715; 2 Sask R. 303 (C.A.); affg [1977] 6 W.W.R. 25.

REFERRED TO:

*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; *Sun Trust Company Ltd. v. Bégin*, [1937] S.C.R. 305; [1937] 3 D.L.R. 81; (1937), 18 C.B.R. 357; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333; [1979] 6 W.W.R. 84 (Sask. C.A.); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.); *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503; 34 C.L.R. 35 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (Ont. H.C.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95; [1986] 2 W.W.R. 426; 42 Alta L.R. (2d) 1; 32 B.L.R. 81 (C.A.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50; 8 D.L.R. (4th) 279; 146 A.P.R. 50; 28 C.C.L.T. 280 (Q.B.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] S.C.R. 532; *Guy v. Trizec Equities Ltd. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 756; (1979), 32 N.S.R. (2d) 345; 99 D.L.R. (3d) 243; 54 A.P.R. 345; 10 C.C.L.T. 197; 27 N.R. 301; *Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al.*, [1978] 2 S.C.R. 229; (1978), 8 A.R. 182; 83 D.L.R. (3d) 452; [1978] 1 W.W.R. 577; 3 C.C.L.T. 225; 19 N.R. 50; *Arnold et al. v. Teno et al.*, [1978] 2 S.C.R. 287; (1978), 83 D.L.R. (3d) 609; 3 C.C.L.T. 272; 19 N.R. 1; *Keizer v. Hanna et al.*, [1978] 2 S.C.R. 342; (1978), 82 D.L.R. (3d) 449; 3 C.C.L.T. 316; 19 N.R. 209; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444; 18 D.L.R. (3d) 90 (C.A.).

AUTHORS CITED

*Charlesworth on Negligence*, 5th ed. by R. A. Percy. London: Sweet and Maxwell, 1971.  
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Company Limited, 1987.

*Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham* (1984), 29 B.L.R. 148 (H.C. Ont.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Résort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132; 50 M.P.L.R. 233 (C.S.C.-B.); *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158; 79 D.L.R. (3d) 632; 25 C.B.R. (N.S.) 16; 2 C.C.L.T. 245 (C.A.); *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, [1977] 1 R.C.S. 51; (1976), 65 D.L.R. (3d) 1; [1976] 3 W.W.R. 138; 7 N.R. 569; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140; [1980] 4 W.W.R. 715; 2 Sask R. 303 (C.A.), confirmant [1977] 6 W.W.R. 25.

DÉCISIONS CITÉES:

*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; *Sun Trust Company Ltd. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305; [1937] 3 D.L.R. 81; (1937), 18 C.B.R. 357; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333; [1979] 6 W.W.R. 84 (C.A. Sask.); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.); *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503; 34 C.L.R. 35 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (H.C. Ont.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95; [1986] 2 W.W.R. 426; 42 Alta L.R. (2d) 1; 32 B.L.R. 81 (C.A.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50; 8 D.L.R. (4th) 279; 146 A.P.R. 50; 28 C.C.L.T. 280 (B.R.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] R.C.S. 532; *Guy c. Trizec Equities Ltd. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 756; (1979), 32 N.S.R. (2d) 345; 99 D.L.R. (3d) 243; 54 A.P.R. 345; 10 C.C.L.T. 197; 27 N.R. 301; *Andrews et autres. c. Grand & Toy Alberta Ltd. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 229; (1978), 8 A.R. 182; 83 D.L.R. (3d) 452; [1978] 1 W.W.R. 577; 3 C.C.L.T. 225; 19 N.R. 50; *Arnold et autre c. Teno et autre*, [1978] 2 R.C.S. 287; (1978), 83 D.L.R. (3d) 609; 3 C.C.L.T. 272; 19 N.R. 1; *Keizer c. Hanna et autre*, [1978] 2 R.C.S. 342; (1978), 82 D.L.R. (3d) 449; 3 C.C.L.T. 316; 19 N.R. 209; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444; 18 D.L.R. (3d) 90 (C.A.).

DOCTRINE

*Charlesworth on Negligence*, 5th ed. by R. A. Percy. London: Sweet and Maxwell, 1971.  
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Company Limited, 1987.

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.  
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1992.  
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: the Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

ACTION for damages for breach of contract, negligent misrepresentation, breach of fiduciary, statutory or common law duty with respect to the awarding of a contract for the provision of pilot boat services. Action allowed in part.

COUNSEL:

*Michael W. Swinwood* for plaintiff.  
*Tosh Hayashi and Peter A. Heathcote* for defendant.

SOLICITORS:

*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, for plaintiff.  
*Metcalf, Hayashi*, Halifax, for defendant.

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

MCNAIR D.J.:

The Case

The plaintiff's action is for damages for the defendant's alleged breach of contract, negligent misrepresentation, breach of fiduciary duty and breach of statutory or common law duty with respect to the awarding of a contract for the provision of pilot boat services in the Strait of Canso, Nova Scotia, pursuant to the defendant's tender calls on Tender 48 and Tender 50. In particular, the plaintiff alleges that the defendant breached its duty, both under the *Pilotage Act* [S.C. 1970-71-72, c. 52] and the *Financial Administration Act* [R.S.C. 1970, c. F-10], by rejecting on November 25, 1986 all tender proposals submitted on Tender 48. The plaintiff further alleges that the defendant wrongfully interfered with sound economic business principles by awarding the pilot boat contract for the Strait of Canso on Tender 50 to East Coast Marine Services Ltd., notwithstanding

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.  
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1992.  
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: the Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

ACTION en dommages-intérêts pour rupture de contrat, déclaration inexacte imputable à la négligence, manquement à une obligation fiduciaire et à une obligation prévue par la loi ou la common law relativement à l'attribution d'un marché pour la fourniture des services de bateau-pilote. Action accueillie en partie.

AVOCATS:

*Michael W. Swinwood* pour la demanderesse.  
*Tosh Hayashi et Peter A. Heathcote* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Metcalf, Hayashi*, Halifax, pour la défenderesse.

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

LE JUGE SUPPLÉANT MCNAIR:

Historique du litige

L'action de la demanderesse vise l'obtention de dommages-intérêts et est fondée sur les allégations suivantes: rupture de contrat, déclaration inexacte imputable à la négligence, manquement à une obligation fiduciaire et manquement à une obligation prévue par la loi ou la common law relativement à l'attribution d'un marché pour la fourniture des services de bateau-pilote pour le détroit de Canso, en Nouvelle-Écosse, conformément aux appels d'offres n<sup>os</sup> 48 et 50 faits par la défenderesse. En particulier, la demanderesse allègue que la défenderesse a manqué à son obligation, tant en vertu de la *Loi sur le pilotage* [S.C. 1970-71-72, ch. 52] que de la *Loi sur l'administration financière* [S.R.C. 1970, ch. F-10], en rejetant, le 25 novembre 1986, toutes les offres présentées par suite de l'appel d'offres n<sup>o</sup> 48. La demanderesse allègue en outre que la défenderesse a

that the plaintiff's bid was the lowest of all those received by the defendant on Tender 50. The plaintiff also alleges that the defendant breached its duties under section 12 of the *Pilotage Act* and section 124 of the *Financial Administration Act* [enacted by S.C. 1984, c. 31, s. 11] with respect to the tendering process on Tender 50. As a foreseeable result of the defendant's alleged wrongdoing in relation to the aforementioned tendering processes, the plaintiff claims damages of \$350,000 for loss of profit, expenses of \$5,000 incurred in connection with its two tender bids, exemplary damages of \$500,000, interest on any judgment award and its costs of the action on a solicitor client basis.

Needless to say, the defendant does not see matters in quite the same light. The defendant alleges that its tendering processes in relation to Tender 48 and Tender 50 were conducted properly and fairly at all material times and that all prospective tenderers were made fully aware that the contract would not necessarily be awarded to the lowest bidder. The defendant pleads and relies on the disclaimer/exclusion clause, so-called, whereby it reserved "the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest". Although this disclaimer clause was inadvertently omitted from the specifications for Tender 50, the defendant says that it was inserted in newspaper advertisements announcing the call for tenders and alleges that the plaintiff was fully aware from past practice of its implication and effect. Paragraph 7 of the defence, as amended, reads:

No contract was created at any time between also APA and the Plaintiff as a result of tendering process no. 48 or tendering process no. 50. In putting out each tender, APA invited boat owners and operators to make offers, *i.e.*, APA made only invitations to treat. Boat owners and operators such as the Plaintiff put in bids or offers on Tenders 48 and 50. All bids or offers made on Tender No. 48 were rejected as unsuitable. Plaintiff's bid on Tender 48 was rejected because the Board of Directors of APA considered it was "too high" or too expensive. As for Tender no. 50 an offer or bid of a party other than the Plaintiff

dérogé aux principes de saine gestion en attribuant le marché de bateau-pilote pour le détroit de Canso, par suite de l'appel d'offres n° 50, à East Coast Marine Services Ltd., malgré le fait que la demanderesse ait déposé l'offre la plus basse. Elle allègue de plus que la défenderesse a manqué à ses obligations en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le pilotage* et de l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* [édicte par S.C. 1984, ch. 31, art. 11] relativement au processus de l'appel d'offres, dans le cas de l'appel n° 50. Au regard du résultat prévisible de l'acte délictueux allégué de la défenderesse relativement au processus de l'appel d'offres dans les cas susmentionnés, la demanderesse réclame des dommages-intérêts pour le manque à gagner, des dépenses de 5 000 \$ engagées pour déposer ses deux soumissions, des dommages-intérêts exemplaires de 500 000 \$, l'intérêt sur la somme accordée et ses dépens de l'action fixés selon le tarif entre procureur et client.

Il va sans dire que la défenderesse ne voit pas les choses du même œil. Elle allègue qu'à l'époque en cause, le processus de l'appel d'offres, quant aux appels n°s 48 et 50, a été suivi régulièrement et équitablement et que tous les intéressés ont été bien informés que le marché ne serait pas nécessairement attribué au moins-disant. La défenderesse excipe de la prétendue clause de dénégation/d'exonération de responsabilité, aux termes de laquelle elle s'était réservé [TRADUCTION] «le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse». Quoique cette clause de dénégation ait été omise par inadvertance dans le cahier des charges de l'appel d'offres n° 50, la défenderesse dit qu'elle a été insérée dans les annonces parues dans les journaux au sujet des appels d'offres et elle allègue que la demanderesse était bien au courant, étant donné son expérience, des effets de cette clause. Voici le texte du paragraphe 7 de la défense, modifié:

[TRADUCTION] Aucun contrat n'a été conclu, à quel que moment que ce soit, entre l'APA et la demanderesse par suite du processus de l'appel d'offres, quant à l'appel n° 48 ou à l'appel n° 50. En annonçant chaque appel d'offres, l'APA a invité les propriétaires et exploitants de bateaux à présenter des soumissions, c'est-à-dire que l'APA n'a fait que les inviter à traiter. Les propriétaires et exploitants de bateaux comme la demanderesse ont présenté des soumissions ou des offres en réponse aux appels n°s 48 et 50. Toutes les soumissions ou offres faites pour l'appel n° 48 ont été rejetées parce qu'elles

was accepted by the Authority for good and proper reasons, as stated in paragraph 5 above, but more particularly Plaintiff's bid on no. 50 was rejected in favour of another bid mainly because APA's Board of Directors did not wish to give all of its business concerning pilot boat operations in the Cape Breton region to a perceived "monopoly", did not want to put all of that business under one roof; in that connection, APA says Cantow Marine Limited which had been awarded APA's pilot boat contract on Tender No. 47 for Sydney and Bras d'or Lakes regions in November of 1986, the Plaintiff company which was bidding on the pilot boat contract for the Strait of Canso at the material times, and Chedabucto Shipwrights Limited which was at the material times building a pilot boat for APA for use in Newfoundland, were for commercial and practical purposes "one and the same business" controlled by one Alick Slater, who was also an employee pilot of APA in the Cape Breton region. At all material times: Alick Slater was the majority shareholder in Cantow Marine Limited; Cantow Marine Limited was the majority shareholder of the Plaintiff company; and Alick Slater was majority shareholder of Chedabucto Shipwrights Limited. The three companies referred to will be referred to at trial by APA as the "Slater group of companies". Whenever officers of APA dealt with any of these companies they would almost invariably deal with Alick Slater and APA believed and relied on the fact that Alick Slater was the primary spokesperson and controlling mind of all of these companies and was in a position of authority to bind these companies in contractual negotiations, etc.

APA also says that on said Tender 47 the Slater group of companies had committed the vessel "Captain Parker" for use in Sydney and Bras d'or Lakes, because pilots had complaints about the vessel "Salvador A" which the Slater group of companies had intended to use to fulfill their obligations under that tender. Indeed, Tender 47 was awarded to the Slater group of companies on the condition that the "Salvador A" be replaced by either the "Captain Parker" or a new purpose built pilot boat. Alick Slater had indicated to APA before the contract for Tender 47 was awarded that the "Captain Parker" would be shifted from the Strait of Canso to Sydney if Cantow Marine Limited was awarded the said contract. The Plaintiff thus did not have the "Captain Parker" available for use on Tender 50, even though it did submit this vessel as part of its tender. Plaintiff's claim in respect of Tender 50 is based mainly on its submission of the "Captain Parker" and is accordingly prejudiced by these events. (Defendant's emphasis.)

No action lies in tort for what are essentially Plaintiff's incurred expenses and disappointment in not being awarded the contract referred to. The risks of not being awarded a con-

ne remplissaient pas les conditions voulues. La soumission de la demanderesse pour l'appel n° 48 a été rejetée parce que le conseil d'administration de l'APA a estimé qu'elle était «trop élevée» ou trop coûteuse. Quant à l'appel d'offres n° 50, une offre ou une soumission d'une partie autre que la demanderesse a été acceptée par l'Administration pour des raisons valables, tel qu'il appert du paragraphe 5 ci-dessus, mais plus particulièrement, la soumission de la demanderesse pour l'appel n° 50 a été écartée et une autre a été retenue principalement parce que le conseil d'administration ne voulait pas que toute son activité concernant des bateaux-pilotes dans la région du Cap-Breton fût l'objet de ce qu'il tenait pour un «monopole», ne voulait pas qu'une seule entreprise fût chargée de cette activité: sous ce rapport, l'APA dit que Cantow Marine Limited à qui a été attribué le marché relatif au bateau-pilote, par suite de l'appel d'offres n° 47, pour les régions de Sydney et du lac Bras d'or en novembre 1986, la société demanderesse qui a présenté une soumission à l'égard du marché de bateau-pilote pour le détroit de Canso à l'époque en cause et Chedabucto Shipwrights Limited, qui construisait à l'époque en cause au nom de l'APA un bateau-pilote destiné à Terre-Neuve, étaient en pratique une seule et même entreprise contrôlée par un nommé Alick Slater, qui était aussi un pilote employé par l'APA dans la région du Cap-Breton. À l'époque en cause, Alick Slater était l'actionnaire majoritaire de Cantow Marine Limited; Cantow Marine Limited était l'actionnaire majoritaire de la société demanderesse; Alick Slater était en outre l'actionnaire majoritaire de Chedabucto Shipwrights Limited. Les trois sociétés précitées seront désignées au procès par l'APA «le groupe de sociétés de Slater». Chaque fois que des dirigeants de l'APA ont fait affaire avec l'une ou l'autre de ces sociétés, ils ont eu invariablement affaire à Alick Slater et l'APA a cru qu'Alick Slater était le principal porte-parole et l'âme dirigeante de toutes ces sociétés et qu'il était en situation d'autorité et habilité à lier ces sociétés lors de négociations contractuelles, etc.

L'APA dit aussi qu'au regard de l'appel d'offres n° 47, le groupe de sociétés de Slater s'était engagé à utiliser le navire *Captain Parker* pour Sydney et le lac Bras d'or, parce que les pilotes s'étaient plaint du navire *Salvador A* que le groupe de sociétés de Slater voulait utiliser pour s'acquitter de ses obligations résultant de cet appel d'offres. En effet, la soumission du groupe de sociétés de Slater avait été retenue à l'égard de l'appel d'offres n° 47 à la condition que le *Salvador A* fût remplacé par soit le *Captain Parker* ou un nouveau bateau-pilote construit spécialement pour cet usage. Alick Slater avait indiqué à l'APA avant que le marché n'ait été attribué à l'égard de l'appel d'offres n° 47 que le *Captain Parker* serait déplacé du détroit de Canso à Sydney si ledit marché était attribué à Cantow Marine Limited. La demanderesse ne pouvait donc pas utiliser le *Captain Parker* pour l'appel d'offres n° 50, encore qu'elle ait inclus ce navire dans sa soumission. La demande de la demanderesse relative à l'appel d'offres n° 50 est basée surtout sur l'utilisation du *Captain Parker* et, dans cette mesure, ces faits minent son bien-fondé. (Souligné par la défenderesse.)

La demanderesse ne peut pas fonder d'action en responsabilité délictuelle sur les dépenses qu'elle a engagées et sur la déception qu'elle a éprouvée du fait que le marché ne lui a pas

tract on either tender were risks the Plaintiff voluntarily and knowingly assumed.

The defendant further alleges in paragraphs 10 and 11 of the defence as follows:

10. The Defendant also relies on the equitable doctrine of "clean hands" and the equitable maxim that "equity suffers no wrong without a remedy", by reason of the fact that the Plaintiff sought to improperly interfere with the tendering process.

11. The Authority repeats the foregoing and asks this Honourable Court to condemn the Plaintiff and to dismiss the Plaintiff's claims, each and every part thereof, with solicitor and client costs. (Defendant's emphasis.)

### Facts

The plaintiff "Northeast Marine" was incorporated in 1981 under the laws of the province of Nova Scotia for the purpose of carrying on the business of providing pilot boat services in the area of Atlantic Canada, including the Strait of Canso. In the fall of 1986 and spring of 1987 Cantow Marine Limited was the majority shareholder of the plaintiff company. At the same time, Captain Alick Slater was the majority shareholder both of Cantow Marine Limited and another associated company, Chedabucto Shipwrights Limited. Captain Slater was a director and officer of Cantow and Chedabucto during the same period, but not of Northeast Marine. He was, however, the principal actor and spokesman for all three companies.

The defendant, Atlantic Pilotage Authority, was established in 1971 as a statutory body corporate under the *Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52, with a Chairman and not more than six other members to be appointed by the Governor in Council. Its objects were to operate and maintain in the interests of safety an efficient pilotage service within the area of Atlantic Canada, with authority to make regulations and by-laws for the attainment of its objects and the management of its internal affairs. As such, the Authority was a parent Crown corporation subject to the provisions of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, as amended by S.C. 1984, c. 31, but it was not an agent of Her Majesty. Captain A. D. Latter served as Chairman and chief executive officer of the Authority from the time of its inception in 1971 until his retirement in 1988.

été attribué. C'est volontairement et sciemment qu'elle a pris le risque de ne pas obtenir le marché à l'égard de l'un et l'autre des appels d'offres.

De plus, aux paragraphes 10 et 11 de la défense, la défenderesse allègue ce qui suit:

10. La défenderesse invoque aussi la doctrine d'*equity* qui exige une «conduite irréprochable» et la maxime voulant que «l'*equity* ne laisse passer aucune injustice», en raison du fait que la demanderesse a cherché à s'immiscer indûment dans le processus des appels d'offres.

11. L'Administration répète ce qui précède et demande à la Cour de blâmer la demanderesse et de rejeter toutes ses allégations avec dépens, fixés selon le tarif entre procureur et client. (Souigné par la défenderesse.)

### Les faits

La demanderesse «Northeast Marine» a été constituée en 1981 sous le régime des lois de la province de Nouvelle-Écosse. Elle a pour objet de fournir des services de bateau-pilote dans la région des Provinces atlantiques, y compris le détroit de Canso. À l'automne 1986 et au printemps 1987, Cantow Marine Limited était l'actionnaire majoritaire de la société demanderesse. Au même moment, le capitaine Alick Slater était l'actionnaire majoritaire de Cantow Marine Limited et d'une autre société associée, Chedabucto Shipwrights Limited. Le capitaine Slater était un administrateur et un dirigeant de Cantow et de Chedabucto durant la même période, mais non de Northeast Marine. Il était toutefois le principal agent et porte-parole des trois sociétés.

L'Administration de pilotage de l'Atlantique, défenderesse, a été constituée en personne morale en 1971 par la *Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, ch. 52, et se compose d'un président et d'au plus six autres membres nommés par le gouverneur en conseil. Elle a pour mission de faire fonctionner et d'entretenir, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans les eaux canadiennes de la région atlantique, et est habilitée à prendre des règlements généraux nécessaires à l'exécution de sa mission et à régir son activité par règlement administratif. En tant que telle, l'Administration était une société d'État mère soumise aux dispositions de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10, modifiée par S.C. 1984, ch. 31, mais elle n'était pas mandataire de Sa Majesté. Le capitaine A. D. Latter a occupé le poste de président et de pre-

mier dirigeant de l'Administration à compter de la création de celle-ci en 1971 jusqu'à sa retraite en 1988.

A meeting of the defendant's board of directors was held in Halifax on November 18 and 19, 1986 for purposes of considering the award of a contract for pilot boat services in North Sydney pursuant to Tender 47, and also dealing with the tender proposals for similar services in the Strait of Canso pursuant to Tender 48. The Pilot Boat Committee of the Authority had met concurrently on November 18, 1986 for the purpose of evaluating the bids on Tenders 47 and 48 and providing the board with a summary of its recommendation. The Committee was an emanation of the board of directors and all of its members were also directors. The persons serving on the Committee at this time were Captain A. D. Latter, D. R. Bell, P. Ennis and J. Sutherland. The defendant's Director of Operations, Captain Peter J. Stow, customarily attended all meetings of the Pilot Boat Committee, accompanied by a recording secretary. Sometimes other persons were invited to attend. The minutes of this meeting of the Pilot Boat Committee were signed by Captain Stow, and concluded with the following summary of recommendations:

I believe the choice lies between the Seabase and Cantow bids. If the Seabase boat can be modified as required and is acceptable to the pilot, then the Board may wish to consider that bid. If not, then Cantow offers the only viable option.

From a conflict of interest standpoint, I would be reluctant to see one of our pilots have a monopoly on pilot boat services in Cape Breton, particularly since he is also building a new boat for Newfoundland.

The target of the Committee's concern regarding monopoly was obviously Captain Alick Slater.

The board of directors proceeded to pass resolutions with respect to Tender 47 and Tender 48. Resolution No. 86-95 awarded the North Sydney contract to Cantow Marine Limited for a five-year period commencing January 1, 1987 at a price to be negoti-

<sup>a</sup> Figuraient à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration de la défenderesse tenue à Halifax, les 18 et 19 novembre 1986, l'attribution d'un marché concernant les services de bateau-pilote à North Sydney en conformité avec l'appel d'offres n<sup>o</sup> 47, ainsi que l'examen des propositions à l'égard de services semblables pour le détroit de Canso en conformité avec l'appel d'offres n<sup>o</sup> 48. Le comité des bateaux-pilotes de l'Administration s'était réuni en même temps le 18 novembre 1986 afin d'évaluer les soumissions à l'égard des appels d'offres n<sup>os</sup> 47 et 48 et de présenter au conseil un résumé de ses recommandations. Ce comité était une émanation du conseil d'administration et tous ses membres étaient aussi des administrateurs. Le comité était alors formé du capitaine A. D. Latter, de D. R. Bell, de P. Ennis et de J. Sutherland. Le capitaine Peter J. Stow, directeur des opérations de la défenderesse, assistait d'ordinaire à toutes les réunions du comité des bateaux-pilotes, accompagné d'une secrétaire chargée du compte rendu. Parfois, d'autres personnes étaient invitées à y assister. Le procès-verbal de cette réunion du comité des bateaux-pilotes est signé par le capitaine Stow et il se termine par le sommaire des recommandations, que voici:

[TRADUCTION] Je crois qu'il faut choisir entre les soumissions de Seabase et de Cantow. Si le bateau de Seabase peut être modifié selon les exigences pour qu'il soit jugé acceptable par le pilote, le conseil voudra peut-être examiner cette soumission. Si non, Cantow constitue alors la seule option viable.

Du point de vue du conflit d'intérêts, il me répugnerait de voir l'un de nos pilotes avoir le monopole des services de bateau-pilote au Cap-Breton, d'autant plus qu'il construit en outre un nouveau bateau pour Terre-Neuve.

<sup>i</sup> C'était manifestement le capitaine Alick Slater qui constituait le sujet d'inquiétude du comité par rapport au monopole.

<sup>j</sup> Le conseil d'administration a adopté des résolutions relativement aux appels d'offres n<sup>os</sup> 47 et 48. Par la résolution n<sup>o</sup> 86-95, il a accordé le marché de North Sydney à Cantow Marine Limited pour cinq ans, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1987 à un prix que les par-

ated between the parties, but not to exceed the Option "B" bid price of \$197,357.

Resolution No. 86-96 provisionally approved the award of the contract for pilot boat services in the Strait of Canso to Seabase Offshore Services Ltd., subject to the Authority's examination and approval of its pilot boat vessel *John Eric II*. Inspections later in November of that year by authorized personnel on behalf of the Authority revealed that the *John Eric II* was not suitable for pilot boat service in the Strait of Canso. As a result, the defendant, acting through its Chairman and its Director of Operations, decided to reject all tender bids for the provision of pilot boat service in the Strait of Canso under Tender 48, and put out a new tender call for the same. All of the original tenderers were notified to that effect by a form letter under the signature of Director of Operations, Captain Stow. Advertisements of the new tender call for pilot boat services in the Strait of Canso were published in the local newspapers on December 27, 1986 and January 3, 1987. These all contained the standard disclaimer clause.

During the period between the meeting of the board of directors in November, 1986 and the next board meeting in January, 1987, the defendant became aware that Chedabucto Shipwrights had fallen into financial difficulties, resulting in foreclosure proceedings against its plant facility in Port Hawkesbury by Cape Breton Development Corporation. Chedabucto Shipwrights had been party to contractual negotiations with the defendant for the construction of a pilot boat vessel for Newfoundland. It attempted to assign this contract to Cantow Marine Limited, but the defendant refused its consent. On December 19, 1986, the defendant entered into a contract with Chedabucto Shipwrights for the construction of the Newfoundland pilot boat vessel. Seemingly, any immediate concerns the defendant may have entertained regarding the financial plight of Chedabucto Shipwrights were allayed by assurances from Cantow Marine that the shipbuilding contract would proceed apace. Undoubtedly, all this fostered a growing concern on the part of the defendant regard-

ties devaient négocier, mais qui ne devait pas dépasser le prix de la soumission de l'option «B», soit 197 357 \$.

Par la résolution n° 86-96, il a approuvé provisoirement l'attribution du marché de services de bateau-pilote pour le détroit de Canso à Seabase Offshore Services Ltd., sous réserve de l'examen et de l'approbation de son navire-pilote, le *John Eric II*. Les inspections faites plus tard en novembre de cette année-là par des représentants autorisés de l'Administration ont révélé que le *John Eric II* n'était pas conçu pour assurer les services de bateau-pilote dans le détroit de Canso. En conséquence, la défenderesse, agissant par l'entremise de son président et du directeur des opérations, a décidé de rejeter toutes les soumissions concernant les services de bateau-pilote dans le détroit de Canso dans le cadre de l'appel d'offres n° 48 et de lancer un nouvel appel d'offres à cet égard. Tous les soumissionnaires initiaux ont été avisés par une lettre type signée par le capitaine Stow, directeur des opérations. Des annonces du nouvel appel d'offres à l'égard de services de bateau-pilote pour le détroit de Canso ont été publiées dans les journaux locaux le 27 décembre 1986 et le 3 janvier 1987. Elles contenaient toutes la clause habituelle de dénégation.

Durant la période qui s'est écoulée entre la réunion du conseil d'administration, tenue en novembre 1986, et la réunion suivante, en janvier 1987, la défenderesse a appris que Chedabucto Shipwrights éprouvait des difficultés financières, étant l'objet d'une action en forclusion contre son établissement de Port Hawkesbury engagée par la Société de développement du Cap-Breton. Chedabucto Shipwrights était entrée en pourparlers avec la défenderesse en vue de la construction d'un navire-pilote pour Terre-Neuve. Elle a essayé de céder ce contrat à Cantow Marine Limited, mais la défenderesse n'y a pas acquiescé. Le 19 décembre 1986, la défenderesse a conclu un contrat avec Chedabucto Shipwrights pour la construction du navire-pilote destiné à Terre-Neuve. Apparemment, les inquiétudes qu'avait pu avoir la défenderesse au sujet des difficultés financières de Chedabucto Shipwrights ont été apaisées par l'assurance que lui a donnée Cantow Marine que le contrat de construction serait exécuté rapidement. Sans aucun doute, tout cela a contribué à l'appréhension croissante de la

ing the perception of a monopoly involving the Slater group of companies.

Letters went out from the defendant in early January of 1987 enclosing copies of the specifications in response to requests from prospective tenderers. The principal changes in the pilot boat specifications from previous tenders were the increase of the minimum speed to eleven knots, a new provision relating to the Authority's willingness to accept an interim pilot boat for a period not exceeding three months from March 1, 1986, and a change in the terms of hire from an hourly rate back to an assignment or trip basis. The specifications made no reference to the standard disclaimer clause, whereby the Authority reserved the right to reject any and all tenders or to accept any tender considered to be in its best interest. The following tender bids were received:

Pat Hearn and Omer Boudreau	46 ft. wooden boat	\$424.50 per assignment for first 3 years, with final 2 years to be negotiated.
Capt. Alexander Gay on behalf of Northeast Marine Services Ltd.	62 ft. steel boat	\$450.00 per assignment for the years 1987, 1988 and 1989.
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	45 ft. aluminium boat	\$460.00 per trip
Northeast Marine Services Limited	52 ft. steel boat — <i>Capt. Parker</i>	\$398.75 per trip
Northeast Marine Services Limited	50 ft. purpose built steel vessel	\$441.81 per trip

The meeting for the opening of tenders was held at the defendant's office premises on January 16, 1987. Captain Stow was in charge of the meeting assisted by a Secretary, Mrs. Dias, and the Authority's Treasurer, Mr. Michael R. McGrath. All of the tenderers were represented. Mr. James Veitch, a shareholder

défenderesse que le groupe de sociétés de Slater ne soit en situation de monopole.

Au début de janvier 1987, la défenderesse a fait parvenir des lettres contenant le cahier des charges aux soumissionnaires qui s'étaient montrés intéressés. Les principales modifications apportées au cahier des charges concernant le bateau-pilote, par rapport aux appels d'offres antérieurs, étaient l'augmentation de la vitesse minimale à onze nœuds, une nouvelle disposition touchant le consentement de l'Administration à accepter un bateau-pilote provisoire durant une période maximale de trois mois à compter du 1<sup>er</sup> mars 1986 et une modification concernant le fret, savoir un prix calculé à la tâche ou au voyage au lieu d'un taux horaire. Le cahier des charges ne faisait aucunement mention de la clause de dénégation habituelle, par laquelle l'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse. Les soumissions qui suivent ont été reçues:

Pat Hearn et Omer Boudreau	bateau en bois de 46 pieds	424,50 \$ par tâche durant les 3 premières années et prix à négocier pour les 2 dernières années
Cap. Alexander Gay au nom de Northeast Marine Services Ltd.	bateau en acier de 62 pieds	450 \$ par tâche durant les années 1987, 1988 et 1989
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	bateau en aluminium de 45 pieds	460 \$ par voyage
Northeast Marine Services Limited	bateau en acier de 52 pieds — <i>Captain Parker</i>	398,75 \$ par voyage
Northeast Marine Services Limited	navire en acier de 50 pieds, construit spécialement	441,81 \$ par voyage

La réunion convoquée pour l'ouverture des plis a été tenue au bureau de la défenderesse le 16 janvier 1987. Le capitaine Stow présidait la réunion et était assisté par une secrétaire, M<sup>me</sup> Dias, et par le trésorier de l'Administration, M. Michael R. McGrath. Tous les soumissionnaires étaient représentés.

and purported director of Northeast Marine, had been deputized by Alick Slater to attend and deliver the bids on behalf of the plaintiff. He testified that as the meeting broke up he heard someone, whom he identified as Capt. Gay, say: "I don't care what you heard today, I am going to get the contract. And before the year is up, the other contract will be up for grabs". He reported this to his principal, Alick Slater. This may have prompted the letter of clarification from Captain Slater to Captain Stow, dated January 19, 1987, with respect to the plaintiff's two tenders. The point was made that if the defendant preferred to have the *Captain Parker* retained in the Strait of Canso, the plaintiff would commence construction of a new vessel for Sydney within two months, backed up by the *Salvador A* as standby. Alternatively, if the plaintiff's second proposal for the construction of a twin screw vessel for the Strait of Canso was preferred then construction would be commenced within two months and the *Captain Parker* would be sent to the Strait of Canso to cope with transit runs until its completion, with the *Cantow Cape* as the backup vessel in either case. The letter contained some negative comments regarding the proposal for bringing in an American built vessel to compete with local tenderers.

Captain Stow dutifully prepared a chart for evaluating the tender proposals according to certain percentage ratings for boat suitability, company capability, crew, financial assessment, replacement boat and quality of tender submission. He also chose to equate the individual bid prices per trip into their overall bid prices by applying the cost factor of 500 assignments, which calculations yielded the following results:

M. James Veitch, actionnaire donné pour un administrateur de Northeast Marine, avait été député par Alick Slater à l'assemblée pour remettre les soumissions au nom de la demanderesse. Il a témoigné qu'au moment de la clôture de la réunion, il avait entendu quelqu'un, le capitaine Gay, selon lui, dire: [TRADUCTION] «Je me fiche de ce que vous avez entendu aujourd'hui, je vais obtenir le contrat. Et avant la fin de l'année, on pourra mettre la main sur l'autre contrat.» Il a rapporté ces paroles à son mandant, Alick Slater. C'est peut-être cela qui a poussé le capitaine Slater à écrire une lettre de clarification au capitaine Stow, en date du 19 janvier 1987, relativement aux deux soumissions de la demanderesse. Il a fait remarquer que, si la défenderesse préférait conserver le *Captain Parker* dans le détroit de Canso, la demanderesse commencerait la construction d'un nouveau navire destiné à Sydney dans un délai de deux mois et que le *Salvador A* serait prêt à titre de navire de réserve. Par ailleurs, si la seconde proposition de la demanderesse, concernant la construction d'un navire à deux hélices destiné au détroit de Canso, était retenue, alors la construction commencerait dans un délai de deux mois et le *Captain Parker* serait envoyé au détroit de Canso et s'occuperait du passage des navires jusqu'à la fin des travaux de construction, et le *Cantow Cape* serait le navire de réserve dans les deux cas. La lettre renfermait quelques remarques défavorables au projet visant à permettre à un navire construit aux États-Unis de concurrencer les soumissionnaires nationaux.

h

Le capitaine Stow a préparé consciencieusement un tableau permettant de classer les soumissions selon un barème, établi en pourcentages, tenant compte de l'aptitude du bateau, de la capacité de la société, de l'équipage, de l'évaluation de la solvabilité, du bateau de réserve et de la qualité de la soumission. Il a également décidé de mettre en équation les prix de soumission individuels par voyage avec les prix de soumission totaux en prenant en compte le

coût de 500 tâches; ses calculs ont produit les résultats suivants:

<u>Tender</u>	<u>Vessel</u>	<u>Bid Price</u>	<u>Soumission</u>	<u>Bateau</u>	<u>Prix de soumission</u>
East Coast Marine Services Ltd.	62 ft. steel boat	\$225,000	<i>a</i> East Coast Marine Services Ltd.	bateau en acier de 62 pieds	225 000 \$
Pat Hearn and Omer Boudreau	46 ft. wooden boat	\$212,250	<i>b</i> Pat Hearn et Omer Boudreau	bateau en bois de 46 pieds	212 250 \$
Northeast Marine Services Limited	52 ft. steel boat (Capt. Parker)	\$199,375	Northeast Marine Services Limited	bateau en acier de 52 pieds (Captain Parker)	199 375 \$
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	45 ft. aluminum boat	\$203,500	<i>c</i> Seabase Canso Offshore Services Ltd.	bateau en aluminium de 45 pieds	203 500 \$
Seabase Canso Offshore Services Ltd.	45 ft. steel boat	\$230,000	Seabase Canso Offshore Services Ltd.	bateau en acier de 45 pieds	230 000 \$
Northeast Marine Services Limited	50 ft. purpose built steel boat	\$220,905	<i>d</i> Northeast Marine Services Limited	bateau en acier de 50 pieds construit spécialement	220 905 \$

The Pilot Boat Committee of the defendant met in Halifax on January 20, 1987 for the purpose of considering the tender bids for pilot boat service in the Strait of Canso. Apart from the usual complement of members and other functionaries in attendance, Captain Terry Pittman was present by invitation on behalf of the Cape Breton Pilots' Association. Captain Stow presented the Committee with an overview of the tender proposals, consistent with his evaluation table, and the merits and demerits of each were thoroughly canvassed. The Committee reiterated its misgivings concerning the perception of monopoly from the fact that Captain Slater was building a boat for Newfoundland and also providing the pilot boat service in Sydney, which had come to the fore during the November meeting. The Pilot Boat Committee was unable to make a final choice of recommendation, but instead decided to refer the tenders of Northeast Marine Services Limited and East Coast Marine Services Ltd. to the board of directors for decision, albeit expressing the opinion that "the better boat would be from East Coast Marine Services and the better service would be from Northeast Marine".

The defendant's board of directors met in Halifax on January 20 and 21, 1987, chaired by Captain Lat-

*e* Le comité des bateaux-pilotes de la défenderesse s'est réuni à Halifax, le 20 janvier 1987, pour examiner les soumissions à l'égard des services de bateau-pilote pour le détroit de Canso. Hormis les membres habituels du comité et d'autres fonctionnaires présents, le capitaine Terry Pittman avait été invité à assister à la réunion au nom de l'Association des pilotes du Cap-Breton. Le capitaine Stow a présenté au comité un aperçu des soumissions, conforme à son tableau d'évaluation, et le comité a pesé longuement *g* le pour et le contre de chaque soumission. Le comité a réitéré sa crainte, qui avait été exprimée lors de la réunion de novembre, qu'en construisant un bateau destiné à Terre-Neuve et en fournissant aussi les services de bateau-pilote à Sydney, le capitaine Slater ne détienne un monopole. Le comité des bateaux-pilotes n'a pu faire de recommandation définitive, mais a plutôt décidé de renvoyer les soumissions de Northeast Marine Services Limited et d'East Coast Marine Services Ltd. au conseil d'administration, bien qu'il ait émis l'avis que [TRADUCTION] «le meilleur bateau serait celui d'East Coast Marine Services et les meilleurs services seraient assurés par Northeast Marine.»

*j* Le conseil d'administration de la défenderesse s'est réuni à Halifax, les 20 et 21 janvier 1987, sous

ter. Five other members were in attendance as well as the Director of Operations, Captain Stow, the Treasurer, M. R. McGrath, and a recording secretary. Captain Stow tabled the tender proposals from East Coast Marine Services Ltd., Seabase Canso, Northeast Marine, and Pat Hearn and Omer Boudreau, together with his evaluation table, and the matter was discussed at some length. The majority consensus was "that it was unwise to entrust all pilot boat services in one area to one company". Captains Goodyear and Bell both expressed concern that Northeast Marine was not as financially sound as they would like to see. The board's perception of monopoly was undoubtedly a predominant factor in the passage of the following resolution:

RESOLUTION NO. 87-3: Approval to Award a 5-Year Contract for Pilot Boat Service in the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd.

WHEREAS, the tenders received for pilot boat service in the Strait of Canso were evaluated and discussed; and

WHEREAS, it was deemed by the majority of the Board members to be unwise to give a monopoly for pilot boat services in the Cape Breton Region to one operator; and

WHEREAS, it was agreed that East Coast Marine Services Ltd. could effect a saving of approximately ten thousand dollars off the estimated price quoted price because of the extra speed of the tendered boat;

THEREFORE, on a motion duly proposed by Mr. T. S. Goodyear and seconded by Captain D. R. Bell, it was unanimously resolved that

approval be given to award a contract for pilot boat services in the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd. from March 1, 1987, to the last day of February, 1992, at the rate of four hundred fifty dollars (\$450.) per trip for the first three years of the contract and thereafter at a negotiated rate, provided that East Coast Marine can provide a back-up pilot boat and fulfill all the terms of the contract.

Actually, the resolution was not passed unanimously. The minutes record the fact that Messrs. Latter, Bell, Ennis and Goodyear voted in favour of the motion, and that Messrs. Sutherland and Worthington voted against it.

The word was soon out. Captain Stow wrote Captain Gay on January 22, 1987 advising that the con-

la présidence du capitaine Latter. Cinq autres membres étaient présents, outre le capitaine Stow, directeur des opérations, M. R. McGrath, trésorier, et une secrétaire chargée du compte rendu. Le capitaine Stow a déposé les soumissions d'East Coast Marine Services Ltd., de Seabase Canso, de Northeast Marine et de Pat Hearn et Omer Boudreau, ainsi que son tableau d'évaluation; la question a été examinée de façon approfondie. La majorité en est arrivée à la conclusion que [TRADUCTION] «il serait imprudent de confier tous les services de bateau-pilote dans une région à une seule société.» La solvabilité douteuse de Northeast Marine constituait un sujet d'inquiétude pour les capitaines Goodyear et Bell. La préoccupation du conseil relativement au monopole a indéniablement été un facteur déterminant dans l'adoption de la résolution suivante:

[TRADUCTION] RÉSOLUTION N<sup>o</sup> 87-3: Approbation de l'attribution à East Coast Marine Services Ltd. d'un marché d'une durée de cinq ans relatif aux services de bateau-pilote pour le détroit de Canso

ATTENDU QUE les soumissions reçues à l'égard des services de bateau-pilote pour le détroit de Canso ont été évaluées et examinées;

ATTENDU QUE le conseil d'administration a estimé, à la majorité, qu'il serait imprudent d'accorder un monopole à un seul exploitant à l'égard des services de bateau-pilote pour la région du Cap-Breton;

ATTENDU QU'il a été convenu qu'East Coast Marine Services Ltd. pourrait apporter une économie d'environ dix mille dollars par rapport au prix estimatif proposé à cause de la vitesse supérieure du bateau offert;

EN CONSÉQUENCE, sur la proposition dûment présentée par M. T. S. Goodyear et appuyée par le capitaine D. R. Bell, il a été résolu à l'unanimité ce qui suit

approuver l'attribution d'un marché concernant les services de bateau-pilote pour le détroit de Canso à East Coast Marine Services Ltd. du 1<sup>er</sup> mars 1987 au dernier jour de février 1992, au taux de quatre cent cinquante dollars (450 \$) par voyage durant les trois premières années du marché et par la suite à un taux négocié, à la condition que East Coast Marine puisse fournir un bateau-pilote de réserve et exécuter toutes les conditions du marché.

En réalité, la résolution n'a pas été adoptée à l'unanimité. D'après le procès-verbal, MM. Latter, Bell, Ennis et Goodyear ont voté pour la proposition et MM. Sutherland et Worthington ont voté contre.

La nouvelle n'a pas tardé à se savoir. Le capitaine Stow a écrit au capitaine Gay le 22 janvier 1987 pour

tract for pilot boat services in the Strait of Canso had been let to his company. The unsuccessful tenderers were advised of the result by registered letter. Captain Slater was not reluctant about publicly voicing his grievances and the matter became something of a *cause célèbre* with the news media. The defendant countered with the explanation that it hadn't wanted to put all the Cape Breton service in one basket and that the successful tenderer had the better boat. Thus were the battle lines drawn and the stage of conflict set.

The principal issue of the case, as I see it, is whether the defendant's failure to disclose the pre-condition of monopoly in the tender specifications unfairly stacked the cards against the plaintiff on the tender call for Tender 50 such that the tendering process became nothing more than a sham from its standpoint, irrespective of whether any consequent liability would sound in contract or in tort. In my opinion, this or any other related issue in the case is confined solely to the tender call for Tender 50. In short, I find nothing improper on the part of the defendant with respect to Tender 48.

#### The Arguments in Brief

Counsel for the plaintiff pressed the argument that section 124 of the *Financial Administration Act* (now section 115 of R.S.C., 1985, c. F-11) established a statutory standard of care akin to a fiduciary duty which, coupled with the defendant's by-laws and tendering procedures, mandated the appropriate course of conduct to be followed with respect to its tendering processes, including the awarding of any contract to the lowest bidder. In his submission, the defendant's major misconception was its misplaced reliance on the disclaimer clause as a complete answer to any allegations of wrongdoing on its part. He urged that this misconception ignored the current trend of authority relative to the tendering process and, more particularly the *Canamerican* [*Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144 (C.A.)], *Ron Engineering* [*R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111] and *Best Clean-*

l'informer de l'attribution à sa société du marché relatif aux services de bateau-pilote pour le détroit de Canso. Les soumissionnaires refusés ont été avisés du résultat par courrier recommandé. Le capitaine Slater n'a pas hésité à exprimer ses griefs publiquement et l'affaire est devenue en quelque sorte une cause célèbre par l'écho qu'elle a eu dans les médias. La défenderesse a répliqué qu'elle n'avait pas voulu confier à un seul exploitant tous les services au Cap-Breton et que l'entreprise retenue avait le meilleur bateau. Voilà pour les thèses des parties en présence et pour le cadre du conflit.

La question en litige principale, à mon sens, est de savoir si, en ne mentionnant pas dans le cahier des charges de l'appel d'offres la condition touchant le monopole, la défenderesse a injustement pipé les dés au détriment de la demanderesse dans le cas de l'appel n° 50 de sorte que le processus de l'appel d'offres a été réduit à un artifice, de la part de la défenderesse, peu importe que ce soit sur le plan contractuel ou sur le plan délictuel qu'elle a ainsi engagé sa responsabilité. À mon avis, cette question ou toute autre question connexe en l'espèce se limitent à l'appel d'offres n° 50. Bref, j'estime qu'aucun acte irrégulier ne peut être imputé à la défenderesse relativement à l'appel d'offres n° 48.

#### Résumé des arguments

L'avocat de la demanderesse a fait valoir l'argument que l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* (maintenant article 115, L.R.C. (1985), ch. F-11) établit une norme légale de diligence assimilable à une obligation fiduciaire qui, ajoutée aux règlements administratifs et aux formalités des appels d'offres de la défenderesse, créait l'obligation de suivre une ligne de conduite convenable quant au processus de l'appel d'offres, y compris l'attribution de tout marché au moins-disant. Selon son argumentation, le principal défaut de la thèse de la défenderesse résidait dans son argument spécieux que la clause de délégitation constituait une réponse suffisante à toute allégation d'acte délictueux qui lui serait imputable. Il a fait valoir que cette idée fautive ne tient pas compte du courant jurisprudentiel actuel quant au processus de l'appel d'offres, notamment les arrêts *Canamerican* [*Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144 (C.A.)], *Ron Engi-*

ers [*Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.)] cases, which stand for the proposition that a boilerplate disclaimer clause cannot be relied upon by a party inviting tenders in situations where there had been a breach of the preliminary contract A resulting from the submission of bids or, alternatively, some breach of a duty of care. Counsel made the further point that claims both in contract and in tort are generally regarded today as being concurrent with respect to the assertion of whatever cause of action appears most advantageous to the injured party, citing *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. He also argued that the defendant was guilty of actionable misrepresentation in failing to disclose material information relating to its monopoly concerns in the tender specifications.

Plaintiff's counsel further contended that the defendant had no right to pierce the corporate veil of the Slater groups of companies as a means of raising the spectre of monopoly, having regard to the accepted doctrine that a corporation is a legal personality or entity entirely separate from its shareholders. Essentially, the plaintiff's bottom line position was simply that the defendant breached its duty of care by rejecting the plaintiff's lowest bid and awarding the contract to East Coast Marine Services Ltd., based on its erroneous perception of the dangers of monopoly.

Counsel for the defendant went right to the point with his principal contention that the defendant was entitled to rely on the published disclaimer clause in Tender 50 to award the contract in the context of what was perceived to be "the best interests of the corporation", regardless of whether or not any preliminary contract or contract A, so-called, was involved. Assuming that there was a contract A in the present case, it was his submission that the terms of that preliminary contract, whether expressed or implied, had to be defined in order to determine whether there had been any breach thereof, and that the onus of proof in that regard rested squarely on the

neering [*R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111] et *Best Cleaners [Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.)], qui veut que la partie qui lance un appel d'offres ne peut pas invoquer une clause de dénégation type, si elle a rompu le contrat préliminaire A découlant de la présentation de soumissions ou, subsidiairement, si elle a manqué à une obligation de diligence. L'avocat a fait remarquer en outre qu'en règle générale, aujourd'hui, l'action en responsabilité peut être fondée simultanément sur un contrat et sur un délit, et que le demandeur peut faire valoir la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse. Il s'est appuyé à cet égard sur l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Il a soutenu de plus que la défenderesse s'était rendue coupable de déclaration inexacte, donnant matière à procès, en ne divulguant pas des renseignements importants, relatifs à son appréhension de monopole, dans le cahier des charges de l'appel d'offres.

L'avocat de la demanderesse a en outre soutenu que la défenderesse n'avait pas le droit de contourner le paravent de la société dont jouit le groupe de sociétés de Slater, afin d'agiter le spectre du monopole, eu égard à la théorie acceptée qui veut qu'une société soit une personne morale tout à fait distincte de ses actionnaires. Essentiellement, la position de la demanderesse se résumait à l'argument que la défenderesse avait manqué à son obligation de diligence en rejetant l'offre la plus basse, présentée par la demanderesse, et en attribuant le marché à East Coast Marine Services Ltd., par suite de son opinion fautive au sujet des dangers du monopole.

L'avocat de la défenderesse est allé droit au but en affirmant en premier lieu que la défenderesse avait le droit d'invoquer la clause de dénégation publiée, dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, pour attribuer le marché dans le contexte de ce qui, à son avis, était «au mieux des intérêts de la société», peu importe l'existence ou l'absence de contrat préliminaire ou de soi-disant contrat A. À supposer qu'il existe un contrat A en l'espèce, il soutient qu'il faut définir les conditions, explicites ou implicites, de ce contrat préliminaire, si l'on veut être en mesure de déterminer si elles ont été transgressées, et que c'est manifestement à la demanderesse qu'incombe la charge de la preuve

plaintiff. Defendant's counsel further submitted that the disclaimer clause was an essential term of any preliminary contract applicable to the present case, even though inadvertently omitted from the tender specifications on Tender 50, because the newspaper publication of the same was a representation to prospective bidders that the Authority reserved the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest. As he put it, this was a very clear message that the defendant did not have to accept the lowest qualified bid on Tender 50. He further contended that the plaintiff was acting hypocritically in presuming to judge what was in the best interest of the Authority with respect to Tender 50, having regard to the fact that in its own bid for Tender 48 the plaintiff unequivocally conceded "the Authority's right to place their interest foremost". Counsel also argued that the defendant's perception of the monopoly involving the Slater group of companies was a very real and legitimate concern both from the short-term and long-term standpoint. The short-term concern apprehended the possibility of the financial difficulties affecting Chedabucto Shipwrights spreading to the other member companies of the Slater group. The long-term concern was grounded on the belief that if the Slater group was given a monopoly of the pilot boat business then they could hold the defendant to ransom five years down the road from the fact there would be no competitors still around.

Defendant's counsel disputed the plaintiff's contention that section 124 of the *Financial Administration Act* created any fiduciary or other duty for the direct benefit or protection of the plaintiff. Rather, it was his submission that any duty enshrined in that section was designed for the protection of the Crown corporation itself, in this case Atlantic Pilotage Authority, such that no duty, fiduciary or otherwise, was owed by the defendant to the plaintiff. Finally, counsel for the defendant rejected the plaintiff's interpretation of paragraph 526(1)(b) of the by-laws as imposing a requirement for awarding a contract pursuant to tender call to the lowest bidder, pointing out that the paragraph was permissive in nature and intended to provide for the delegation of authority to sign contracts to the Chairman and other lesser func-

à cet égard. L'avocat de la défenderesse soutient de plus que la clause de dénégalion était une condition essentielle de tout contrat préliminaire conclu en l'espèce, encore qu'elle ait été omise par inadvertance dans le cahier des charges de l'appel d'offres n° 50, parce que l'annonce de celui-ci dans les journaux constituait pour les soumissionnaires éventuels un avis que l'Administration se réservait le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse. Pour reprendre ses paroles, c'était un message très clair que la défenderesse n'avait pas à accepter l'offre la plus basse remplissant les conditions de l'appel d'offres n° 50. Il a prétendu aussi que la demanderesse avait agi hypocritement en se permettant de juger ce qui était plus avantageux pour l'Administration dans le cas de l'appel d'offres n° 50, compte tenu du fait que dans sa propre soumission à l'égard de l'appel d'offres n° 48, la demanderesse avait concédé sans équivoque [TRADUCTION] «le droit de l'Administration de faire passer ses intérêts avant tout». L'avocat a soutenu de plus que l'appréhension de la défenderesse au sujet du monopole qui serait accordé au groupe de sociétés de Slater était très réelle et légitime tant à court terme qu'à long terme. Elle craignait à court terme que les difficultés financières qu'éprouvait Chedabucto Shipwrights ne s'étendent aux autres sociétés du groupe de Slater. À long terme, elle croyait que, si le groupe de Slater se voyait attribuer le monopole des services de bateau-pilote, il puisse exercer un chantage sur la défenderesse cinq ans plus tard car il ne resterait aucun concurrent.

L'avocat de la défenderesse a contesté l'affirmation de la demanderesse que l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* créait une obligation fiduciaire ou autre dont la demanderesse était la bénéficiaire directe. Il a plutôt soutenu que l'obligation inscrite dans cette disposition visait à protéger la société d'État elle-même, en l'occurrence l'Administration de pilotage de l'Atlantique, de sorte que la défenderesse ne devait s'acquitter d'aucune obligation, fiduciaire ou autre, envers la demanderesse. Pour terminer, l'avocat de la défenderesse a repoussé l'interprétation donnée par la demanderesse à l'alinéa 526(1)(b) du règlement intérieur, selon laquelle, en cas d'appel d'offres, le marché doit être attribué au moins-disant, soulignant que l'alinéa est facultatif et vise à autoriser la délégation de pouvoir de signature

tionaries in circumstances where certain preconditions had been satisfied. He stressed the fact that the Chairman had remained adamant in his testimony that during all of his years of service in that capacity he had "never signed a contract under 526".

#### Duties According to Statute and By-Laws

Subsections 124(1) and 124(2) of the *Financial Administration Act* read as follows:

124. (1) Every director and every officer of a Crown corporation in exercising his powers and performing his duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

(2) Every director and every officer of a parent Crown corporation or of a wholly-owned subsidiary of a parent Crown corporation shall comply with this Part, the regulations, the charter and by-laws of the corporation or subsidiary and any directive given to the corporation.

Section 520 of the defendant's by-laws authorizes the affixing of the Corporate Seal to contracts and other instruments in writing, and section 521 thereof provides for the execution of such contracts and instruments in writing under the signature of the Chairman and Corporate Secretary or such other persons as may be authorized in that behalf by resolution.

Subsection 524(1), paragraphs 526(1)(a) and 526(1)(b) and subsection 526(5) of the by-laws provide as follows:

524. (1) Tenders shall be called by public notice in accordance with the appropriate manual, for any contract or expenditure for the construction of any object, the purchase or supplying of goods or services or the leasing of any real or personal property for the Authority.

526. (1) Subject to sections 520 and 521, the Chairman and the following Officers may authorize any contract or any expenditure referred to in subsection 524(1) on behalf of the Authority, in the maximum amounts hereinafter indicated:

(a) the Chairman: any contract or expenditure for any amount not exceeding twenty-five thousand dollars and all payroll vouchers;

au président et à d'autres fonctionnaires subalternes lorsque certaines conditions sont remplies. Il a insisté sur le fait que le président était demeuré inflexible dans son témoignage que, durant toutes ses années dans ses fonctions, il n'avait [TRADUCTION] «jamais signé de contrat visé par 526».

#### Obligations prévues par la loi et par le règlement intérieur

Les paragraphes 124(1) et (2) de la *Loi sur l'administration financière* sont ainsi conçus:

124. (1) Les administrateurs et les dirigeants d'une société d'État doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir:

a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

b) avec le soin, la diligence et la compétence d'une personne prudente et avisée.

(2) Les administrateurs et les dirigeants d'une société d'État mère ou d'une de ses filiales à cent pour cent doivent observer la présente partie et ses règlements, la charte et les règlements administratifs de la société ou de la filiale et les instructions qui sont données à la société.

Aux termes de l'article 520 du règlement intérieur de la défenderesse, le sceau de la société d'État peut être apposé sur tout contrat ou autre acte écrit et l'article 521 contient des dispositions touchant la passation de ces contrats et actes écrits sous la signature du président et du secrétaire de la société ou des autres personnes autorisées à cette fin par résolution.

Le paragraphe 524(1), les alinéas 526(1)a) et b) et le paragraphe 526(5) du règlement intérieur sont ainsi libellés:

524. (1) Les appels d'offres par avis public doivent être effectués suivant le manuel approprié pour tout contrat ou dépense concernant la construction d'un objet, l'achat ou la fourniture de biens et services ou la location de propriétés mobilières ou immobilières pour le compte de l'Administration.

526. (1) Sous réserve des articles 520 et 521, le président et les administrateurs suivants peuvent autoriser tout contrat ou toute dépense dont il est question au paragraphe 521(1) au bénéfice de l'Administration, pour les montants maximum indiqués ci-après:

a) le président: tout contrat ou dépense n'excédant pas vingt-cinq mille dollars et toutes les pièces justificatives des listes de paye;

(b) the Chairman: any contract or expenditure for any amount exceeding twenty-five thousand dollars, when

- (i) the Members have passed a resolution approving the object of the contract or expenditure,
- (ii) tenders have been called, and
- (iii) the lowest of two or more tenders has been accepted;

(5) Any contract or expenditure for any purpose whatsoever not specifically provided for in subsection (1) shall be authorized and approved by the Members, in accordance with the provisions of these By-laws and in accordance with the appropriate manual.

The manual referred to in the last mentioned subsection is the Authority's manual of tendering and contracting policies and procedures, which makes no specific reference to the necessity of awarding any contract pursuant to a call for public tenders to the lowest bidder. However, the manual does provide for public calls for tenders for expenditures of \$15,000 and over and the public opening of all tenders submitted in response thereto in cases where cost is the chief or sole criterion, and prescribes the following procedure therefor, namely:

Since it is not possible to evaluate tenders, on the spot, at a public tender opening for conformity to all tender specifications, the Corporate Secretary should announce at the end of the tender meeting that "Subject to further mathematical verification and evaluation the apparent low bidder is \_\_\_\_\_".

As indicated previously, plaintiff's counsel takes the position that section 124 of the *Financial Administration Act*, coupled with subsection 526(1) of the defendant's by-laws, mandated a fiduciary duty to award any contract pursuant to a public call for tenders to the lowest bidder upon obtaining the necessary authorizing resolution of the members. Defendant's counsel argued that the whole thrust of subsection 526(1) of the by-laws was permissive in the context of bestowing on the Chairman and other officers the power or privilege of authorizing contracts or expenditures in varying amounts on certain terms and conditions. In his submission, the present case did not involve any such delegation of authority and hence did not have to meet the requirement stipulated in subparagraph 526(1)(b)(iii) of the by-laws for accepting "the lowest of two or more tenders". I agree with the submission of defendant's counsel. In

b) le président: tout contrat ou dépense pour un montant excédant vingt-cinq mille dollars lorsque

- (i) les Membres ont approuvé en principe, l'objet du contrat ou de la dépense;
- (ii) des appels d'offres ont été effectués; et
- (iii) la moindre somme d'au moins deux appels d'offres a été acceptée;

(5) Tout contrat ou dépense, quel qu'en soit l'objet, qui n'est pas prévu au paragraphe (1) doit être autorisé par les membres, conformément aux dispositions du présent règlement et du manuel approprié.

Le manuel mentionné au dernier paragraphe est le manuel des politiques et des procédures de l'Administration en matière d'appels d'offres et d'attribution de marchés; il n'y est pas fait mention expressément de l'obligation d'attribuer au moins-disant un marché conformément à un appel d'offres public. Toutefois, le manuel prévoit un appel d'offres public à l'égard des dépenses de 15 000 \$ ou plus et l'ouverture publique de tous les plis lorsque le coût est le principal ou le seul critère, et il énonce les modalités suivantes:

[TRADUCTION] Comme il n'est pas possible d'évaluer les soumissions, immédiatement, à l'ouverture publique des plis, pour vérifier si elles sont conformes au cahier des charges, le secrétaire de la société doit annoncer à la fin de la réunion convoquée pour l'ouverture, que «sous réserve de la vérification des calculs et de l'évaluation qu'il y a lieu de faire, l'offre apparemment la plus basse est \_\_\_\_\_».

Répetons-le, l'avocat de la demanderesse a adopté le point de vue selon lequel l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière*, ajouté au paragraphe 526(1) du règlement de la défenderesse, crée l'obligation fiduciaire, en cas d'appel d'offres public, d'attribuer le marché au moins-disant, une fois adoptée la résolution des membres nécessaire à cette fin. L'avocat de la défenderesse a soutenu que, essentiellement, le paragraphe 526(1) du règlement était facultatif, investissant le président et d'autres dirigeants du pouvoir ou du privilège d'autoriser des contrats ou des dépenses selon certains montants et certaines modalités. D'après son argumentation, la présente espèce ne comporte pas de délégation de pouvoir de cette nature et, en conséquence, n'a pas à satisfaire à l'exigence énoncée au sous-alinéa 526(1)(b)(iii) du règlement intérieur relative à «la moindre somme d'au moins deux appels d'offres a

my opinion, the contract or expenditure in the present case is one coming within the purview of subsection 526(5) of the defendant's by-laws, requiring the approval of the members in accordance with the provisions of the by-laws and the tendering manual. I find further support for this conclusion in the evidence of Captain A. D. Latter. By the same token, I find it somewhat strange that the actual contract between the defendant and the successful bidder, East Coast Marine Services Ltd., is nowhere to be found in the evidence. One can only infer that there was such a formal contract executed on behalf of the defendant by the Chairman and some other designated officer, if not the Secretary.

I can find no express provision either in the by-laws or in the tendering manual which would specifically require the defendant to award any contract pursuant to a call for public tenders to the lowest bidder. That is not to say, however, that the by-laws and the manual necessarily exclude an implied, qualified obligation to accept the lowest bid in the case of public tender calls, where cost or price is the chief or sole criterion.

I must also reject the argument of plaintiff's counsel that section 124 of the *Financial Administration Act* imposes a fiduciary duty or statutory obligation on the defendant with respect to its tendering processes, including the obligation to award any contract pursuant to a call for public tenders to the lowest bidder. In my opinion, the fiduciary duty or obligation imposed on the directors and officers of the defendant by virtue of section 124 of the *Financial Administration Act* is one imposed on them in their capacity of agents and trustees for the Crown corporation and not as something which might enure to the benefit of a third party stranger: see *Sun Trust Company Ltd. v. Bégin*, [1937] S.C.R. 305 per Duff C.J. at pages 307-308; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; Welling, *Corporate Law in Canada: the Governing Principles*, 2nd ed., at pages 378-384; and Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed., at pages 572-580.

The case of *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, relied on by plaintiff's counsel, held that the Crown had a fiduciary obligation under

été acceptée». Je souscris à l'opinion de l'avocat de la défenderesse. À mon avis, le contrat ou la dépense en l'espèce tombe sous le coup du paragraphe 526(5) du règlement de la défenderesse, exigeant l'approbation des membres conformément aux dispositions du règlement et du manuel concernant les appels d'offres. Cette conclusion est étayée en outre, à mon sens, par le témoignage du capitaine A. D. Latter. De même, je trouve quelque peu étrange que le contrat conclu entre la défenderesse et l'attributaire, East Coast Marine Services Ltd., n'ait pas été versé en preuve. On peut seulement inférer qu'un tel contrat en bonne et due forme a été signé au nom de la défenderesse par le président et un autre dirigeant désigné, sinon par le secrétaire.

Selon moi, aucune disposition expresse soit du règlement, soit du manuel concernant les appels d'offres, n'oblige explicitement la défenderesse, en cas d'appel d'offres public, à attribuer le marché au moins-disant. Cela ne veut cependant pas dire que le règlement et le manuel écartent nécessairement une obligation implicite, conditionnelle, d'accepter l'offre la plus basse en cas d'appel d'offres public, si le coût ou le prix est le principal ou le seul critère.

Je dois repousser aussi l'argument de l'avocat de la demanderesse que l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* impose à la défenderesse une obligation fiduciaire ou une obligation légale relativement au processus de l'appel d'offres, dont l'obligation, en cas d'appel d'offres public, d'attribuer le marché au moins-disant. À mon avis, l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs et dirigeants de la défenderesse par l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* leur est faite en raison de leur qualité de mandataires et de fiduciaires d'une société d'État et ne constitue pas une obligation énoncée au profit d'un tiers: voir l'arrêt *Sun Trust Company Ltd. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305, juge en chef Duff, aux pages 307 et 308; l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; Welling, *Corporate Law in Canada, the Governing Principles*, 2<sup>e</sup> éd., aux pages 378 à 384; Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4<sup>e</sup> éd., aux pages 572 à 580.

Dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, cité par l'avocat de la demanderesse, la Cour a décidé que la Couronne avait, envers

subsection 18(1) of the *Indian Act* [R.S.C. 1952, c. 149] to an Indian Band with respect to the surrender of its lands and subsequent leasing thereof to a third party. I am unable to see how this principle has any application to the facts of the case at bar.

I conclude therefore that no fiduciary duty or obligation was owed by the defendant to the plaintiff with respect to the tendering process on Tender 50, whether by reason of the interaction of section 124 of the *Financial Administration Act* with the defendant's by-laws and tendering procedures or otherwise howsoever.

#### Evidentiary Analysis and Some Findings of Fact

The evidence is incontrovertible that the predominant criterion for evaluating the bids on Tender 50 at the time of the board meeting on January 18, 1987 was the issue of monopoly as it pertained to the plaintiff, viewed both from the short-term concern of the apparent financial difficulties involving the Slater group of companies and the long-term concern that if the tender were let to one of that group then Slater would somehow be in a position to hold the Authority to ransom on the expiry of the contract for the Strait of Canso five years hence. While the issue may not have come openly to the fore until the board meeting of January 1987, the matter had been very much on the mind of the Director of Operations since the meeting of directors on November 18, 1986 and had been the subject of discussions between him and the Chairman on a number of occasions. The fact remains that these preconditions regarding monopoly were never communicated to the plaintiff prior to the submission of its bid on Tender 50. What occurred as a result of that at the meeting of the board of directors on January 18 and 19, 1987 is forcibly illustrated by the following evidence of the Chairman, Captain Latter, under cross-examination:

Q. And you are now sitting there trying to contemplate whether Northeast Marine should have the contract for the Strait of Canso and the monopoly issue predominated in the decision.

une bande indienne, une obligation de fiduciaire en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1952, ch. 149] relativement à la cession de ses terres et à leur location ultérieure à un tiers. Je ne vois pas en quoi ce principe serait applicable aux faits de l'espèce.

Je conclus donc que la défenderesse n'avait aucune obligation fiduciaire envers la demanderesse relativement au processus de l'appel d'offres n° 50, que ce soit en raison de l'interaction de l'article 124 de la *Loi sur l'administration financière* et du règlement intérieur de la défenderesse, ainsi que des procédures des appels d'offres, ou pour quelque raison que ce soit.

#### Analyse de la preuve et constatations de fait

Il ressort de la preuve irrécusable que le critère prédominant selon lequel les soumissions dans le cadre de l'appel d'offres n° 50 ont été évaluées, lors de la réunion du conseil du 18 janvier 1987, a été la question du monopole par rapport à la demanderesse, considérée tant du point de vue de la crainte à court terme suscitée par les difficultés financières du groupe de sociétés de Slater, que de celui de l'appréhension à long terme, au cas où le marché serait attribué à un membre de ce groupe, que Slater fût en mesure, en quelque sorte, d'exercer un chantage sur l'Administration à l'expiration du contrat touchant le détroit de Canso dans cinq ans. Certes, la question n'a peut-être pas été soulevée franchement avant la réunion du conseil de janvier 1987, mais le directeur des opérations l'avait vraiment à l'esprit depuis la réunion du 18 novembre 1986 et il en avait discuté avec le président à plusieurs reprises. Il reste que ces conditions requises concernant le monopole n'ont jamais été communiquées à la demanderesse avant qu'elle n'ait présenté sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Ce qui s'est produit par suite de ce fait à la réunion du conseil d'administration des 18 et 19 janvier 1987 est illustré avec netteté par le témoignage donné par le président, capitaine Latter, au moment de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Et vous êtes alors réunis pour décider si le marché devrait être attribué à Northeast Marine à l'égard du détroit de Canso et la question du monopole a été un facteur prédominant de cette décision.

A. Monopoly became second to safety, yes sir.

Q. Well, there was no issue in relation to safety. What was the issue in relation to safety?

A. Safety was the first feeling for the board, and —

Q. Well, I appreciate —

A. Both boats—let me put it to you this way. Safety was put aside because there was no factor in safety. Both were safe boats.

Q. Right. So, safety wasn't an issue.

A. No, but I —

Q. What I'm saying to you, sir, is what predominated was this issue of monopoly.

A. Monopoly was the second predomination, yes.

Q. Yes. And that essentially, was a criteria that was applied against Northeast Marine and no one else.

A. Yes, there was nobody else in that position.

During his examination-in-chief, the Chairman testified to his understanding of the *raison d'être* for the tendering process as follows:

... the reason for tendering is to go out and see what's out there, and give everybody an even break.

I accept without question Captain Latter's evidence regarding the defendant's desire to give every tenderer an even break or fair chance in the bidding process and, in the case of Tender 50, find this to be an implied term of any preliminary, unilateral contract A arising from the submission of bids.

While price was the governing criterion in the award of the North Sydney contract on Tender 47, there can be little doubt that the monopoly issue was the driving force behind the decision-making process on Tender 50 for the Strait of Canso. The following evidence elicited from the Director of Operations, Captain Peter J. Stow, on cross-examination makes this abundantly clear:

Q. Well, you see, what you did recommend however, was that we derail Northeast Marine's bid in both the first and in the second.

A. No. I don't believe I did do that.

R. Le monopole était au deuxième rang, après la sécurité, oui Monsieur.

Q. Eh bien, la question de la sécurité ne se posait pas. Quelle question se posait quant à la sécurité?

R. La sécurité était au premier rang dans l'esprit du conseil, et —

Q. Bon, je me rends bien compte —

R. Les deux bateaux—si je peux m'exprimer autrement. La sécurité a été laissée de côté parce qu'elle n'était pas un facteur. C'étaient deux bateaux solides.

Q. D'accord. Alors, la sécurité n'était pas en cause.

R. Non, mais je —

Q. Ce que je vous dis, Monsieur, c'est que le facteur prédominant a été la question du monopole.

R. Le monopole a été le deuxième facteur prédominant, Monsieur.

Q. Oui. Et cela a été, essentiellement, un critère qui a été appliqué au détriment de Northeast Marine et de personne d'autre.

R. Oui, personne d'autre n'était dans cette position.

Au cours de l'interrogatoire principal, le président a témoigné sur sa perception de la raison d'être du processus de l'appel d'offres:

[TRADUCTION] ... le but de l'appel d'offres est de tâter le terrain et de donner à chacun des chances égales.

J'accepte sans réserve le témoignage du capitaine Latter au sujet de la volonté de la défenderesse d'accorder à chaque soumissionnaire des chances égales dans le cadre du processus de l'appel d'offres et, dans le cas de l'appel d'offres n° 50, je conclus qu'il s'agissait d'une clause implicite de tout contrat préliminaire, unilatéral, ou contrat A, découlant de la présentation de soumissions.

Certes, le prix a été le critère dominant pour ce qui était d'attribuer le marché concernant North Sydney conformément à l'appel d'offres n° 47, mais il y a peu de doute que la question du monopole ait été la raison déterminante dans le processus décisionnel quant à l'appel d'offres n° 50 pour le détroit de Canso. Cela ressort très clairement du témoignage du capitaine Peter J. Stow, directeur des opérations, lors de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Eh bien, vous voyez, ce que vous avez recommandé, cependant, c'est que l'on fasse dérailler la soumission de Northeast Marine dans la première et dans la deuxième.

R. Non. Je ne pense pas que j'aie fait cela.

Q. Well, it seems to me, sir, that you are the one who raised the issue of monopoly.

A. I did that in the first instance. That's correct.

Q. And it seems to me, sir, that the issue of monopoly prevailed in the bumping of Northeast Marine's bid in tender #50. a

A. In tender 50 I would say that was correct.

The following excerpt from Captain Stow's cross-examination is particularly relevant: b

Q. So that essentially when we are talking about this very decision that was made on Tender No. 50, it is quite important to know whether or not it was done on a basis that was fair to all. c

A. That is correct, yes.

Q. And the concept, for instance, about the issue of monopoly, is not something that was ever, ever communicated to Northeast Marine before they bid, was it? d

A. No, it wasn't.

Clearly, the preoccupation of the directors with the issue of monopoly militated against their giving any consideration to the plaintiff's alternate proposal for the construction of a twin screw vessel at a trip price of \$440.81, or an overall bid price of \$220,905. The only comparison of vessels was between the plaintiff's *Captain Parker* and the successful bidder's *Chapel Hill* and the directors appear to have conveniently ignored the fact that the plaintiff's second bid proposal would have yielded a new vessel compared to one sixteen years or so old at a price that was still lower than that of the successful bidder. This can hardly be considered a fair basis of evaluation by any standard. e

I am persuaded that I should make findings of fact with respect to certain allegations or statements to the effect that it was a foregone conclusion that the contract for pilot boat services in the Strait of Canso would go to Alec Gay or his company, East Coast Marine Services Ltd., if their bid was within \$30,000 of the lowest bidder. In this context, I accept the evidence of James Veitch over that of Captain Gay regarding the boastful comment attributed to the latter at the close of the meeting for the opening of tenders on January 16, 1987 to the effect that he was get- f

Q. Eh bien il me semble, Monsieur, que c'est vous qui avez soulevé la question du monopole.

R. Je l'ai fait dans le premier cas. C'est exact.

Q. Et il me semble, Monsieur, que la question du monopole a été déterminante dans le rejet de la soumission de Northeast Marine dans le cas de l'appel d'offres n° 50.

R. Dans le cas de l'appel d'offres n° 50, je dirais que c'est exact.

Le passage qui suit du contre-interrogatoire du capitaine Stow est particulièrement pertinent:

[TRADUCTION] Q. Ainsi, essentiellement, quand nous parlons de la décision qui a été prise dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, il importe beaucoup de savoir si elle l'a été de manière équitable pour tous. c

R. C'est exact, oui.

Q. Et le principe, par exemple, quant à la question du monopole, n'a jamais été communiqué à Northeast Marine avant qu'elle ne présente sa soumission, n'est-ce pas? d

R. Non, en effet.

De toute évidence, la préoccupation des administrateurs au sujet de la question du monopole a milité contre l'examen de la seconde proposition de la demanderesse relativement à la construction d'un navire à deux hélices au prix de 440,81 \$ par voyage, ou au prix global de 220 905 \$. Les seuls navires qui ont été comparés sont le *Captain Parker* de la demanderesse et le *Chapel Hill* appartenant à l'attributaire, et les administrateurs semblent, pour des raisons de commodité, ne pas avoir tenu compte du fait que la seconde soumission de la demanderesse aurait permis d'avoir un navire neuf, par comparaison avec un navire construit depuis environ seize ans, à un prix qui était tout de même inférieur à celui de l'attributaire. À tous égards, on ne peut guère considérer qu'il s'agit là d'un critère équitable d'évaluation. e

Je suis persuadé qu'il y a lieu que je fasse des constatations de fait relativement à certaines allégations ou déclarations selon lesquelles il était prévu d'avance que le marché de services de bateau-pilote pour le détroit de Canso serait attribué à Alec Gay ou à sa société, East Coast Marine Services Ltd., si l'écart entre leur soumission et celle du moins-disant était d'au plus 30 000 \$. Dans ce contexte, j'accepte le témoignage de James Veitch plutôt que celui du capitaine Gay au sujet des propos fanfarons que ce dernier aurait tenus à la fin de la réunion convoquée f

ting the contract, regardless of what they had just heard. I also accept as evidence the statement contained in paragraph 2 of the affidavit of Captain Terry Pittman concerning what Captain Stow told him about Gay getting the contract for the Strait of Canso if his bid was within \$30,000 of the lowest bidder, subject to his qualifying admission on cross-examination that he saw nothing particularly devious or sinister in that remark. Finally, and despite the defendant's aspersions regarding the credibility of the plaintiff's witness, Bruce Jardine, in other areas of his testimony, I find as a fact that Alec Gay told him at or about the time of Gay's application for Incor financing substantially what was averred in paragraphs 4, 5 and 6 of the Jardine affidavit (Exhibit P-25).

Consequently, I am unable to accept Captain Stow's evidence that he would not have mentioned the \$30,000 price spread in his conversation with Captain Pittman nor that he would have been likely to have said anything like that to Captain Gay. The figure of \$30,000 and the statements attributed to Captain Stow in reference thereto did not just spring coincidentally from nowhere. Moreover, I consider that Captain Stow played more than the role of a passive, disinterested bystander with respect to the tendering process on Tender 50 *vis-à-vis* East Coast Marine Services Ltd. He was the one who first raised the issue of monopoly as an arrow pointing directly to the plaintiff. And it was he who alerted Captain Gay to the availability of the *Chapel Hill* as a pilot boat vessel, following his official visit with the *Sandy Hook* pilots of New York in July of 1986. However, he was not the only one among the defendant's officers inclined to possible favouritism. Indeed, I find it to be quite significant in this regard that Captain Gay's bid on Tender 50 had annexed thereto as Exhibit "B" a letter dated September 11, 1986 on the Authority's letterhead from the Corporate Secretary, J. B. Kushner, in which the author gives a glowing testimonial to Captain Gay's personal qualities and capabilities as well as the "eminently satisfactory" service provided by him for the Authority in the North Sydney crewing service and pilot boat opera-

pour l'ouverture des plis, le 16 janvier 1987, c'est-à-dire qu'il allait obtenir le contrat, peu importe ce qu'ils venaient d'entendre. Constitue en outre une preuve acceptable, à mon sens, la déclaration contenue au paragraphe 2 de l'affidavit du capitaine Terry Pittman, c'est-à-dire que le capitaine Stow lui a dit que Gay obtiendrait le marché à l'égard du détroit de Canso si l'écart entre sa soumission et celle du moins-disant était d'au plus 30 000 \$, sous réserve de la nuance qu'il a apportée lors du contre-interrogatoire en disant que cette remarque n'avait pour lui rien de particulièrement tortueux ou sinistre. Pour terminer, en dépit des calomnies de la défenderesse concernant la crédibilité du témoin de la demanderesse, Bruce Jardine, en ce qui a trait à d'autres parties de son témoignage, je conclus qu'en fait, à peu près à l'époque où il a demandé un prêt à Incor, Alec Gay lui a dit pour l'essentiel ce qui est affirmé aux paragraphes 4, 5 et 6 de l'affidavit de Jardine (pièce P-25).

Par conséquent, je ne peux pas accepter le témoignage du capitaine Stow qu'il n'aurait pas fait mention de l'écart de prix de 30 000 \$ lors de sa conversation avec le capitaine Pittman et qu'il est peu probable qu'il ait rien dit de tel au capitaine Gay. La somme de 30 000 \$ et les déclarations attribuées au capitaine Stow à ce sujet n'ont pas surgi de nulle part, par une coïncidence. Au surplus, j'estime que le capitaine Stow n'a pas joué un rôle purement passif, de spectateur désintéressé, en ce qui concerne le processus de l'appel d'offres n° 50, par rapport à East Coast Marine Services Ltd. C'est lui qui, le premier, a soulevé la question du monopole, en visant directement la demanderesse. Et c'est lui qui a signalé au capitaine Gay la possibilité d'utiliser le *Chapel Hill* comme bateau-pilote, à la suite de sa rencontre officielle avec les pilotes du *Sandy Hook* de New York en juillet 1986. Toutefois, il n'était pas le seul dirigeant de la défenderesse qui ait peut-être été enclin au favoritisme. En effet, j'estime tout à fait révélatrice sous cet aspect la lettre en date du 11 septembre 1986 (pièce B) annexée à la soumission du capitaine Gay dans le cadre de l'appel d'offres n° 50; cette lettre à en-tête de l'Administration envoyée par le secrétaire de la société, J. B. Kushner, est une recommandation chaleureuse du capitaine Gay en raison de ses qualités personnelles et de ses compétences, ainsi que des services [TRADUCTION] «éminemment satisfai-

tions since 1977. The letter would appear to be in direct contravention of subsection 501(9) of the defendant's by-laws.

I am also of the view that the defendant's perception of monopoly was an extraneous or irrelevant consideration which ought not to have influenced their decision to reject the plaintiff's lower bids and award the contract to East Coast Marine Services Ltd. In my opinion, the directors committed a serious error of law by arbitrarily lifting or piercing the corporate veil so as to deny the autonomous and independent existence of the Slater group of companies in the absence of any evidence at the material time to suggest that the group corporate structure was deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose: see *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (Sask. C.A.) per Culliton C.J.S. at page 336; and *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (Man. C.A.). The *Northern Electric* case was a complicated mechanics' lien action wherein one of the issues under appeal was the decision of the Trial Judge to pierce the corporate veil and treat the owner, Victoria Park, and the general contractor, Quiring Construction, as one entity. Dickson J.A. (later Chief Justice of Canada), writing the majority opinion overruling the lower court decision to depart from the distinct legal entity principle enunciated in the *Salomon*<sup>1</sup> case, said at page 530:

Unless it can be established, on the evidence, that the two corporations are but *alter egos* for Mr. Quiring, or that by reason of mutual covenants, conspiracy, fraud, agency, one of the corporations is liable for the obligations of the other, no legal ground exists for interblending the bodies corporate. The evidence does not support any such findings.

In my view, there is no cogent evidence to support the conclusion of Captains Goodyear and Bell that "Northeast Marine was not as financially sound as

<sup>1</sup> *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

sants» qu'il a rendus à l'Administration depuis 1977 à l'égard des équipages pour North Sydney et des bateaux-pilotes. Cette lettre semble constituer une transgression directe du paragraphe 501(9) du règlement intérieur de la défenderesse.

Je suis également d'avis que la perception de la défenderesse au sujet du monopole était un facteur qui n'avait aucun rapport avec la décision, ou qui n'était pas pertinent, et qu'il n'aurait pas dû jouer dans le rejet des offres de la demanderesse, qui étaient les plus basses, et dans l'attribution du marché à East Coast Marine Services Ltd. À mon avis, les administrateurs ont commis une grave erreur de droit en levant ou en contournant arbitrairement le paravent de la société de façon à nier l'existence autonome et indépendante du groupe de sociétés de Slater en l'absence de tout élément de preuve qui eût pu, à l'époque en cause, les porter à croire que la structure du groupe avait été conçue délibérément soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion: voir *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Sask.), juge en chef Culliton, à la page 336; *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (C.A. Man.). L'affaire *Northern Electric* était une affaire complexe de privilège du constructeur dans laquelle une des questions litigieuses en appel était la décision du juge de première instance de contourner le paravent de la société et de considérer le propriétaire, Victoria Park, et l'entrepreneur général, Quiring Construction, comme une seule entité. Le juge Dickson (plus tard juge en chef du Canada), écrivant au nom de la Cour, qui a infirmé à la majorité la décision du tribunal d'instance inférieure d'écarter le principe de l'entité juridique distincte énoncé dans l'arrêt *Salomon*<sup>1</sup> dit ce qui suit, à la page 530:

[TRADUCTION] Sauf s'il peut être établi, d'après la preuve, que les deux sociétés ne sont que l'alter ego de M. Quiring, ou qu'à cause de conventions réciproques, de complot, de fraude, de mandat, l'une des sociétés doit s'acquitter des obligations de l'autre, il n'y a aucun motif juridique qui justifie de tenir les personnes morales pour une seule et même personne. La preuve ne permet pas de tirer une telle conclusion.

À mon avis, aucune preuve convaincante ne justifie la conclusion des capitaines Goodyear et Bell que [TRADUCTION] «la solvabilité de Northeast Marine

<sup>1</sup> *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

they would like to see". At best, this can be seen as nothing other than far-fetched speculation based on second hand knowledge of apparent financial difficulties besetting Chedabucto Shipwrights. Nor is there any evidence, in my view, capable of supporting the defendant's long-term concern that the awarding of the contract on Tender 50 would somehow eliminate all future competition for pilot boat service in the Cape Breton area and enhance the risk of ransom demands being made by Captain Slater or his group of companies.

Taking all these factors into account, I find that it was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant, acting through its responsible officers and directors, that the plaintiff was never even in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions of monopoly. In other words, the tendering process was rigged against the plaintiff from the very outset. The question which remains to be answered is this: what legal consequences does this entail, if any?

#### Some Law on Tendering

The conventional approach had always been that calls for tender were nothing more than invitations to treat. The tender bids constituted the offers which the tender caller could accept or reject in his discretion in accordance with the usual privilege or exclusion clause in the invitation to tender. All this changed with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; (*sub nom. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. v. Ontario*) (1981), 119 D.L.R. (3d) 267 wherein the tender calls became offers and the tender bids became acceptances which, if made in compliance with the conditions of the call for tenders, created preliminary contracts or contracts A. The strict *ratio* of the case is accurately set out in the headnote [of D.L.R.]:

A tender for a building contract, submitted on terms that an accompanying deposit is to be forfeited if the tender is with-

était douteuse». Au mieux, cette affirmation peut être considérée comme rien d'autre qu'une supposition tirée par les cheveux, fondée sur une information de seconde main concernant les difficultés financières qui auraient assailli Chedabucto Shipwrights. Et aucune preuve n'a été fournie, selon moi, qui puisse étayer l'appréhension de la défenderesse quant à l'effet à long terme de l'attribution du marché dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, c'est-à-dire l'élimination de la concurrence dans l'avenir pour les services de bateau-pilote dans la région du Cap-Breton et l'augmentation du risque de chantage de la part du capitaine Slater ou de son groupe de sociétés.

Prenant en considération tous ces facteurs, je conclus qu'il était prévu d'avance, dans l'esprit de la défenderesse, agissant par l'entremise de ses dirigeants et administrateurs compétents, que la demanderesse n'aurait même pas la chance de voir ses soumissions examinées équitablement dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, à cause des conditions requises, non divulguées, relatives au monopole. Autrement dit, le processus de l'appel d'offres a été truqué au détriment de la demanderesse dès le départ. Il reste seulement à décider quelles sont les conséquences juridiques, s'il en est, de ce fait.

#### Points de droit en matière d'appel d'offres

Selon le point de vue classique, l'appel d'offres n'était rien d'autre qu'une invitation à traiter. Les soumissions constituaient les offres qu'une administration publique pouvait, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, accepter ou rejeter en conformité avec la clause habituelle de privilège ou d'exonération, contenue dans l'appel d'offres. Tout cela a changé depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; (*sub nom. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. v. Ontario*) (1981), 119 D.L.R. (3d) 267, dans lequel l'appel d'offres est devenu une offre et la soumission est devenue une acceptation qui, si elle est conforme aux conditions de l'appel d'offres, engendre un contrat préliminaire ou contrat A. Le *ratio* en tant que tel de l'arrêt est exposé correctement dans le sommaire de l'arrêtiste [du D.L.R.]:

[TRADUCTION] Une soumission pour un marché de construction, présentée conformément à la condition qu'un dépôt qui y

drawn or if the tenderer refuses to proceed, creates a contract binding on the tenderer. Consequently, when a tenderer discovers shortly after the tenders are opened that an error has occurred in the calculations leading up to its tender, and then refuses to proceed with the execution of contract documents, the owner is entitled to retain the deposit according to the terms on which the tender was submitted.

Estey J. stated the rationale underlying the broader concept of the preliminary contract A at pages 122-123 S.C.R.:

The tender submitted by the respondent brought contract A into life. This is sometimes described in law as a unilateral contract, that is to say a contract which results from an act made in response to an offer, as for example in the simplest terms, "I will pay you a dollar if you will cut my lawn". No obligation to cut the lawn exists in law and the obligation to pay the dollar comes into being upon the performance of the invited act. Here the call for tenders created no obligation in the respondent or in anyone else in or out of the construction world. When a member of the construction industry responds to the call for tenders, as the respondent has done here, that response takes the form of the submission of a tender, or a bid as it is sometimes called. The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement between the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders. [Emphasis added.]

The contract A concept enunciated in the *Ron Engineering* case was applied by the majority of the Federal Court of Appeal in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.) to override a stipulation that the respondent department need not accept the lowest or any tender, where the respondent breached the contract A condition for a two-year contract by awarding to the higher bidder what was a four-year contract in substance. Mahoney J., after alluding to the *Ron Engineering* principle, stated the following *ratio* of the decision at pages 306-307:

était joint serait retenu en cas de retrait de la soumission ou de refus du soumissionnaire d'y donner suite, crée un contrat qui lie le soumissionnaire. En conséquence, lorsqu'un soumissionnaire découvre peu après l'ouverture des plis que les calculs ayant servi à l'établissement de la soumission comportaient une erreur, puis refuse de signer le contrat d'entreprise, le propriétaire a le droit de retenir le dépôt conformément aux conditions de l'appel d'offres.

Le juge Estey a énoncé le principe qui sous-tend la notion générale du contrat préliminaire A, aux pages 122 et 123 (R.C.S.):

La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral, c.-à-d. un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre, par exemple, de la façon la plus simple: «Je vous paierai un dollar si vous tondez mon gazon». Il n'y a pas, en droit, d'obligation de tondre le gazon et l'obligation de verser un dollar ne naît que de l'exécution de l'acte mentionné dans l'offre. En l'espèce, l'appel d'offres n'a créé aucune obligation pour l'intimée, ni pour qui que ce soit dans l'industrie de la construction ou hors de celle-ci. Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres. [Non souligné dans le texte original.]

La notion du contrat A énoncée dans l'arrêt *Ron Engineering* a été appliquée par la Cour d'appel fédérale à la majorité dans l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.). Celle-ci l'a invoquée pour écarter une stipulation suivant laquelle le ministère intimé n'accepterait pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions, car l'intimé avait violé la condition du contrat A relative à un contrat de deux ans en attribuant à l'autre candidat dont l'offre était plus haute ce qui était, quant au fond, un contrat de quatre ans. Après avoir fait mention du principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*, le juge Mahoney expose le *ratio* de

The respondent's obligation under contract A was not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call. The stipulation that the lowest or any tender need not be accepted does not alter that. The respondent might award no contract at all or it might award contract B to Tower, but it was under a contractual obligation to the appellant not to award Tower something other than contract B. [Emphasis added.]

*Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144 (C.A.) was an appeal from an unreported decision of the Federal Court of Canada, Trial Division [judgment dated March 4, 1985, T-4780-76] holding that Transport Canada had breached the terms of the bid contract by awarding Tilden its lowest bid in the domestic category for car rental concessions at major airports. The Trial Court awarded Hertz damages of \$232,500 equal to the excess amount which was bid because of the breach of the tender contract. Transport Canada appealed and Hertz cross-appealed the refusal to award damages for loss of profit. The Federal Court of Appeal upheld the decision of the learned Trial Judge that there had been a breach of the preliminary contract A created by the tendering process, and dismissed both the appeal and cross-appeal. Heald J.A., in reviewing the findings of the learned Trial Judge on liability, said at pages 157-158:

The Trial Judge rejected the appellant's reliance on the "no tender need necessarily be accepted" clause. After observing that it was "a 'boiler-plate' type" clause she expressed the following view (A.B., Vol. 1, page 43):

If the defendant's argument is correct, that clause would vitiate any tender contract; it would empower the Department to choose in a completely arbitrary way between tenderers.

I agree with that view of the matter. I would add that to give paramountcy to this clause of the Specifications would be to render nugatory and completely meaningless the Award Procedure clause of the Specifications quoted earlier herein (A.B.,

la décision, aux pages 306 et 307, dans les termes suivants:

En vertu du contrat A, l'intimée avait l'obligation de n'accorder un contrat qu'en conformité des modalités de l'appel d'offres. La stipulation suivant laquelle le Ministère n'acceptera pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions ne vient pas changer cet état de choses. L'intimée pouvait n'accorder aucun contrat du tout ou encore accorder le contrat B à Tower, mais elle avait une obligation contractuelle envers l'appelante, soit celle de ne pas accorder autre chose à Tower que le contrat B. [Non souligné dans le texte original.]

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144 (C.A.) portait sur un appel formé contre une décision non publiée de la Section de première instance de la Cour fédérale [jugement en date du 4 mars 1985, T-4780-76]. Celle-ci avait conclu que Transports Canada avait transgressé les conditions du contrat régissant les soumissions en acceptant la plus basse des soumissions de Tilden (celle présentée dans la catégorie domestique) pour les concessions de location d'automobiles dans les principaux aéroports. Le juge de première instance avait accordé à Hertz des dommages-intérêts d'un montant de 232 500 \$, équivalant au montant supplémentaire offert, à cause de la rupture du contrat régissant les soumissions. Transports Canada a interjeté appel et Hertz a formé un appel incident contre le refus d'accorder des dommages-intérêts pour le manque à gagner. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge de première instance concluant à la rupture du contrat préliminaire A créé par l'appel d'offres et a rejeté l'appel et l'appel incident. Analysant les conclusions du juge de première instance sur la question de la responsabilité, le juge Heald, J.C.A., dit, aux pages 157 et 158:

Le juge de première instance a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur la clause stipulant que le Ministère «n'est tenu de retenir aucune soumission». Après avoir observé que cette clause était une «clause de style», elle a énoncé l'opinion suivante (dossier d'appel, vol. 1, page 43):

Si l'argument de la défenderesse est bien fondé, la présence de cette clause aurait pour effet de vicier tout contrat de soumission. De plus, le Ministère pourrait s'en autoriser pour choisir d'une manière complètement arbitraire entre les soumissionnaires.

Je partage cette opinion. J'ajouterais que le fait d'accorder la prépondérance à cette clause des Conditions annulerait et rendrait complètement dépourvue de sens la clause précitée des Conditions relative à l'adjudication (dossier d'appel, vol. 1,

Vol. 1, page 98). That clause specifically provides that where a tenderer is successful within more than one counter group, only one counter will be awarded and "the award will be made on the basis of the highest offer made by that tenderer in any group . . ." (emphasis added). As noted by the Trial Judge (A.B., Vol. 1, page 44):

. . . it was not argued that the award procedure clause of the tender specifications was in any way ambiguous. Both parties treated it as indicating that the highest bid by a tenderer would be chosen.

I agree with the learned Trial Judge.

*Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345 (C.A.) was an appeal by the respondent municipality from the trial decision [(1987), 28 C.L.R. 290 (B.C. Co. Ct.)] holding them liable in damages for having breached the preliminary contract A by reason of an implied term therein according to industry practice to award the contract to the lowest qualified bidder, notwithstanding a privilege or exclusion clause that "[t]he lowest or any tender will not necessarily be accepted." [at page 290], where the appellant's preferential precondition favouring local contractors had not been conveyed to the bidders. The Court of Appeal of British Columbia upheld the decision of the Trial Judge and dismissed the appeal. Legg J.A., writing the opinion of the Court, said at pages 349-350:

I am unable to accept counsel's submission that the privilege clause gave the appellant the right to exercise a local preference when that local preference was not revealed by, or stated in, the tender documents. The basis for that portion of the reasoning in *Ron Engr., supra* and for the reasoning in *M.S.K. Fin. Services Ltd.*<sup>2</sup> *supra*, giving effect to a privilege clause and relied upon by the appellant is the proposition that the tender documents have set out fully all the terms which will be incorporated into contract A once a bidder submits his bid in response to the tender documents. The concept is based upon offer and acceptance in the law of contract. But where the appellant attaches a condition to its offer, as the appellant did in the case at bar, and that condition is unknown to the respondent, the appellant cannot successfully contend that the privilege clause made clear to the respondent bidder that it had entered into a contract on the express terms of the wording of that clause. There was no consensus between the parties that the wording of the privilege clause governed. It would be inequitable to allow the appellant to take the position that the privi-

<sup>2</sup> (1987), 77 A.R. 362 (Q.B.).

page 98). Cette clause prévoit expressément qu'un soumissionnaire réussissant dans plus d'une catégorie ne se verra attribuer qu'un seul comptoir et que, dans une telle éventualité, « . . . l'adjudication se fera en fonction de l'offre la plus élevée dudit soumissionnaire . . . » (les soulignements sont ajoutés). Ainsi que l'a noté le juge de première instance (dossier d'appel, vol. 1, page 44):

. . . on n'a pas allégué la moindre ambiguïté dans la clause relative à l'adjudication figurant dans les conditions de l'appel d'offres. L'une et l'autre parties ont tenu pour acquis que l'offre la plus élevée d'un soumissionnaire serait retenue.

Je suis d'accord avec le juge de première instance.

Dans l'affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345 (C.A.), la municipalité intimée avait porté en appel la décision du juge de première instance [(1987), 28 C.L.R. 290 (C. cté C.-B.)] concluant qu'elle devait verser des dommages-intérêts pour avoir violé une clause implicite du contrat préliminaire A, selon laquelle la pratique de l'industrie voulait que le marché soit attribué au moins-disant qui remplit les conditions, malgré une clause de privilège ou d'exonération aux termes de laquelle elle [TRADUCTION] « n'accepterait pas nécessairement ni la plus basse ni aucune des soumissions. » [à la page 290], or, l'appelante n'avait pas informé les soumissionnaires de l'existence d'une condition requise tendant à accorder la préférence aux entrepreneurs locaux. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision de première instance et rejeté l'appel. Le juge Legg, exprimant l'opinion de la Cour, dit ceci (aux pages 349 et 350):

[TRADUCTION] Je ne peux pas accepter l'argument de l'avocat que la clause de privilège a donné à l'appelante le droit de choisir de préférence un entrepreneur local si cette préférence n'a pas été révélée ou énoncée dans les documents d'appel d'offres. Cette partie du raisonnement dans l'arrêt *Ron Engr., supra*, et le raisonnement dans l'affaire *M.S.K. Fin. Services Ltd.*<sup>2</sup>, précitée, appliquant une clause de privilège et invoqués par l'appelante, reposent sur la proposition que les documents d'appel d'offres renferment toutes les conditions qui seront insérées dans le contrat A quand un soumissionnaire aura présenté son offre en réponse à ces documents. Le concept est basé sur le principe de l'offre et de l'acceptation en droit des contrats. Mais si l'appelante assortit son appel d'offres d'une condition, comme en l'espèce, et que l'intimée n'en est pas informée, l'appelante ne peut pas faire valoir que la clause de privilège a indiqué clairement au soumissionnaire intimé qu'il a conclu un contrat conforme aux conditions expresses de cette clause. Les parties ne sont pas tombées d'accord que la teneur de cette clause de privilège l'emporterait. Permettre à l'appe-

<sup>2</sup> (1987), 77 A.R. 362 (B.R.).

lege clause governed when the appellant had reserved to itself the right to prefer a local contractor whose bid was within 10 per cent of the lowest bid. By adopting a policy of preferring local contractors whose bids were within 10 per cent of the lowest bid, the appellant in effect incorporated an implied term without notice of that implied term to all bidders, including the respondent. In so doing, it was in breach of a duty to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others. [Emphasis added.]

The learned Judge went on to make the following pertinent statement at page 351:

I agree with counsel for the respondent that it is inherent in the tendering process that the owner is inviting bidders to put in their lowest bid and that the bidders will respond accordingly. If the owner attaches an undisclosed term that is inconsistent with that tendering process, a term that the lowest qualified bid will be accepted should be implied in order to give effect to that process. [Emphasis added.]

In *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham* (1984), 29 B.L.R. 148 (Ont. H.C.) the plaintiff was the initial low bidder on tenders called by the defendant municipality for the sodding or seeding of soccer fields. The call for tenders reserved to the municipality the right to reject any or all tenders or to accept any tender deemed to be in its interest. After the submission of tenders but prior to acceptance, the defendant altered the terms of the tender by deleting an item pertaining to sodding, resulting in another tenderer becoming low bidder to whom the contract was awarded. The Court held that the tender and contractual documents did not permit the defendant to delete items from the tender before acceptance and that this [at page 161] “was a breach of contract or a breach of duty on the part of Chatham within the contractual relationship with the plaintiff and all the tenderers”.

The New Brunswick Court of Appeal took the opposite tack from *Chinook Aggregates* in *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701, decided before the advent of the *Ron Engineering* principle. The defendant called for tenders

lante d'affirmer que la clause de privilège était déterminante ne serait pas équitable si elle s'était réservé le droit de donner la préférence à un entrepreneur local dont la soumission n'excéderait pas l'offre la plus basse de dix pour cent. En adoptant une ligne de conduite accordant la préférence à un entrepreneur local dont la soumission n'excéderait pas l'offre la plus basse de dix pour cent, l'appelante a en fait incorporé une condition implicite sans en aviser tous les soumissionnaires, dont l'intimée. Elle a par cet acte manqué à une obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de ne pas accorder d'avantage injuste à l'un d'eux. [Non souligné dans le texte original.]

Le juge a ajouté l'observation pertinente qui suit (à la page 351):

[TRADUCTION] Je souscris à l'opinion de l'avocat de l'intimée qu'une caractéristique essentielle de l'appel d'offres veuille que le propriétaire invite les soumissionnaires à présenter leur offre la plus basse et que les soumissionnaires répondent en conséquence. Si le propriétaire inclut une condition non divulguée qui est incompatible avec cet appel d'offres, une condition voulant que l'offre la plus basse qui remplit les conditions soit acceptée doit être sous-entendue afin qu'il soit donné suite à cet appel d'offres. [Non souligné dans le texte original.]

Dans l'arrêt *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham* (1984), 29 B.L.R. 148 (H.C. Ont.), la demanderesse était la moins-disante, initialement, dans le cadre d'un appel d'offres lancé par la municipalité défenderesse relativement au gazonnage ou à l'ensemencement de terrains de soccer. Dans l'appel d'offres, la municipalité s'était réservé le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait avantageuse. Après le dépôt de soumissions mais avant leur acceptation, la défenderesse a modifié les conditions de l'appel d'offres en supprimant un élément relatif au gazonnage, de sorte qu'un autre soumissionnaire est devenu le moins-disant à qui le marché a été attribué. La Cour a décidé que l'appel d'offres et les documents contractuels ne permettaient pas à la défenderesse de supprimer des éléments de l'appel d'offres avant l'acceptation et que cela [TRADUCTION] [à la page 161] «constituait une violation du contrat ou un manquement à une obligation de la part de Chatham dans le cadre des relations contractuelles avec la demanderesse et avec tous les soumissionnaires.»

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait adopté une solution contraire à celle de l'affaire *Chinook Aggregates* dans l'affaire *Leo Lisi Ltd. v. Province of New Brunswick* (1975), 11 N.B.R. (2d) 701, qui a été tranchée avant qu'ait été énoncé le principe

for the supply of air handling units for a hospital under construction at Fredericton, N.B. The tenders were opened publicly and the plaintiff had the lowest bid of \$491,194. However, the contract was awarded to another supplier who was the third lowest bidder at \$522,796. The defendant advised the plaintiff that the reason for rejecting his bid was a preferential policy of awarding contracts to bidders located in the Maritime Provinces who were within ten percent of the low bid. The plaintiff brought an action for damages for misrepresentation against the defendant for omitting to disclose in a public tender call the reasons for which a low bid would be rejected. The Trial Judge [at (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (Q.B.)] dismissed the action on the ground that the evidence fell short of establishing that the reason for not accepting the plaintiff's low bid was the preferential policy of the defendant to award contracts to the lowest Maritime Provinces' bidders, if their bids were within ten percent of the lowest tender. The plaintiff argued that this constituted actionable misrepresentation and strongly relied on the principle enunciated in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575. The Court dismissed the appeal on the ground that the defendant was not under a duty to disclose in a tender document its "preferential policy". Bugold J.A., in delivering the judgment of the Court, set the stage for achieving that result by making the following essential characterizations [at page 707]:

While the so-called provincial or preferential policy may not have been clearly established, I think, in the present case, a reasonable and proper inference may be drawn from the particulars of this case that such a policy existed at the ministerial level and played the major role in the non-acceptance of the plaintiff's tender.

The basic question for determination is whether the defendant owed a duty to the plaintiff to disclose, in the tender documents, the "preferential policy" as one of the reasons for the tender rejection and whether the failure to do so in the instant case constituted an actionable misrepresentation.

de l'arrêt *Ron Engineering*. La défenderesse avait lancé un appel d'offres relativement à la fourniture d'appareils de climatisation destinés à un hôpital en construction à Fredericton, au Nouveau-Brunswick.

a Les plis ont été ouverts en public et la demanderesse avait présenté l'offre la plus basse, soit 491 194 \$. Toutefois, le marché a été attribué à un autre fournisseur qui avait présenté la troisième offre la plus basse, soit 522 796 \$. La défenderesse a informé la demanderesse qu'elle avait rejeté sa soumission parce qu'elle donnait la préférence aux entrepreneurs des Provinces maritimes dont la soumission n'excédait pas la plus basse soumission de plus de dix pour cent.

b La demanderesse a engagé une action en dommages-intérêts contre la défenderesse pour avoir fait une déclaration inexacte en omettant de révéler dans un appel d'offres public les raisons pour lesquelles une offre plus basse serait rejetée. Le juge de première instance [à (1975), 10 N.B.R. (2d) 449 (B.R.)] a rejeté l'action parce que la preuve n'avait pas établi que la raison pour laquelle la soumission la plus basse, celle de la demanderesse, avait été rejetée, ressortissait à une politique de la défenderesse visant à donner la préférence aux soumissionnaires des Provinces maritimes dont les offres étaient les plus basses, si elles ne dépassaient pas l'offre la plus basse de plus de dix pour cent. La demanderesse a soutenu qu'il s'agissait d'une déclaration inexacte qui donnait matière à procès et a fait vigoureusement valoir le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575. La Cour a rejeté l'appel parce que la défenderesse n'avait pas l'obligation de révéler dans un document d'appel d'offres sa «politique de traitement préférentiel». Rendant le jugement de la Cour, le juge Bugold a exposé la situation qui l'a amené à ce résultat en mettant en évidence les caractéristiques essentielles suivantes [à la page 707]:

c

d

e

f

g

h

[TRADUCTION] Certes, la prétendue politique de la province ou politique de traitement préférentiel n'a peut-être pas été établie clairement, mais je pense qu'en l'espèce, il est raisonnable et convenable d'inférer des circonstances de cette affaire qu'elle existait au niveau ministériel et qu'elle a joué le rôle principal dans le rejet de la soumission de la demanderesse.

La question fondamentale qu'il faut trancher est de savoir si la défenderesse avait, envers la demanderesse, l'obligation de l'informer, dans les documents d'appel d'offres, que la «politique de traitement préférentiel» était l'un des motifs de rejet d'une soumission et si l'omission de le faire en l'espèce constituait une déclaration inexacte qui donnait matière à procès.

The invitation to tender in the present case was not an offer to enter into a contract with the plaintiff and consequently, at the invitation to tender stage, I think there was no obligation on the part of the defendant to incorporate the ministerial preferential policy in the tender documents.

The learned Judge, after considering and rejecting the application of the *Hedley Byrne* doctrine, stated the *ratio* of the decision, at page 711:

In the case at bar, even though no contractual or fiduciary relationship existed between the plaintiff and the defendant, was the relationship between the parties such as to impose upon the defendant a legal duty to exercise such care as the circumstances required in compiling its invitation to bidder documents?

In my opinion, the defendant, having specified certain circumstances in which a tender would be rejected, was under no duty to the plaintiff, as one of the tenderers, to disclose every circumstance in which it might choose to award the contract to a bidder other than the lowest bidder. In any event, the plaintiff has no legitimate ground for complaint in view of the information contained in the "Right to Reject" clause which gave adequate warning to all bidders and which reads as follows: "The Owner reserves the right to reject any or all tenders and the lowest tender will not necessarily be accepted".

In my opinion, the *Leo Lisi* case is distinguishable by the fact that the Court found there that the invitation to tender was not an offer to enter into a contract with the plaintiff but was nothing more than an invitation to treat, whereby there was no obligation on the defendant to incorporate the preferential policy in the tender documents. Moreover, the Court was not called upon to consider the creation of any preliminary contract A resulting from the submission of a tender bid in response to a call for tenders, according to the *Ron Engineering* principle. Had that been the case, the result might well have been different. Mr. Justice Legg made reference to the *Leo Lisi* case in his reasons for judgment in *Chinook Aggregates*, *supra*, pointing out that he preferred the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, *supra*. Needless to say, I share the same view that the *Best Cleaners* case represents a better statement of the current law in terms of the application of the *Ron Engineering* principle.

L'invitation à présenter des soumissions n'était pas, en l'espèce, une offre de conclure un contrat avec la demanderesse et, par conséquent, au stade de l'appel d'offres, je pense que la défenderesse n'avait pas l'obligation d'incorporer dans les documents d'appel d'offres la politique ministérielle de traitement préférentiel.

Après avoir examiné, puis écarté, l'application de la doctrine formulée dans l'arrêt *Hedley Byrne*, le juge a exposé le *ratio* de sa décision, à la page 711:

[TRADUCTION] En l'espèce, quand même aucune relation contractuelle ou fiduciaire n'aurait existé entre la demanderesse et la défenderesse, la relation entre les parties était-elle de nature à imposer à la défenderesse l'obligation, en droit, de faire preuve de la diligence exigée par les circonstances, en rédigeant ses documents d'appel d'offres?

À mon avis, la défenderesse, après avoir spécifié certaines circonstances dans lesquelles une soumission serait rejetée, n'avait pas, envers la demanderesse, l'obligation de révéler toutes les circonstances dans lesquelles elle pourrait choisir d'attribuer le marché à un soumissionnaire autre que le moins-disant. De toute façon, la demanderesse ne peut faire valoir aucun grief légitime, étant donné l'information contenue dans la clause stipulant le «droit de rejeter» une soumission, qui donnait un avertissement suffisant à tous les soumissionnaires et qui était ainsi libellée: «Le propriétaire se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions et il n'acceptera pas nécessairement la soumission la plus basse.»

À mon avis, l'affaire *Leo Lisi* peut être distinguée en raison de la conclusion que la Cour y a tirée que l'appel d'offres n'était pas une offre de conclure un contrat avec la demanderesse mais n'était rien d'autre qu'une invitation à traiter, ne faisant aucunement à la défenderesse l'obligation d'incorporer dans les documents d'appel d'offres la politique de traitement préférentiel. Par surcroît, la Cour n'était pas appelée à tenir compte de la création d'un contrat préliminaire A découlant de la présentation de soumissions en réponse à un appel d'offres, selon le principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*. Si cela avait été le cas, le résultat aurait bien pu être différent. Dans ses motifs de jugement dans l'affaire *Chinook Aggregates*, précitée, le juge Legg s'est reporté à la décision *Leo Lisi*, soulignant qu'il préférerait le raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, précité. Il va sans dire que je souscris à son avis que la décision *Best Cleaners* représente un exposé plus exact de l'état du droit actuel pour ce qui est de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*.

For other decisions sustaining the lottery theory of tendering or otherwise limiting the application of the *Ron Engineering* principle, see: *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (Ont. H.C.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (B.C.S.C.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); and *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95 (C.A.).

*Whistler Service Park v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (B.C.S.C.) was one of the cases relied on by the defendant. The plaintiff, who was a major developer and large local contractor within the defendant resort municipality, brought an action against the municipality for damages for breach of public duty and unfairness with respect to its tendering processes in nine specific instances over the years, and also for breach of contract in the tendering procedures involving two specific work projects. I need refer only to the breach of contract aspect pertinent to these two projects. The plaintiff argued that the work should have been re-tendered in both cases. In the case of the first project, the plaintiff's bid did not comply with the terms and conditions of the call for tenders with the result that no contract A was found to have been created on the submission of the tender bid. The Court held that the contract for the second work project had been properly awarded to the low bidder, despite the existence of a contract A arising from the submission of bids. The plaintiff's action for breach of contract on these two tenders therefore failed. Harvey J., after alluding to the *Ron Engineering* case and other authorities enunciating the contract A principle, stated the following rationale for rejecting the plaintiff's tender for the second work project, at page 149:

Did the municipality's action in changing the sand requirement breach its obligations under Contract "A"? This is not a case of the municipality changing a specification set out in the tender call documents with the result that a bidder other than Sabre received the job. This is a case of the municipality

Pour d'autres décisions étayant la théorie de la loterie, en matière d'appel d'offres, ou limitant l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*, voir: *Megatech Contracting Ltd. v. Ottawa-Carleton (Regional Municipality)* (1989), 68 O.R. (2d) 503 (H.C.); *Elgin Construction Ltd. v. Russell (Twp)* (1987), 24 C.L.R. 253 (H.C. Ont.); *Whistler Service Park Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (C.S.C.-B.); *Kawneer Co. Canada (Ltd.) v. Bank of Canada* (1982), 40 O.R. (2d) 275 (C.A.); *Calgary v. Northern Construction Co.* (1985), 67 A.R. 95 (C.A.).

L'affaire *Whistler Service Park v. Whistler (Resort Municipality)* (1990), 41 C.L.R. 132 (C.S.C.-B.) a été citée par la défenderesse. La demanderesse, qui était un important promoteur et entrepreneur exerçant son activité dans le territoire de la municipalité, a engagé contre celle-ci une action en dommages-intérêts pour avoir violé ses devoirs et avoir agi de manière inéquitable dans le passé à l'occasion de neuf appels d'offres, et pour avoir rompu un contrat dans le cadre d'appels d'offres concernant deux projets de construction. Qu'il me suffise de m'arrêter à l'aspect de l'affaire qui met en jeu la rupture de contrat relative à ces deux projets. La demanderesse a affirmé qu'il aurait convenu de recommencer les appels d'offres dans les deux cas. Dans le cas du premier projet, la soumission de la demanderesse n'était pas conforme aux conditions de l'appel d'offres, de sorte que la Cour a conclu que le contrat A n'avait pas été créé lorsque la soumission a été présentée. Dans le cas du second projet, elle a conclu que le marché avait été attribué correctement au moins-disant, malgré l'existence d'un contrat A découlant de la présentation de soumissions. La demanderesse n'a donc pas eu gain de cause quant à son action pour rupture de contrat. Après avoir fait allusion à l'arrêt *Ron Engineering* et à d'autres décisions reprenant le principe du contrat A, le juge Harvey a énoncé la raison pour laquelle la soumission de la demanderesse avait été rejetée dans le cas du second projet, dans les termes suivants, à la page 149:

[TRADUCTION] En modifiant l'exigence concernant le sable, la municipalité a-t-elle manqué à ses obligations prévues au contrat A? La municipalité n'a pas, en changeant une condition énoncée dans les documents d'appel d'offres, fait en sorte qu'un autre soumissionnaire que Sabre se voie attribuer les tra-

changing a term of Contract "B" after it had properly accepted the low bid of the successful contractor.

There is no express term in the tender call document which obligates the municipality, as part of its Contract "A" with all tenderers, not to change the job specifications after selecting the low bidder. The municipality may have an implied obligation not to "rig" the bid by designing tender specifications and requirements so as to discriminatorily exclude all but its preferred contractor or just one disapproved-of contractor. However, the plaintiffs did not put forward evidence of such manipulation. [Emphasis added.]

Sabre submitted a bid on equal footing with the successful bidder and was outbid. Whatever alterations were subsequently made concerned only the parties to Contract "B"; Whistler and the successful bidder. Those alterations in no way breached any obligation owed by Whistler to Sabre or any of the other bidders pursuant to Contract "A".

*Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (F.C.T.D.); *vard* (1975), 69 D.L.R. (3d) 542 (F.C.A.) was an interesting case which raised the issue of the breach of implied terms in a contract for the construction of a fish hatchery facility on the Capilano River in North Vancouver pursuant to tender calls, and the concomitant issue of negligent misrepresentation for withholding material information from the successful bidder. The Federal Court, Trial Division, found for the plaintiff on both issues and awarded damages for breach of contract and damages for negligent misrepresentations occurring prior to the creation of any contractual relationship between the parties. The Trial Judge, Mahoney J., after alluding to a statement of law propounded by Lord Devlin in the *Hedley Byrne* case, stated the following principle with respect to the misrepresentation issue at page 98 (44 D.L.R.):

I have no difficulty in finding that the relationship between the person who invites tenders on a building contract and those who accept that invitation is such a particular relationship as to impose a duty of care upon that person so as to render actionable an innocent but negligent misrepresentation in the information which he conveys to those whom he intends to act upon it. I am further of the view that, where the information is clearly material and obviously very much in the mind of the party withholding it, as in this instance, the failure to disclose it is a breach of the duty owed.

vaux. Elle a modifié une condition du contrat B après avoir accepté régulièrement l'offre du moins-disant.

Aucune condition expresse du document d'appel d'offres n'oblige la municipalité, dans le cadre de son contrat A avec tous les soumissionnaires, à ne pas modifier les conditions relatives aux travaux après qu'elle a choisi le moins-disant. La municipalité a peut-être l'obligation implicite de ne pas «triquer» l'appel d'offres en libellant les conditions et les exigences de façon à exclure par une distinction injuste tous les entrepreneurs, sauf celui qu'elle préfère, ou à en exclure seulement celui qu'elle désapprouve. Toutefois, les demanderesse n'ont pas produit de preuve de pareil tripotage. [Non souligné dans le texte original.]

Sabre a présenté une soumission sur un pied d'égalité avec l'attributaire et elle a perdu. Les modifications apportées postérieurement, quelles qu'elles soient, ne concernaient que les parties au contrat B: Whistler et l'attributaire. Ces modifications n'ont en rien constitué un manquement à quelque obligation de Whistler, prévue au contrat A, envers Sabre ou tout autre soumissionnaire.

La décision *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *mod. par* (1975), 69 D.L.R. (3d) 542 (C.A.F.), portait sur une affaire intéressante dans laquelle avaient été soulevées la question du manquement aux conditions implicites d'un contrat de construction d'une écloserie sur la rivière Capilano à North Vancouver, par suite d'un appel d'offres, et la question concomitante de la déclaration erronée imputable à la négligence découlant de l'omission de communiquer des renseignements importants à l'attributaire. La Section de première instance de la Cour fédérale a statué en faveur de la demanderesse sur les deux questions et a accordé des dommages-intérêts pour rupture de contrat ainsi que des dommages-intérêts pour déclarations erronées imputables à la négligence qui avaient été faites avant la création de tout contrat entre les parties. Après avoir fait allusion à une règle de droit énoncée par lord Devlin dans l'affaire *Hedley Byrne*, le juge de première instance Mahoney a formulé le principe qui suit relativement à la question des déclarations erronées (à la page 98 (44 D.L.R.):

Je n'ai pas la moindre difficulté à conclure que la relation qui existe entre la personne ayant publié des appels d'offres pour un contrat de construction et celles y ayant répondu, est de nature particulière et impose à la première une obligation de diligence, de sorte qu'elle peut être poursuivie si elle fait de bonne foi, aux personnes qui s'y fieront, des déclarations erronées imputables à la négligence. De plus, j'estime que lorsque les renseignements sont importants et qu'ils sont présents à l'esprit de celui qui les cache, comme en l'espèce, de ne pas les transmettre constitue un manquement à une obligation.

The defendant appealed that judgment to the Federal Court of Appeal, and the plaintiff cross-appealed the dismissal of the claim for extras and the assessment of damages. A majority of the Court upheld the findings of the Trial Judge on the breach of contract issue on the ground that it was an implied term of every building contract that the owner would provide sufficient space around the work site to enable the contractor to carry out his work unimpeded. However, the full Court rejected the principle enunciated by Mahoney J. with respect to negligent misrepresentation, but without fully elaborating the reasons therefor. Pratte J., from whom the majority differed on the breach of contract issue, held that there was no negligent misrepresentation because the appellant in inviting tenders was under no duty to disclose its intentions with respect to another proposed project in the vicinity of the one first contracted for. Urie J., writing the majority opinion, simply allowed the appeal in respect of the damages awarded for negligent misrepresentation and reduced the *quantum* accordingly, at the same time dismissing the respondent's cross-appeal on the assessment of damages.

Cf. *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158 (C.A.). This case was an appeal by the defendant from a judgment at trial in favour of the plaintiff in an action for damages for negligent misrepresentation. The defendant, a chartered accountant and licensed trustee in bankruptcy, advertised for sale by tender the stock-in-trade of a bankrupt represented as having a certain retail value, on which the plaintiff relied in submitting his tender. The advertisement for tenders contained an exemption clause to the effect that the purchaser had inspected the goods and that no warranty or condition was expressed or could be implied with respect thereto. The Trial Judge held the defendant liable for negligent misrepresentation on the basis of the *Hedley Byrne* principle. On appeal, it was argued by the defendant that this principle did not apply because there was no special relationship between the parties giving rise to a duty of care. The Ontario Court of Appeal held that the defendant as a professional accountant and trustee in bankruptcy

La défenderesse a porté le jugement en appel devant la Cour d'appel fédérale et la demanderesse a formé un appel incident contre le rejet de la demande touchant des travaux hors-devis et contre le montant des dommages-intérêts. À la majorité, la Cour a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la question de la rupture de contrat parce que tout contrat de construction contient une condition implicite que le maître de l'ouvrage doit fournir un espace suffisant autour du chantier pour permettre à l'entrepreneur de réaliser les travaux sans entrave. Toutefois, la Cour a rejeté, en séance plénière, le principe énoncé par le juge Mahoney quant à la déclaration erronée imputable à la négligence, mais sans exposer exhaustivement les motifs de sa décision. Le juge Pratte, au jugement duquel la Cour n'a pas souscrit relativement à la question de la rupture de contrat, a conclu à l'absence de déclaration erronée imputable à la négligence parce que l'appelante, en faisant un appel d'offres, n'avait pas l'obligation de divulguer ses intentions quant à un autre projet envisagé dans les environs du premier projet, visé par le marché attribué. Au nom de la majorité, le juge Urie a simplement fait droit à l'appel relativement aux dommages-intérêts accordés pour la déclaration erronée imputable à la négligence et en a réduit le *quantum* en conséquence, tout en rejetant l'appel incident de l'intimée quant à l'estimation des dommages-intérêts.

Comparons l'arrêt *Sodd Corporation Inc. v. Tessis* (1977), 17 O.R. (2d) 158 (C.A.). Il s'agit d'un appel interjeté par le défendeur contre un jugement de première instance en faveur de la demanderesse dans une action en dommages-intérêts pour déclaration inexacte imputable à la négligence. Le défendeur, comptable agréé et syndic de faillite agréé, avait annoncé la vente aux enchères du stock d'un failli, représenté comme ayant une certaine valeur marchande; la demanderesse s'était fiée à cette annonce pour présenter sa soumission. L'annonce de l'appel d'offres contenait une clause d'exonération selon laquelle l'acheteur avait examiné les marchandises et selon laquelle celles-ci ne faisaient l'objet d'aucune garantie ou condition expresse ou implicite. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du défendeur pour déclaration inexacte imputable à la négligence suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*. En appel, le défendeur a soutenu que ce principe n'était pas applicable parce qu'aucune

was in a special relationship creating a duty of care to the plaintiff and was negligent in his representation concerning the retail value of the stock-in-trade. The rationale of the decision with respect to the application of the *Hedley Byrne* principle was thus stated by Lacourcière J.A. at page 160:

... the present case did, in fact, involve a pre-contractual negligent misrepresentation which induced the plaintiff to submit its tender, and the defendant's liability follows on the authority of *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; see also *Walter Cabott Construction Ltd. v. The Queen* (1974), 44 D.L.R. (3d) 82; varied (1975), 69 D.L.R. (3d) 542, 12 N.R. 285.

For other cases on the applicability of the *Hedley Byrne* principle, see: *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, [1977] 1 S.C.R. 51; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140 (Sask. C.A.); and *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (Q.B.). For the views of eminent textbook authors, see Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed., at pages 398-424 and Fleming, *The Law of Torts*, 7th ed., at pages 607-616.

In *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, *supra*, a majority of the Supreme Court of Canada allowed the appellant's appeal from a judgment in favour of the respondent for negligent misrepresentation by officials of the appellant municipality on the basis of the *Hedley Byrne* doctrine. The doctrine was thus explained and defined by Spence J., who wrote the majority opinion, at page 63:

I agree with Matas J.A. that if the plaintiff's claim is to succeed it must be upon the basis of the doctrine considered in the important decision of the House of Lords in *Hedley Byrne*. I quote the statement in *Charlesworth on Negligence*, 5th ed., para. 49, p. 32, as being a proper statement of the principle applied in that authority:

The House of the Lords has thus expressed the opinion that if in the ordinary course of business including profes-

relation particulière n'avait été établie entre les parties qui puisse faire naître une obligation de diligence. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le défendeur, en qualité de comptable professionnel et de syndic de faillite, avait établi une relation particulière qui avait créé une obligation de diligence envers la demanderesse et qu'il avait été négligent en décrivant la valeur au détail du stock. Le juge Lacourcière a exposé le fondement de la décision relative à l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne* dans les termes suivants, à la page 160:

[TRADUCTION] ... il y a eu dans la présente espèce, en effet, une déclaration inexacte imputable à la négligence, antérieure à la conclusion du contrat, qui a poussé la demanderesse à présenter une soumission, et la responsabilité du défendeur est engagée en conformité avec l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5; voir aussi *Walter Cabott Construction Ltd. c. La Reine*, (1974), 44 D.L.R. (3d) 82, modifiée par (1975), 69 D.L.R. (3d) 542, 12 N.R. 285.

Voici d'autres décisions sur l'applicabilité du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne: Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, [1977] 1 R.C.S. 51; *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch* (1980), 111 D.L.R. (3d) 140 (C.A. Sask.); *Sirois and Therrien v. New Brunswick Teachers Federation (N.B.T.F.) and L'Association des Enseignants Francophones du Nouveau-Brunswick (A.E.F.N.B.)* (1984), 56 N.B.R. (2d) 50 (B.R.). Pour connaître le point de vue d'auteurs éminents, voir Linden, *Canadian Tort Law*, 4<sup>e</sup> éd., aux pages 398 à 424 et Fleming, *The Law of Torts*, 7<sup>e</sup> éd., aux pages 607 à 616.

Dans l'arrêt *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, précité, la Cour suprême du Canada à la majorité a fait droit au pourvoi de l'appelante contre un jugement en faveur de l'intimée pour déclaration inexacte imputable à la négligence, faite par des responsables de la municipalité appelante, en se fondant sur la doctrine établie dans l'arrêt *Hedley Byrne*. Voici en quels termes le juge Spence, qui a écrit l'opinion de la majorité, a expliqué et défini cette doctrine, à la page 63:

J'estime, en accord avec le juge Matas, que si la réclamation de la demanderesse doit être accueillie, ce doit être sur le fondement de la doctrine exposée dans l'arrêt important de la Chambre des lords dans *Hedley Byrne*. Je cite *Charlesworth on Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., par. 49, p. 32, où on a bien formulé le principe appliqué dans cet arrêt:

[TRADUCTION] La Chambre des lords a donc déclaré que si, dans le cours ordinaire des affaires ou des relations profes-

sional affairs a person seeks advice or information from another who is not under any contractual or fiduciary obligation to give it, in circumstances in which a reasonable man so asked would know that he was being trusted or that his skill or judgment was being relied on, and such person then chooses to give the requested advice or information without clearly disclaiming any responsibility for it, then he accepts a legal duty to exercise such care as the circumstances require in making his reply; for a failure to exercise that care, an action for negligence will lie if damage or loss results.

The learned Judge, after reviewing the evidence, concluded that there was no negligence on which the respondent could base its action under the principles in the *Hedley Byrne* case, for the following reason (at page 68):

It is a requisite for liability under the *Hedley Byrne* principle that the representations be made to a person who has not expert knowledge himself by a person whom the representee believes has a particular skill or judgment in the matter, and that the representations were relied upon to the detriment of the representee.

*Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch*, *supra*, was an appeal from a judgment at trial [[1977] 6 W.W.R. 25] in favour of the plaintiff respondent in an action for damages for negligent misrepresentation, based on the application of the *Hedley Byrne* principle. Appellant, who was a manufacturer of packaged homes, recommended a particular contractor to construct the home purchased by the respondent, knowing the contractor to be bankrupt. The contractor failed to complete construction because of financial problems. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that the appellant's failure to disclose the fact of the contractor's bankruptcy constituted the breach of an actionable duty of care within the scope of the *Hedley Byrne* doctrine. Bayda J.A. alluded to the *Hedley Byrne* principle as stated in the headnote of the case reported in *All England Law Reports* and the *Charlesworth on Negligence* version approved by Spence J. in the *Porky Packers Ltd.* case, *supra*, and proceeded to make the following analysis thereof at page 151:

As noted the principle encompasses three broad elements: (1) there must exist between the person giving advice or infor-

sionnelles, on demande un renseignement ou un conseil à quelqu'un qui n'est pas tenu de les donner aux termes d'une obligation contractuelle ou fiduciaire, dans des circonstances où une personne raisonnable ainsi consultée sait qu'on lui fait confiance et qu'on se fie à sa compétence ou à son jugement, et si cette dernière décide de donner le renseignement ou le conseil demandés sans clairement se dégager de toute responsabilité, elle accepte, ce faisant, l'obligation d'exercer la diligence requise par les circonstances; en cas de préjudice, toute omission à cet égard pourra entraîner des poursuites pour négligence.

Après avoir analysé la preuve, le juge a conclu qu'aucune négligence ne pouvait être invoquée par l'intimée pour fonder son action en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne*, pour le motif suivant (à la page 68):

Pour qu'il y ait responsabilité selon les principes énoncés dans *Hedley Byrne*, il faut que la déclaration d'opinion visant une personne qui n'est pas experte, procède d'une autre qui, aux yeux de la première, possède une compétence ou un jugement particuliers en la matière, et que la première personne subisse un préjudice du fait qu'elle s'est fondée sur cette déclaration.

Dans l'arrêt *Nelson Lumber Co. Ltd. v. Koch*, précité, appel était interjeté d'un jugement rendu en première instance [[1977] 6 W.W.R. 25] en faveur de la demanderesse intimée dans une action en dommages-intérêts pour déclaration inexacte imputable à la négligence, et basée sur l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*. L'appelante, qui vendait des maisons préfabriquées, avait recommandé à l'intimé de retenir les services d'un entrepreneur pour la construction de sa maison, sachant qu'il était en faillite. L'entrepreneur n'a pas achevé la construction à cause de difficultés financières. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel parce que l'omission de l'appelante de divulguer le fait que l'entrepreneur avait fait faillite constituait un manquement à une obligation pour lequel elle pouvait être poursuivie suivant le doctrine établie dans l'arrêt *Hedley Byrne*. Le juge Bayda a fait allusion au principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne* tel qu'il est exposé dans le sommaire de l'arrêt publié dans *All England Law Reports* et dans la version tirée de *Charlesworth on Negligence* et approuvée par le juge Spence dans l'arrêt *Porky Packers Ltd.*, précité, puis il a fait l'analyse de ce principe en ces termes, à la page 151:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons vu, le principe comporte trois éléments généraux: premièrement, il doit exister, entre la

mation and the person receiving the advice, a special relationship imposing a duty of care upon the former; (2) there must occur a breach of that duty by negligent words (as distinct from negligent conduct); (3) there must be reliance by the person receiving the advice or information upon the negligent words.

See also *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.) per Lord Denning M.R. at page 820.

#### Application of the Law and Further Findings Consequent Thereon

I turn now to the issue of negligent misrepresentation. Was there in the present case a special relationship between the defendant and the plaintiff within “the broad embrace of the *Hedley Byrne* doctrine” such as to impose on the former a duty of care to disclose in the tender specifications the preferential preconditions of monopoly? In my opinion, there was not. Where are the negligent words with respect to overt advice or information sought from a person believed to have particular skill or judgment in a matter on which the seeker intended to rely, as opposed to conduct, negligent or otherwise? Mr. Justice Mahoney held to the contrary in *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen*, *supra*, but the full panel of the Federal Court of Appeal was unanimous in rejecting his finding of negligent misrepresentation based on a “particular relationship” between the person inviting tenders and those submitting tender bids. Despite the persuasive reasoning of the Ontario Court of Appeal in *Sodd Corporation Inc. v. Tessis*, *supra*, I am bound by the decision of our appellate Court, notwithstanding the paucity of its reasons with respect to the issue of negligent misrepresentation. I am further supported in my opinion by the New Brunswick Court of Appeal’s rejection of the *Hedley Byrne* principle in the *Leo Lisi* case and the reasoning of Spence J. in the Supreme Court of Canada decision in *The Pas (Town of) v. Porky Packers Ltd. et al.*, *supra*.

personne qui donne le conseil ou le renseignement et la personne qui le reçoit, une relation particulière, en sorte que la première a une obligation de diligence envers la seconde; deuxièmement, il doit y avoir eu manquement à cette obligation à cause de propos négligents (et non d’acte négligent); troisièmement, la personne qui reçoit le conseil ou le renseignement doit s’être fiée aux propos négligents.

Voir aussi l’arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.), lord Denning M.R., à la page 820.

#### Application du droit et autres conclusions en découlant

J’arrive à la question de la déclaration inexacte imputable à la négligence. Y avait-il en l’espèce, entre la défenderesse et la demanderesse, une relation particulière [TRADUCTION] «conforme aux paramètres de la doctrine établie dans l’arrêt *Hedley Byrne*», en sorte que la défenderesse avait une obligation de diligence pour ce qui est de divulguer dans le cahier des charges de l’appel d’offres les conditions requises liées à sa préférence relative au monopole? À mon avis, il n’y en avait pas. Où se trouvent les propos négligents — par opposition à un acte négligent ou autre — en ce qui concerne un conseil ou un renseignement qu’a ouvertement demandé une personne qui entendait s’y fier, à une personne considérée comme possédant une compétence ou un jugement particuliers en la matière? Le juge Mahoney a adopté la thèse contraire dans l’affaire *Cabott (Walter) Construction Ltd. v. The Queen*, précitée, mais la Cour d’appel fédérale, en séance plénière, a rejeté à l’unanimité sa conclusion qu’il y avait eu déclaration inexacte imputable à la négligence en raison de la «relation de nature particulière» qui existait entre la personne ayant publié des appels d’offres et celles y ayant répondu. Malgré le raisonnement convaincant de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Sodd Corporation Inc. v. Tessis*, précité, je suis lié par l’arrêt de notre Cour d’appel, en dépit de l’indigence de motifs justifiant sa décision sur la question de la déclaration inexacte imputable à la négligence. Mon opinion est renforcée par le rejet du principe énoncé dans l’arrêt *Hedley Byrne* par la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans l’arrêt *Leo Lisi*, ainsi que par le raisonnement du juge Spence dans l’arrêt de la Cour suprême *Le Pas (Ville de) c. Porky Packers Ltd. et autres*, précité.

I find therefore that the defendant is not liable to the plaintiff for any negligent misrepresentation or misstatement or other breach of duty sounding in tort arising from its failure to disclose in the tender documents the preconditions of monopoly.

In my opinion, the matter of liability, if any, falls to be determined on the basis of contract. I have already found it to be an implied term of any preliminary contract A arising from the submission of bids that the defendant would treat all bidders fairly in the tendering process. As I see it, the defendant's actions in that regard will have to be judged in the perspective of whether there was any breach of a duty of fairness within the contractual relationship established between the plaintiff and all the tenderers, rather than on the basis of an obligation or duty sounding in tort: see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147 per Le Dain J., at page 205; and *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham*, supra, per Craig J., at page 161. Earlier in his reasons for judgment in *Bruinsma*, Craig J. made the following significant statement (at page 156):

I think council's action is at the least unfair and at its worst it smacks of trickery for its result was to freeze out the low bidder by a comparatively trifling amount. This in light of the course of conduct that council saw fit later to adopt creates the appearance of a deliberately contrived device to prevent Bruinsma from succeeding in obtaining the contract.

A similar implied term imposing on an owner calling tenders the obligation to treat all bidders fairly and not unfairly prefer one over the other was recognized by Legg J.A. in the *Chinook Aggregates* case as being referable to a statement made by Mr. Justice Pratte in the *Best Cleaners* case, which he then proceeded to quote as follows (at page 350):

In *Ron Engineering* the Supreme Court had to deal with rights and obligations that were clearly stipulated in the tender documents. Here, the situation is different. The tender documents contained no express provision prohibiting the Crown

Je conclus donc que la responsabilité délictuelle de la défenderesse à l'endroit de la demanderesse, du fait qu'elle n'a pas divulgué dans le cahier des charges les conditions requises relativement au monopole, ne peut pas être retenue sur la base d'une déclaration inexacte imputable à la négligence ou d'une fausse déclaration ou d'un autre manquement à une obligation.

À mon avis, la question de responsabilité, s'il en est, doit être tranchée selon les règles du droit des contrats. J'ai déjà conclu que tout contrat préliminaire A découlant de la présentation de soumissions contenait une condition implicite que la défenderesse devait traiter tous les soumissionnaires équitablement dans le cadre du processus de l'appel d'offres. Selon mon interprétation, les actions de la défenderesse à cet égard doivent être jugées par rapport à la question de savoir s'il y a eu manquement à une obligation d'agir équitablement dans le cadre de la relation contractuelle établie entre la demanderesse et tous les soumissionnaires, plutôt que par rapport à une obligation ou un devoir défini selon les règles de la responsabilité délictuelle: voir l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, le juge Le Dain, à la page 205; l'affaire *Bruinsma (Ben) & Sons Ltd. v. Chatham*, précitée, le juge Craig, à la page 161. Plus haut dans ses motifs de jugement dans l'affaire *Bruinsma*, le juge Craig a formulé l'importante observation suivante (à la page 156):

[TRADUCTION] Je crois que l'action du conseil est à tout le moins injuste et, en mettant les choses au pis, qu'elle sent la supercherie car elle a eu pour résultat d'écarter le moins-disant en raison d'un écart relativement insignifiant. Cela, étant donné la ligne de conduite que le conseil a trouvée bon d'adopter plus tard, donne à entendre qu'il a conçu à dessein un moyen artificiel d'empêcher Bruinsma d'obtenir le marché.

Dans l'arrêt *Chinook Aggregates*, le juge Legg a reconnu qu'une condition implicite semblable, faisant à un propriétaire qui lance un appel d'offres l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et de ne pas accorder de traitement préférentiel à l'un d'eux, pouvait être rapprochée du point de vue exprimé par le juge Pratte dans l'affaire *Best Cleaners*, qu'il a ensuite cité (à la page 350):

Dans l'affaire *Ron Engineering*, la Cour suprême devait examiner des droits et obligations clairement stipulés dans les documents de soumission. En l'espèce, la situation est différente. Les documents de soumission ne renfermaient aucune

from entering into negotiations with the bidders and changing the terms of the proposed contract. If the Crown was nevertheless prohibited from doing those things, the source of that prohibition could only be found in some implied terms of the unilateral contract resulting from the making of the tender. Those implied terms were not the subject of the Supreme Court's decision. In my opinion, they do nevertheless exist. I would not however describe them in the same manner as counsel for the appellant. In my view, they simply impose on the owner calling the tenders the obligation to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others. [Emphasis mine.]

Actually, the passage so quoted in an *obiter* statement from the dissenting reasons for judgment of Pratte J., who dismissed the appeal on grounds of the lack of any pleaded allegation and supporting evidence of a simulated transaction with respect to the two-year contract entered into by the Crown. Nonetheless, I consider that the statement of Mr. Justice Pratte regarding the implied term of contract A imposing on owners a duty to treat all bidders fairly represents an accurate statement of the law in the particular context in which it was uttered, as did Legg J.A. in the *Chinook Aggregates* case.

Applying the *Ron Engineering* principle, I am of the opinion that a preliminary, unilateral contract A was created between the defendant and the plaintiff on the submission of the latter's tender bid. It goes without saying that similar contracts A were formed between the defendant and each of the other bidders on Tender 50. From the standpoint of the plaintiff's case, this preliminary contract A contained the implied term or obligation to treat all bidders fairly in the sense of not giving any of them an unfair advantage over the others, as I have already found to be the fact. I also found as a fact that the defendant rigged the bid against the plaintiff in the tendering process for Tender 50 by adopting as its governing criteria for the awarding of the tender conditions which excluded the plaintiff from any consideration whatever, and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded.

disposition interdisant expressément à la Couronne d'entamer des négociations avec les soumissionnaires et de modifier les conditions du contrat envisagé. Si ces gestes étaient néanmoins interdits à la Couronne, cette interdiction ne pouvait provenir que de quelques conditions implicites du contrat unilatéral résultant de la présentation de la soumission. Ces conditions implicites n'ont pas fait l'objet de la décision de la Cour suprême. Je suis néanmoins d'avis qu'elles existent bel et bien. Toutefois, je ne les décrirais pas de la même façon que l'avocat de l'appelante. Selon moi, elles ne font qu'imposer au propriétaire qui présente un appel d'offres l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de n'accorder à aucun d'entre eux un avantage indu sur les autres.» [Non souligné dans le texte original.]

En réalité, le passage cité est une opinion incidente émise par le juge Pratte dans ses motifs de dissidence. Il aurait rejeté l'appel parce qu'on n'avait pas allégué que le contrat d'une durée de deux ans conclu par la Couronne était une transaction simulée, ni présenté d'éléments de preuve à cet effet. Néanmoins, j'estime que l'opinion du juge Pratte au sujet de la condition implicite du contrat A qui fait aux propriétaires l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires représente un exposé exact de l'état du droit dans le contexte particulier dans lequel elle a été émise, tout comme celle du juge Legg dans l'affaire *Chinook Aggregates*.

Appliquant le principe énoncé dans l'arrêt *Ron Engineering*, je suis d'avis qu'un contrat préliminaire, unilatéral, ou contrat A, a été conclu entre la défenderesse et la demanderesse quand cette dernière a présenté sa soumission. Il va sans dire que des contrats A semblables ont été conclus entre la défenderesse et chacun des autres soumissionnaires dans le cadre de l'appel d'offres n° 50. En ce qui concerne la position de la demanderesse, ce contrat préliminaire A contenait la condition implicite ou l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires en ce sens qu'aucun ne se voit accorder d'avantage indu sur les autres; or, j'ai déjà conclu que tel avait été le cas. J'ai également conclu que la défenderesse avait truqué l'appel d'offres au détriment de la demanderesse dans le processus de l'appel d'offres n° 50 en adoptant comme critères déterminants pour l'attribution du marché des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué.

Considering the evidence in its entirety, I find that this preliminary contract A also contained an implied term or obligation to award the contract on Tender 50 to the lowest qualified bidder, given the case of a call for public tenders by a Crown corporation for the supplying of a pilot boat service where cost or price would have to be an important criterion in the evaluation of tenders and the ultimate accountability of such Crown corporation to the Parliament of Canada for the conduct of its affairs. It seems to me that this is implicit from the plain meaning of the words contained in the defendant's own tendering manual and according to the weight of the evidence. Captain Slater had testified under cross-examination to a customary low bidder practice. When questioned on redirect examination regarding his "expectations with respect to Tender 50", he replied to the effect that they expected to be treated fairly and had presumed they would be likely to get the contract, based on the low bidder concept and from the fact of having the right equipment.

There is no question here that the plaintiff met all the terms and conditions of the specifications set out in the call for tenders, but that its low bid failed because of the defendant's apprehensions regarding monopoly. Does the exclusion or disclaimer or privilege clause, call it what you will, entitle the defendant to ignore the implied terms of the preliminary contracts A arising from the submission of the tender bids by attaching to its tender call preferential preconditions which were not disclosed or communicated to the bidders? In my opinion, it does not. I adopt the reasoning of Legg J.A. in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, *supra*, that the defendant, by attaching the undisclosed preconditions of monopoly to its tender offer, deprived itself of any benefit or advantage afforded by the disclaimer clause because it would be inequitable to allow that clause to govern in the face of the contractual duty or obligation to treat all bidders fairly. In the result, I find that the defendant has breached the preliminary contract A with the plaintiff and is *prima facie* liable in damages.

Prenant en considération l'ensemble de la preuve, je conclus que ce contrat préliminaire A renfermait aussi la condition implicite ou l'obligation d'attribuer le marché, dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, au moins-disant qui remplissait les conditions, puisqu'il s'agissait d'un appel d'offres public, lancé par une société d'État et concernant la fourniture de services de bateau-pilote, pour lequel le coût ou le prix devait être un critère important de l'évaluation des soumissions, et puisque cette société d'État devait en définitive rendre compte de sa gestion devant le Parlement fédéral. Cela m'apparaît ressortir implicitement du sens ordinaire des mots employés dans le propre manuel des appels d'offres de la défenderesse, ainsi que du poids de la preuve. Le capitaine Slater avait témoigné lors du contre-interrogatoire que la pratique était l'attribution au moins-disant. Quand il a été interrogé lors du nouvel interrogatoire principal au sujet de ses [TRADUCTION] «attentes quant à l'appel d'offres n° 50», il a répondu qu'ils s'attendaient à être traités équitablement et qu'ils avaient présumé qu'ils obtiendraient vraisemblablement le marché, vu le principe de l'attribution au moins-disant et le fait qu'ils possédaient le bon matériel.

Il n'y a aucun doute qu'en l'espèce, la demanderesse remplissait toutes les conditions du cahier des charges énoncées dans l'appel d'offres, mais que son offre, qui était la plus basse, n'a pas été retenue à cause des craintes de la défenderesse au sujet du monopole. La clause d'exonération ou de dénégalion ou de privilège, appelons-la comme on voudra, donnait-elle à la défenderesse le droit de ne pas tenir compte des conditions implicites des contrats préliminaires A découlant de la présentation des soumissions, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence, qui n'ont pas été divulguées ou communiquées aux soumissionnaires? À mon avis, la réponse est non. Je fais mien le raisonnement du juge Legg dans l'affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, précitée, selon lequel la défenderesse, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, relativement au monopole, qui n'ont pas été divulguées, s'est privée des avantages que lui procurait la clause d'exonération car il ne serait pas équitable de permettre que cette clause l'emporte sur l'obligation contractuelle de traiter équitablement tous les soumissionnaires. Par conséquent, je conclus que la défenderesse a dérogé au

contrat préliminaire A conclu avec la demanderesse et doit, à première vue, verser des dommages-intérêts à cette dernière.

### The Equitable Defences and Related Matters

In its amended defence, the defendant pleads the equitable doctrine of “clean hands” and the sweeping maxim that “equity suffers no wrong without a remedy” and alleges that the plaintiff improperly interfered with the tendering process. The evidence said to support these pleas and the allegation of wrongful interference, coupled with the submissions of defendant’s counsel, point the finger of suspicion to a conspiracy between the one-time Executive Director of Incor, Bruce Jardine, and Captain Slater with respect to Alec Gay’s application for Incor funding and the leaking of information by Jardine to Slater regarding Captain Gay’s bid on Tender 50, thereby enabling the latter to undercut the Gay bid. The other wrongful interference imputed to Captain Slater relates to an alleged bribe he offered Edward Yorke Barrington at their meeting in the dining room of the Isle Royal Motel in Sydney, Nova Scotia, in late February of 1987. Barrington was the owner and operator of the tug *Offshore Diver*, which was being utilized by Captain Gay as a back-up vessel for his Strait of Canso contract until the vessel he had purchased in New York, *Chapel Hill*, could be brought into service. According to Mr. Barrington, Alick Slater offered the bribe during the course of their meeting in the motel dining room by stating: “Well, just how much would it take to have you not fill in for Alec Gay?”, or words to that effect. Mr. Barrington professed to be shocked by this blatant bribery attempt. However, the matter only came prominently to light on or about December 8, 1991 as the result of investigative efforts on the part of the defendant’s private investigator, John E. Norton.

Plaintiff’s counsel takes the position that these allegations and any evidence bearing thereon are totally irrelevant by reason that Alick Slater and Bruce Jardine are not parties to the present action nor

### a Les moyens de défense en equity et les questions connexes

Dans sa défense modifiée, la défenderesse invoque la doctrine d’*equity* qui exige une «conduite irréprochable» et la maxime générale voulant que «l’*equity* ne laisse passer aucune injustice», et elle allègue que la demanderesse s’est immiscée indûment dans le processus des appels d’offres. Les éléments de preuve qui étayeraient, selon elle, ces moyens de défense, et l’allégation d’immixtion indue, conjugués aux arguments de l’avocat de la défenderesse, font peser des soupçons de complot sur l’ex-directeur administratif d’Incor, Bruce Jardine, et sur le capitaine Slater relativement à la demande de prêt d’Alec Gay adressée à Incor et à la divulgation de renseignements par Jardine à Slater au sujet de la soumission du capitaine Gay en réponse à l’appel d’offres n° 50, permettant au premier de faire une offre inférieure à celle du second. L’autre acte d’immixtion indue imputé au capitaine Slater se rapporte à un prétendu pot-de-vin qu’il aurait offert à Edward Yorke Barrington lors de leur réunion dans la salle à manger du Isle Royal Motel de Sydney, en Nouvelle-Écosse, vers la fin de février 1987. Barrington était le propriétaire exploitant du remorqueur *Offshore Diver*, que le capitaine Gay utilisait comme bateau de réserve pour son contrat concernant le détroit de Canso jusqu’à ce que le navire qu’il avait acheté à New York, le *Chapel Hill*, puisse être mis en service. D’après M. Barrington, Alick Slater a offert le pot-de-vin durant leur réunion dans la salle à manger du motel, en disant: [TRADUCTION] «Eh bien, combien au juste demandez-vous pour ne pas remplacer Alec Gay temporairement?», ou quelque chose du genre. M. Barrington s’est dit stupéfié par cette tentative flagrante de corruption. Toutefois, l’affaire n’a vraiment été mise en lumière que vers le 8 décembre 1991 par suite d’enquêtes faites par John E. Norton, détective privé dont la défenderesse avait retenu les services.

L’avocat de la demanderesse soutient que ces allégations et tout élément de preuve s’y rattachant ne sont absolument pas pertinents parce que Alick Slater et Bruce Jardine ne sont pas parties à la présente

indeed any action in which these allegations of bribery and conspiracy are brought directly in issue. I quite agree. In my view, the equitable defences pleaded would only avail the defendant where the relief or remedy sought in respect of the conduct complained of on the part of Slater and Jardine was made the subject of a separate action or asserted by way of counterclaim, which is not the present case. Moreover, I am not persuaded that Captain Slater was in any legal sense the *alter ego* of the plaintiff company with respect to the matters complained of. However, the matters do go to the issue of credibility and I propose to deal with them on that footing.

Mr. Barrington's memory was sketchy regarding specific details surrounding the incident in the Isle Royal Motel and yet his recollection of the exact words said to have been spoken by Alick Slater was letter perfect almost four years after the event. He says he told his wife about it on returning home and may have reported the incident to Alex Gay that same evening. He claims to have also told his partner shortly afterwards. Nothing more was said until December 8, 1991 when Captain Gay called him about being interviewed by the investigator, Mr. Norton. I consider Mr. Barrington's version of what Slater is alleged to have said to him at their meeting in the Isle Royal Motel in late February of 1987 a little too pat and prone to the power of suggestion to be completely credible. In short, I accept Captain Slater's unequivocal denial of ever having offered a bribe to Mr. Barrington. Furthermore, I find no evidence to support the defendant's contention that the much maligned Executive Director of Inco, Bruce Jardine, and Alick Slater were party to a conspiracy to sabotage Alex Gay's application for Inco funding or undercut his bid on Tender 50. Mr. Jardine testified that he never saw Gay's complete and final bid package (Exhibit D-20) in the Inco file and denies ever having leaked details of the same to Captain Slater, and I believe him on both scores.

It follows therefore that the defendant's equitable pleas are no defence to the liability for breach of contract.

action ni du reste à aucune action dans laquelle ces allégations de corruption et de complot sont directement mises en cause. Je suis tout à fait d'accord. À mon avis, la défenderesse ne pourrait faire valoir les moyens de défense fondés sur l'*equity* que si la réparation demandée à l'égard des actes dont elle se plaint et qui sont imputables à Slater et à Jardine faisait l'objet d'une action distincte ou d'une demande reconventionnelle, ce qui n'est pas le cas. Au surplus, je ne suis pas persuadé que le capitaine Slater ait été, en droit, l'*alter ego* de la société demanderesse quant aux questions visées par ce grief. Toutefois, ces questions touchent la crédibilité et je me propose de les examiner dans cette optique.

M. Barrington ne se souvenait pas de tous les détails de l'incident du motel Isle Royal et pourtant il s'est parfaitement rappelé les mots exacts qu'aurait prononcés Alick Slater presque quatre ans après le fait. Il dit en avoir informé son épouse à son retour à la maison et peut-être avoir signalé l'incident à Alex Gay le même soir. Il prétend en avoir parlé aussi à son associé peu après. Rien d'autre n'a transpiré avant le 8 décembre 1991, au moment où le capitaine Gay lui a téléphoné pour l'informer qu'il avait été interrogé par le détective Norton. Je considère que la version de M. Barrington de ce que lui aurait dit Slater lors de la réunion tenue au Isle Royal Motel vers la fin de février 1987 s'apparente un peu trop à une réponse toute prête et sujette à changer sous l'influence de la suggestion pour être tout à fait vraisemblable. Bref, j'accepte la dénégation catégorique du capitaine Slater qui dit n'avoir jamais offert de pot-de-vin à M. Barrington. Par surcroît, aucun élément de preuve n'appuie, à mon sens, l'assertion de la défenderesse que le directeur administratif tant calomnié d'Inco, Bruce Jardine, et Alick Slater ont participé à un complot visant à saboter la demande de prêt présentée à Inco par Alex Gay ou à présenter une offre inférieure à la sienne en réponse à l'appel d'offres n° 50. M. Jardine a témoigné qu'il n'avait jamais vu la teneur intégrale et définitive de la soumission de Gay (pièce D-20) dans le dossier d'Inco et il nie en avoir jamais divulgué des détails au capitaine Slater. J'ajoute foi à ces deux affirmations.

Il s'ensuit donc que les moyens de défense de la défenderesse fondés sur l'*equity* ne sont pas opposables à l'action en responsabilité contractuelle.

Assessment of Damages

I turn now to the assessment of the plaintiff's damages for breach of contract, based on loss of profit or earnings projected over a five-year period. The plaintiff claimed for loss of profit on both Tender 48 and Tender 50. Incidentally, the plaintiff chose in its statement of claim to set the limit of these damages at \$350,000. I have already found that the defendant incurred no liability to the plaintiff with respect to Tender 48 so I can confine myself to the damages attributable to the breach of the preliminary contract A on Tender 50. Opinion evidence was adduced from the plaintiff's expert accounting witness, Oscar Boyd Tilley, who swore an affidavit of his proposed evidence on November 28, 1991.

The plaintiff's expert testified on his examination-in-chief to the methodology employed. Without going into elaborate detail, Mr. Tilley reviewed the financial statements of the plaintiff prepared by its Chartered Accountant, Leo D. Sears, for the two-year period ending December 31, 1986 and, based on information provided by corporate management, postulated nine assumptions supporting his projection of the likely earnings of the plaintiff over the five-year period ending March 31, 1992, had it been awarded the contract on Tender 50. His initial calculations showed net earnings, after taxes, of \$49,826 for 1988, \$58,028 for 1989, \$61,396 for 1990, \$73,415 for 1991 and \$86,646 for 1992 for a cumulative total of \$329,311.

Mr. Tilley admitted on cross-examination to the possibility of having committed three major errors in his assumptions relative to his lost earnings projections on Tender 50, namely:

(1) by utilizing an assumed 3% inflation rate add-on to expenses over the five-year period of the contract instead of the annual inflation rates indicated by The Consumer Price Index For Canada for the same period, averaged at 4.9%;

Évaluation des dommages-intérêts

J'arrive à l'évaluation des dommages-intérêts dus à la demanderesse en raison de la rupture de contrat, en fonction du manque à gagner sur une période de cinq ans. La demanderesse veut être indemnisée du manque à gagner à l'égard des appels d'offres n<sup>os</sup> 48 et 50. Soit dit en passant, la demanderesse a choisi de limiter, dans sa déclaration, ces dommages-intérêts à 350 000 \$. J'ai déjà conclu que la défenderesse n'avait pas engagé sa responsabilité envers la demanderesse quant à l'appel d'offres n<sup>o</sup> 48 de sorte que je peux m'arrêter seulement au préjudice imputable à la rupture du contrat préliminaire A dans le cadre de l'appel d'offres n<sup>o</sup> 50. Oscar Boyd Tilley, comptable expert cité comme témoin par la demanderesse, dont le témoignage a été consigné dans un affidavit préparé en vue de sa déposition le 28 novembre 1991, nous a fait part de son opinion.

Lors de l'interrogatoire principal, l'expert cité par la demanderesse a exposé sa méthodologie. Sans entrer dans le détail, M. Tilley a étudié les états financiers de la demanderesse préparés par son comptable agréé, Leo D. Sears, pour la période de deux ans se terminant le 31 décembre 1986, et, sur la base des renseignements fournis par les dirigeants de la société, a posé neuf hypothèses justifiant ses pronostics des revenus probables de la demanderesse durant la période de cinq ans prenant fin le 31 mars 1992, au cas où le marché lui aurait été attribué dans le cadre de l'appel d'offres n<sup>o</sup> 50. Ses premiers calculs indiquaient des bénéfices nets, après impôts, de 49 826 \$ pour 1988, de 58 028 \$ pour 1989, de 61 396 \$ pour 1990, de 73 415 \$ pour 1991 et de 86 646 \$ pour 1992, soit au total: 329 311 \$.

Lors du contre-interrogatoire, M. Tilley a admis qu'il était possible qu'il ait commis trois erreurs d'importance dans ses hypothèses relatives aux pronostics de pertes de revenus au regard de l'appel d'offres n<sup>o</sup> 50, savoir:

(1) appliquer un taux d'inflation présumé de 3 % aux dépenses sur la durée de cinq ans du contrat au lieu des taux d'inflation annuels indiqués par l'indice des prix à la consommation du Canada pour la même période, établi en moyenne à 4,9 %;

(2) by neglecting to include as a foreseeable expense during the whole five-year period a cost figure of \$10,000 incurred for "Vessel Hire" in 1986; and

(3) by mistakenly assuming an annual reduction of \$28,000 in wages and employee benefits in his projections relative to Tender 50 through a reduction of crew to three members, instead of the actual crew complement of four members required by the more onerous manning terms of the tender specifications.

The following evidence from Mr. Tilley's cross-examination is particularly illustrative with respect to item (3):

Q. Right. The difference being that in tender 48 you could leave it unmanned when it wasn't in use. In tender 50 you could never leave it unmanned. It had to be partially manned. Now, let's look at the mathematical implications of what we've been talking about—or financial implications. By overlooking this extra man on paper you effected a cost saving in expenses of 28,000 a year. Right?

A. Plus 3% inflation. Right.

Q. Plus 3% inflation, which we've added on. So it's more than 28,000 a year. And over the life of the five year contract we're talking about 140,000 plus interest. Right?

A. Yes. Less income taxes.

Q. Without getting into the other calculations. So in effect what you've done is you've decreased expenses by 140,000 plus inflation and you've increased earnings by the same amount. Right?

A. Yes

Q. Do you have a calculator handy?

A. I'm sorry. I don't.

Q. Can you calculate for us what the actual figure is, 140 plus interest? What are we talking about?

A. It will take me a while. Do you wish to inflate it by 3% annually?

Q. Well, at this point you can do that because that's the figure you've used.

A. Let me understand the calculation you require. Could you repeat the —

Q. Well, what I'm saying is add in the extra man. Just talking about that one man. I want to know to what extent — what is the full extent to which you've reduced expenses

(2) négliger d'inclure à titre de dépense prévisible sur toute la durée de cinq ans un coût de 10 000 \$ supporté à l'égard de la location de navire en 1986;

(3) supposer erronément, dans ses pronostics relatifs à l'appel d'offres n° 50, une réduction annuelle de 28 000 \$ des salaires et avantages sociaux des employés attribuable à la diminution de l'effectif, soit un équipage de trois hommes au lieu des quatre exigés par les conditions plus coûteuses du cahier des charges.

Voici un passage du témoignage de M. Tilley lors du contre-interrogatoire qui est particulièrement révélateur quant au troisième élément ci-dessus:

[TRADUCTION] Q. C'est exact. La différence, c'est que dans l'appel d'offres n° 48, on pouvait se passer d'équipage quand le bateau n'était pas utilisé. Dans le cas de l'appel d'offres n° 50, on ne pouvait jamais se passer d'équipage. Un effectif partiel était exigé. Considérons maintenant les conséquences de ce dont nous avons parlé sur les calculs — les conséquences financières. En ne tenant pas compte de cet homme supplémentaire dans les calculs, vous réduisez les dépenses de 28 000 \$ par an. N'est-ce pas?

R. Plus 3 % d'inflation. C'est exact.

Q. Plus 3 % d'inflation, que nous avons ajouté. Alors, c'est plus de 28 000 par an. Et pendant la durée du contrat de cinq ans, cela représente environ 140 000 plus les intérêts. N'est-ce pas?

R. Oui. Moins les impôts.

Q. Sans entrer dans les autres calculs. Alors, en fait, ce que vous avez fait, c'est réduire les dépenses de 140 000 plus l'inflation et augmenter les revenus d'autant. N'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Avez-vous une calculatrice sous la main?

R. Non, je suis désolé. Je n'en ai pas.

Q. Pouvez-vous calculer pour nous le chiffre exact, 140 plus les intérêts? De quelle somme parlons-nous?

R. Cela va me prendre un peu de temps. Voulez-vous le rajuster pour l'inflation selon un taux de 3 % par an?

Q. Eh bien, tant qu'à faire, allez-y puisque c'est le taux que vous avez utilisé.

R. Je veux bien comprendre ce que vous voulez calculer. Pourriez-vous répéter le —

Q. Eh bien, ce que je veux dire, c'est ajouter l'homme supplémentaire. Il s'agit seulement de cet homme-là. Je veux savoir dans quelle mesure — à quel point avez-

and inflated earnings when you add in the interest on that amount as well?

A. If wages had — if salaries had not reduced from four to three the earnings for the five year period would be less by 148,600.

Q. 148 —

A. Plus — I'm not able to quickly do the interest factor here.

Q. Just an approximation. 148,600. Is that what you're saying?

A. Yes. Plus approximately fifteen thousand dollars (\$15,000.00) interest.

Q. Plus 15,000 interest. So we're talking about —

A. 163,000 before tax reduction in earnings.

Q. That's a fair bit of money, isn't it, 163,000 if that's your approximate figure?

A. Yes.

Q. We won't hold you to that being mathematically accurate, but around there.

A. Yes.

Q. And if in fact what happened here was based on an incorrect assumption, this is a rather significant and major error, isn't it?

A. Yes.

By agreement of counsel, an undertaking was given at the conclusion of Mr. Tilley's testimony that he would revise his projected earnings calculations on both Tender 48 and Tender 50, having regard to the three major assumptive errors, and file amended schedules of projected earnings on both tenders, which would be treated as the defendant's evidence. The undertaking was complied with and filed as Exhibit D-33. Exhibit D-33 discloses that Mr. Tilley chose to apply the inflation factor indicated for each year instead of the weighted average of 4.9 percent for the whole period.

In my view, the final result as it pertains to the schedule of projected earnings for Tender 50 is inexplicable, inconclusive and inordinately low, having regard to the overall weight of evidence. The revised figures for net earnings over the five-year period ending March 31, 1992 show the following results: for 1988, \$9,106, for 1989, \$11,314, for 1990, \$5,521, for 1991, \$9,174 and for 1992, \$9,464, for cumulative total of \$44,580. Defendant's counsel makes the point in his written brief that the original cumulative

vous réduit les dépenses et augmenté les revenus, si vous y ajoutez les intérêts?

R. Si les salaires n'étaient pas passés de quatre à trois, les revenus pour la période de cinq ans seraient diminués de 148 600.

Q. 148 —

R. Plus — Je suis incapable de calculer rapidement les intérêts ici.

Q. Juste une approximation. 148 600. C'est ce que vous dites?

R. Oui. Plus environ quinze mille dollars (15 000 \$) d'intérêts.

Q. Plus 15 000 d'intérêts. Alors, nous parlons de —

R. Des revenus de 163 000 avant la soustraction des impôts.

Q. C'est une jolie somme, n'est-ce pas, 163 000, si c'est votre calcul approximatif?

R. Oui.

Q. Nous n'allons pas exiger de vous un calcul rigoureusement exact, mais c'est la somme approximative.

R. Oui.

Q. Et si, en fait, ce qui s'est produit ici était fondé sur une hypothèse inexacte, c'est une erreur assez importante, n'est-ce pas?

R. Oui.

Avec l'assentiment des avocats, M. Tilley s'est engagé à la fin de son interrogatoire à réviser ses pronostics des revenus à l'égard des appels d'offres nos 48 et 50, en tenant compte des trois erreurs d'importance commises dans ses hypothèses, et à déposer des tableaux modifiés des revenus prévus au regard des deux appels d'offres, qui seraient tenus pour la preuve de la défenderesse. L'engagement a été respecté et les documents forment la pièce D-33. On y constate que M. Tilley a choisi d'appliquer le taux d'inflation indiqué pour chaque année au lieu de la moyenne pondérée de 4,9 pour cent pour toute la période.

À mon avis, le résultat en ce qui a trait au tableau des revenus prévus à l'égard de l'appel d'offres n° 50 est inexplicable, peu concluant et excessivement bas, eu égard au poids de l'ensemble de la preuve. Les calculs révisés des revenus nets pour la période de cinq ans se terminant le 31 mars 1992 donnent les résultats suivants: pour 1988, 9 106 \$, pour 1989, 11 314 \$, pour 1990, 5 521 \$, pour 1991, 9 174 \$ et pour 1992, 9 464 \$, soit au total 44 580 \$. L'avocat de la défenderesse fait remarquer dans son mémoire

earnings figure of \$329,311 is approximately 738% higher than the cumulative net earnings total of \$44,580 shown in the revised schedule of projected earnings on Tender 50. I am unable to credit or accept that such a monumental difference could be attributable to the so-called three major errors which were so painstakingly explored during the course of the witness' cross-examination. However, before delving further into the realm of figures there are several legal points which must be addressed and resolved.

In *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, *supra*, the Trial Judge, Madam Justice Reed, allowed the plaintiff damages of \$232,500 based on the excess amount of its bid and rejected as being "just too remote" the alternative damages claim for loss of profit on what might have been earned had Avis been forced off the airport. The Court of Appeal upheld her rejection of the damages claimed for loss of profit based on Hertz' expectation interest. Heald J.A. stated the following rationale for his opinion on the point at pages 165-166:

From this evidence, I think it clear, that in so far as Transport Canada was concerned, it was not in their "reasonable contemplation" that Avis would be forced off-airport at the time the tenders were submitted. At that point in time, they did not know what the amounts of the tenders were going to be. At that juncture, everything was speculative. Accordingly, neither the objective nor the subjective test of *Hadley v. Baxendale* were met in the circumstances of this case, in my view.

Stone J.A., who agreed with his colleague in the final result, felt constrained to make some additional observations on the damages aspect, wherein he stated, *inter alia*, at page 170:

I agree that the expectation interest is not compensable. The preliminary or initial contract came into existence when Hertz submitted its bid in conformity with the Specifications. It was breached by non-compliance with the Award Procedure clause. I do not consider this to be the classic breach of contract scenario with a single contract, two parties and loss of profits stemming directly from the breach. Some factors are unique to the present situation. Here we have multiple double contracts (initial and final), breaches of the initial contracts, numerous parties and indirect loss of additional profits based upon the continued presence of Avis at the airports. Notwithstanding these breaches, a number of final contracts did come into existence.

que le total initial des revenus, soit 329 311 \$, est environ 738 % plus élevé que le total des revenus nets, c-à-d. 44 580 \$, indiqué dans le tableau révisé des pronostics des revenus à l'égard de l'appel d'offres n° 50. Je ne peux pas croire ou accepter qu'une différence aussi monumentale puisse être attribuable aux trois prétendues erreurs d'importance qui ont été examinées avec tant de soin au cours du contre-interrogatoire du témoin. Toutefois, avant d'étudier les chiffres plus à fond, il faut examiner et trancher plusieurs points de droit.

Dans l'affaire *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, précitée, Madame le juge Reed, en première instance, a accordé à la demanderesse 232 500 \$ en dommages-intérêts calculés en fonction du montant supplémentaire qu'elle avait offert et a refusé d'accorder des dommages-intérêts en compensation du manque à gagner causé par le fait qu'Avis n'a pas été exclue des aéroports, parce que ces dommages-intérêts visaient un préjudice «tout simplement trop éloigné». La Cour d'appel a confirmé le refus d'accorder une indemnité proportionnelle à l'expectative de Hertz (manque à gagner). L'opinion du juge Heald, J.C.A., sur ce point est fondée sur le raisonnement suivant (aux pages 165 et 166):

À mon sens, il ressort clairement de cette déposition que Transports Canada ne pouvait «raisonnablement prévoir» l'exclusion d'Avis de l'aéroport, à l'époque où les offres ont été soumises. À ce moment, ce ministère ne savait pas quels montants seraient offerts; il ne pouvait faire que des conjectures. J'estime donc que, en l'espèce, il n'est satisfait ni au critère objectif ni au critère subjectif énoncés dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*.

Le juge Stone, J.C.A., qui a souscrit à l'opinion de son collègue quant au résultat, s'est senti obligé d'ajouter des observations sur la question des dommages-intérêts, disant entre autres ce qui suit (à la page 170):

Je suis d'accord pour dire que le préjudice lié à l'expectative n'est pas compensable. Le contrat préliminaire ou initial est né lorsque Hertz a présenté son offre conformément aux conditions de l'appel d'offres. L'appelante a violé son contrat en ne se conformant pas à la clause relative à l'adjudication figurant dans l'appel d'offres. Je ne considère pas que le déroulement des faits de l'espèce correspond au scénario classique de la rupture de contrat, qui met en jeu un unique contrat, deux parties et une perte de profits résultant directement de cette rupture. Certains facteurs sont particuliers à la situation actuelle. En l'espèce, nous sommes en présence de nombreux doubles contrats (initiaux et définitifs), de ruptures des contrats ini-

One such contract gave Hertz a counter at the airports and left Hertz to profit by that contract if it could. It is not complained that the breach caused Hertz to lose profits under its final contract but that the configuration resulting from the breach prevented Hertz from gaining additional profits from a share of Avis' business. I agree that loss of those profits is not compensable because they are too remote according to the test enunciated in *Hadley v. Baxendale*. [Emphasis added.]

The emphasized passages from Stone J.A.'s reasons amply serve to distinguish *Best Cleaners* from the present case, where loss of profits directly occasioned by the breach of contract A forms the basis of the plaintiff's claim as having been within the reasonable completion of the parties at the time of contracting.

In *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.) the British Columbia Court of Appeal upheld an appeal from a judgment at trial [(1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65] awarding global damages of \$2 million for lost profits suffered by the operator of a plant nursery. The Trial Judge expressed dissatisfaction with the expert accountants' evidence of lost profits without making specific findings on the amount of lost sales or the rate of profits. The Court of Appeal, in allowing the appeal, held that it was for the Court, not for the accountants, to estimate the lost profits but that the Judge should have made findings with respect to the factual assumptions on which the calculations were based. Under the circumstances, the Court held that compensation was recoverable for lost future sales with a reduction on account of uncertainty, and made the necessary findings in order to avoid the expense of a new trial. McLachlin J.A., delivering the judgment of the Court, noted several relevant English authorities pertaining to the recovery of damages for loss of future business, and said at pages 210-211:

In my view, the law may be summarized as follows. The basic rule is that damages for lost profits, like all damages for

taux, de nombreuses parties ainsi que de la perte de profits additionnels due au maintien de la présence d'Avis dans les aéroports. Malgré ces ruptures, plusieurs contrats définitifs ont vu le jour. Un de ceux-ci a attribué à Hertz un comptoir dans les aéroports, pour la laisser ensuite se débrouiller et faire, si elle le pouvait, un profit. Hertz ne prétend pas que la rupture de ce contrat lui a fait perdre certains des profits qu'elle aurait dû réaliser grâce au contrat définitif mais que, dans la conjoncture résultant de cette rupture, Hertz se trouve empêchée de réaliser les profits additionnels qui lui viendraient d'une partie de l'achalandage d'Avis. Je suis d'accord pour dire que la perte de tels profits ne peut être compensée parce que ce préjudice, si nous appliquons le critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, est trop éloigné. [Non souligné dans le texte original.]

Le passage souligné des motifs du juge Stone, J.C.A., nous autorise nettement à opérer une distinction entre les faits de l'arrêt *Best Cleaners* et ceux de l'espèce, car la demande de dommages-intérêts de la demanderesse vise le manque à gagner qui a été causé directement par la rupture du contrat A, manque que les parties pouvaient raisonnablement prévoir au moment où elles ont conclu le contrat.

Dans l'arrêt *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à un appel d'un jugement de première instance [(1986), 9 B.C.L.R. (2d) 65] accordant un montant global de deux millions de dollars en dommages-intérêts pour le manque à gagner subi par l'exploitant d'une pépinière. Le juge de première instance n'a pas jugé satisfaisante la preuve d'expert présentée par des comptables quant au manque à gagner sans tirer de conclusion sur le montant des ventes perdues ni sur le taux des profits. Faisant droit à l'appel, la Cour d'appel a décidé qu'il appartenait à la Cour, et non à des comptables, d'estimer les profits perdus, mais que le juge aurait dû se prononcer sur la preuve factuelle sur laquelle les calculs étaient fondés. Vu les circonstances, la Cour a conclu qu'une indemnité pouvait être accordée relativement aux ventes futures perdues, tout en la réduisant pour tenir compte du facteur incertitude, et elle a tiré les conclusions qui s'imposaient afin d'éviter la tenue d'un nouveau procès. Rendant jugement au nom de la Cour d'appel, le juge McLachlin s'est reportée à diverses décisions anglaises pertinentes, concernant le versement de dommages-intérêts pour la perte de chiffre d'affaires éventuel, puis elle a ajouté, aux pages 210 et 211:

[TRADUCTION] À mon sens, on peut résumer ainsi l'état du droit. La règle fondamentale veut que les dommages-intérêts

breach of contract, must be proven on a balance of probabilities. Where it is shown with some degree of certainty that a specific contract was lost as a result of the breach, with a consequent loss of profit, that sum should be awarded. However, damages may also be awarded for loss of more conjectural profits, where the evidence demonstrates the possibility that contracts have been lost because of the breach, and also establishes that it is probable that some of these possible contracts would have materialized, had the breach not occurred. In such a case, the court should make a moderate award, recognizing that some of the contracts may not have materialized had there been no breach.

The matter may be put another way. Even though the plaintiff may not be able to prove with certainty that it would have obtained specific contracts but for the breach, it may be able to establish that the defendant's breach of contract deprived it of the opportunity to obtain such business. The plaintiff is entitled to compensation for the loss of that opportunity. But it would be wrong to assess the damages for that lost opportunity as though it were a certainty.

I turn to the other principle upon which the defendant relies—the doctrine of remoteness. This doctrine is sometimes expressed as consisting of two rules, one dealing with imputed knowledge and one with actual knowledge of special circumstances: *Victoria Laundry, supra, per Asquith L.J.* at p. 539. However, for our purposes it may be conveniently stated as one rule—that the defendant is liable for such losses as, in all the circumstances, he ought reasonably to have contemplated at the time the contract was made.

The effect of the doctrine of remoteness is to exclude losses which it is established were caused by the breach of contract, but which were not reasonably foreseeable when the contract was made. The rationale for this exclusion is that it would be unfair to require the defendant to pay such damages, when, if he had been aware of them, he might have declined the risk or made other arrangements: *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341 at p. 355, 156 E.R. 145 at p. 151.

In my opinion, the evidence, weighed on the balance of probabilities, establishes to a sufficient degree of certainty that the plaintiff bid on Tender 50 with the full expectation of realizing some profit or monetary advantage therefrom over the whole contract period had it been successful on its bid, and that the loss of such profit was something which the defendant ought reasonably to have foreseen or contemplated, in the usual course of things, as the likely consequence of any breach of the preliminary contract A at the time it was made. Consequently, I am unable to find the plaintiff's claim for damages for

en cas de manque à gagner, comme tous les dommages-intérêts consécutifs à la rupture de contrat, soient prouvés selon la prépondérance des probabilités. S'il est établi avec un degré de certitude quelconque qu'un marché donné a été perdu par suite de la rupture, et qu'un manque à gagner en a résulté, c'est précisément cette somme qui doit être accordée. Toutefois, des dommages-intérêts peuvent aussi être accordés pour la perte de profits plus incertains s'il ressort de la preuve que des marchés ont peut-être été perdus à cause de la rupture et en outre qu'il est probable que quelques-uns de ces marchés possibles se seraient concrétisés si la rupture ne s'était pas produite. En pareil cas, le tribunal doit attribuer un montant modéré, reconnaissant que certains marchés ne se seraient peut-être pas concrétisés s'il n'y avait pas eu de rupture.

La règle peut être exprimée différemment. Encore que le demandeur ne soit pas à même de prouver avec certitude qu'il aurait obtenu des marchés donnés, n'eût été la rupture, il peut être à même d'établir que la rupture du contrat par le défendeur l'a privé de la possibilité d'obtenir ces marchés. Le demandeur a droit à une indemnité pour la perte de cette possibilité. Mais on aurait tort d'évaluer les dommages-intérêts consécutifs à la perte de cette possibilité comme s'il s'agissait d'une chose certaine.

J'arrive à l'autre principe qu'invoque la défenderesse—la doctrine du caractère éloigné. On a dit parfois que cette doctrine comportait deux règles, l'une relative à la connaissance présumée, l'autre concernant la connaissance effective de circonstances particulières: arrêt *Victoria Laundry*, précité, lord Asquith, à la p. 539. Toutefois, en ce qui nous concerne et par souci de commodité, nous pouvons la ramener à une règle unique, c'est-à-dire que le défendeur doit être tenu responsable des pertes que, vu l'ensemble des circonstances, il aurait raisonnablement dû prévoir au moment où le contrat a été conclu.

La doctrine du caractère éloigné a pour effet d'exclure les pertes qui, selon la preuve, ont été causées par la rupture de contrat, mais qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles quand le contrat a été conclu. Cette exclusion repose sur le raisonnement qu'il ne serait pas équitable d'obliger le défendeur à réparer ce préjudice alors que, s'il en avait eu connaissance, il aurait pu refuser de prendre le risque ou conclure d'autres accords: arrêt *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, à la p. 355, 156 E.R. 145, à la p. 151.

À mon avis, selon la prépondérance des probabilités, la preuve établit avec un degré de certitude suffisant que la demanderesse a présenté une soumission, en réponse à l'appel d'offres n° 50, en s'attendant vraiment à réaliser ainsi un profit ou à faire une affaire rentable tout au long de la durée du marché si celui-ci lui était attribué et que la privation de ce profit était quelque chose que la défenderesse aurait dû raisonnablement prévoir ou envisager lors de la conclusion du contrat, selon le cours normal des choses, comme conséquence probable de la rupture du contrat préliminaire A. Par conséquent, je ne peux

loss of profits, based on its reasonable expectation interest, to be too remote under the first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] or otherwise. The defendant was experienced in the practice of calling tenders for the provision of pilotage service, knew the plaintiff and the nature of its business, and was aware that the plaintiff would be acting in accordance with the low bid concept on Tender 50. In the result, I find as a fact that the defendant must be taken to have reasonably foreseen the likely consequences of the breach of its contract with the plaintiff.

I return to the question whether Mr. Tilley's arithmetical calculations can serve as a useful guide in assessing the plaintiff's damages for loss of profit. Unfortunately, these afford little real assistance in arriving at a precise mathematical calculation of such damages, except to reinforce my belief that Mr. Tilley's original cumulative total of \$329,311 is too high and that his revised cumulative earnings figure of \$44,580 in Exhibit D-33 is inordinately low. Mr. Tilley made deductions for income taxes at the rate of 22 percent in calculating his net earnings projections for each of the years 1988 to 1992. In my opinion, this constituted an error according to the principle established by the Supreme Court of Canada that income tax should not be deducted in calculating damage for loss of future earnings, except in fatal accident cases: *Waddams, The Law of Damages*, 2nd ed., paras. 3.320, 3.950-3.980; *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] S.C.R. 532; *Guy v. Trizec Equities Ltd. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold et al. v. Teno et al.*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Keizer v. Hanna et al.*, [1978] 2 S.C.R. 342; and *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694.

In my opinion, Mr. Tilley's revised calculations of projected earnings set out in Exhibit D-33 are little more than the composite result of assumptions put to him by defendant's counsel. The witness admitted on cross-examination to an erroneous expense saving of

pas conclure que les dommages-intérêts réclamés par la demanderesse à l'égard du manque à gagner, soit le préjudice lié à son expectative raisonnable, sont trop éloignés selon le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] ou pour une autre raison. La défenderesse avait l'habitude de la tenue d'appels d'offres à l'égard de la fourniture de services de bateau-pilote, elle connaissait la demanderesse et la nature de son activité et elle savait que la demanderesse réglerait sa conduite sur le principe de l'offre la plus basse en réponse à l'appel d'offres n° 50. En conséquence, je suis arrivé à la conclusion que la défenderesse doit être présumée avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture de son contrat avec la demanderesse.

Je reviens à la question de savoir si les calculs arithmétiques de M. Tilley peuvent être d'une grande utilité pour évaluer les dommages-intérêts dus à la demanderesse pour le manque à gagner. Malheureusement, ils ne me servent pas vraiment à calculer ces dommages-intérêts avec une précision mathématique, sauf pour me renforcer dans mon opinion que le total initial de M. Tilley, soit 329 311 \$, est trop élevé et que son total révisé des revenus dans la pièce D-33, soit 44 580 \$, est excessivement bas. Pour établir ses pronostics des revenus nets pour chacune des années de 1988 à 1992, ce dernier a soustrait les impôts sur le revenu au taux de 22 p. 100. À mon avis, c'était une erreur étant donné le principe établi par la Cour suprême du Canada selon lequel il ne faut pas soustraire les impôts sur le revenu dans le calcul des dommages-intérêts pour la perte de revenus futurs, sauf en cas d'accident mortel: *Waddams, The Law of Damages*, 2<sup>e</sup> éd., par. 3.320, 3.950 à 3.980; *The Queen v. Jennings et al.*, [1966] R.C.S. 532; *Guy c. Trizec Equities Ltd. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Andrews et autres c. Grand & Toy Alberta Ltd. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold et autre c. Teno et autre*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Keizer c. Hanna et autre*, [1978] 2 R.C.S. 342; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694.

À mon avis, les pronostics révisés des revenus qu'a établis M. Tilley, tels qu'indiqués dans la pièce D-33, ne sont guère plus que le résultat composite d'hypothèses que lui a suggérées l'avocat de la défenderesse. Le témoin a admis au cours du contre-interro-

approximately \$148,600 over the period of the contract by overlooking the additional crew member requirement on Tender 50. I can find nothing in the evidence to support a mandatory requirement for a four-man crew at all times and seasons. The specifications in Tender 48 and Tender 50 are identical with respect to the conditions pertaining to boat service and manning, except for the deletion from the former of the word "unmanned" so as to leave the latter reading "but may be partially unmanned when not in use". The defendant's Director of Operations, Captain Stow, explained the significance of the term "partially unmanned" in his examination-in-chief:

Q. It's the "... but may be partially manned ..." is the change, I gather. Whereas before it said "... may be unmanned or partially manned ..."

A. That's correct, yes.

Q. So, now there is no longer the option of leaving it unmanned?

A. No. It had to be now manned alongside because of the fact that we knew for sure it was going to be compulsory. There was also one other change which we missed, and it related to that one. If it had been unmanned in the first instance there was no requirement for it specifically to have a shore phone. And in the second one there was, and therefore that was added.

Mr. Tilley reaffirmed on redirect examination that his initial projection calculation for crew expenses was based on information provided him by management that the plaintiff would be operating with a three-man crew after September of 1986. I consider on balance that the validity of this initial assumption remains largely intact. However, the witness' lack of conviction for his opinions and readiness to agree with assumptive postulates put to him by defendant's counsel cast an element of doubt over the whole spectrum of his expert evidence. Under the circumstances I feel constrained to adopt a global approach in endeavouring to arrive at a fair and realistic assessment of the plaintiff's damages for breach of contract. I find some comfort for this approach in the fol-

gatoire qu'en oubliant l'exigence contenue dans l'appel d'offres n° 50 au sujet du membre d'équipage additionnel, il avait omis une dépense représentant une économie d'environ 148 600 \$ à l'expiration du contrat. À mon sens, aucun élément de preuve ne permet de conclure à l'obligation d'avoir un équipage de quatre hommes en tout temps et en toute saison. Les cahiers des charges dans les appels d'offres nos 48 et 50 sont identiques pour ce qui est des conditions touchant le service et la manœuvre du bateau, excepté la suppression, dans le premier, des mots [TRADUCTION] «sans équipage» de sorte que, dans le second, la condition était ainsi libellée: «mais une partie de l'équipage suffit quand le bateau n'est pas utilisé». Le capitaine Stow, directeur des opérations de la société défenderesse, a expliqué lors de l'interrogatoire principal la signification des mots «une partie de l'équipage suffit»:

[TRADUCTION] Q. C'est la «... mais une partie de l'équipage suffit...», c'est la modification, à ce que je comprends. Tandis qu'auparavant, le libellé était: «... sans équipage ou une partie de l'équipage suffit...»

R. C'est exact, oui.

Q. Alors, il n'est plus possible de le laisser sans équipage?

R. Non. Il fallait désormais un équipage à côté parce que nous étions certains que cela serait obligatoire. Il y a une autre modification qui nous a échappé et elle se rapporte à la première. Dans le premier cas, s'il n'y avait pas d'équipage, il n'était pas obligatoire de disposer d'un téléphone à terre. Dans le second cas, c'était obligatoire, par conséquent cela a été ajouté.

Lors du nouvel interrogatoire principal, M. Tilley a affirmé de nouveau que son pronostic initial des dépenses relatives à l'équipage était basé sur l'information, qu'il tenait de la direction, que la demanderesse n'emploierait qu'un équipage de trois hommes après septembre 1986. J'estime à tout prendre que cette hypothèse initiale reste largement valable. Toutefois, le manque de conviction du témoin et son empressement à accepter les suppositions que lui suggérait l'avocat de la défenderesse jettent un doute sur l'ensemble de son témoignage d'expert. Vu les circonstances, comme je veux évaluer d'une manière équitable et réaliste les dommages-intérêts dus à la demanderesse pour la rupture de contrat, je me sens contraint d'adopter une approche globale. Je citerai à

lowing statement by Dickson J. in *Lewis v. Todd and McClure*, *supra*, at pages 708-709:

If the courts are to apply basic principles of the law of damages and seek to achieve a reasonable approximation to pecuniary *restitutio in integrum* expert assistance is vital. But the trial judge, who is required to make the decision, must be accorded a large measure of freedom in dealing with the evidence presented by the experts. If the figures lead to an award which in all the circumstances seems to the judge to be inordinately high it is his duty, as I conceive it, to adjust those figures downward; and in like manner to adjust them upward if they lead to what seems to be an unusually low award.

Taking Mr. Tilley's cumulative earnings figure of \$329,311 as a starting point, I would add back income tax of \$72,448, calculated at his 22 percent rate of tax, which yields the gross-up total of \$401,759. I feel this should be reduced by the deduction of a 42 percent contingency factor to account for uncertainties, which leaves a net balance of \$233,020. I would allow the plaintiff the additional sum of \$2,390 for the cost of preparing its bid on Tender 50. The resulting total is \$235,410 which I hereby assess as the plaintiff's damages for breach of contract, rounded off to \$235,000.

The plaintiff claimed exemplary damages of \$500,000 owing to the defendant's conduct. Punitive or exemplary damages are rarely awarded in breach of contract cases. In any event, such damages could only be awarded in a case where the conduct complained of was so harsh, vindictive, reprehensible or extreme in nature as to be deserving, by any reasonable standard, "of full condemnation and punishment": *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, *per* McIntyre J., at pages 1107-1108; and *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444 (C.A.), *per* Hughes J.A., at pages 448-450. I can find nothing in the defendant's conduct in the present case to justify an award of punitive or exemplary damages.

#### Interest

I turn now to the question of interest on the damages award. Prejudgment and postjudgment interest

l'appui de cette solution les propos qui suivent du juge Dickson dans l'arrêt *Lewis c. Todd et McClure*, précité, aux pages 708 et 709:

Si les tribunaux doivent appliquer les principes fondamentaux du droit aux dommages-intérêts et chercher à assurer une remise en état pécuniaire aussi proche de la réalité que possible, il est essentiel de faire appel à des experts. Mais il faut accorder au juge de première instance, qui doit prendre la décision, une grande liberté dans l'examen de la preuve présentée par les experts. Si le juge estime que le montant des dommages-intérêts dicté par les chiffres est, dans les circonstances, déraisonnablement élevé, il doit, à mon avis, ajuster ces chiffres à la baisse; de même, il doit les ajuster à la hausse si l'indemnité qu'ils indiquent est anormalement faible.

Au total des revenus calculé par M. Tilley, soit 329 311 \$, je rajouterais les impôts, soit 72 448 \$ au taux de 22 pour cent qu'il a utilisé, pour obtenir le total majoré, savoir 401 759 \$. Il faut réduire cette somme, à mon sens, de 42 pour cent pour tenir compte du facteur incertitude, ce qui laisse un solde net de 233 020 \$. J'accorderais à la demanderesse une autre somme de 2 390 \$ à l'égard du coût de préparation de sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Le nouveau total de 235 410 \$ forme le montant des dommages-intérêts que j'estime dus à la demanderesse pour la rupture de contrat, arrondi à 235 000 \$.

La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts exemplaires de 500 000 \$ en raison de la conduite de la défenderesse. Les tribunaux accordent rarement des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires en cas de rupture de contrat. De toute façon, de tels dommages-intérêts ne peuvent être accordés qu'à l'égard d'un comportement qui est essentiellement dur, vengeur, répréhensible ou de nature extrême, et qui mérite, selon toute norme raisonnable, «d'être condamné et puni»: *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, juge McIntyre, aux pages 1107 et 1108; *Harvey Foods Ltd. v. Reid* (1971), 3 N.B.R. (2d) 444 (C.A.), juge Hughes, aux pages 448 à 450. Rien, à mon sens, dans la conduite de la défenderesse en l'espèce ne justifie d'accorder des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

#### Intérêt

J'arrive à la question de l'intérêt sur l'indemnité accordée. Dans sa déclaration, la demanderesse n'a

were not specifically claimed in the plaintiff's statement of claim, although tacitly recognized as being part and parcel thereof.

Sections 36 and 41 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], dealing with prejudgment and postjudgment interest respectively in cases involving claims against the Crown, were repealed by Statutes of Canada 1990, c. 8, ss. 9 and 11, which enacted new sections 36 and 37 providing for such interest in proceedings other than those involving the Crown, that is, between subject and subject. The new provisions came into force on February 1, 1992. Their general effect was to divest the Court of much of its discretion in the awarding of both prejudgment and postjudgment interest by making the same determinable according to the law of the province in which the cause of action arose, in this case Nova Scotia. Several exceptions were created in both cases with respect to causes of action arising outside any province or in more than one province, where more discretionary latitude was permitted. In the case of prejudgment interest only, another exception was created for cases coming within the ambit of Canadian maritime law. The present case, in my view, does not fall within this last mentioned exception. Subsection 36(6) of the new statutory provisions relating to prejudgment interest provides as follows:

36. ...

(6) This section applies in respect of the payment of money under judgment delivered on or after the day on which this section comes into force, but no interest shall be awarded for a period before that day.

In my opinion, this would seem to preclude any award of prejudgment interest on damages for the period prior to February 1, 1992.

Whether I am correct or not in my interpretation of the subsection, the point becomes academic for purposes of the present case. If I apprehend the evidence correctly, Mr. Tilley's projection of cumulative earnings on Tender 50 made provision for the inclusion of "an average of 10% interest annually". I agree with

pas demandé expressément des intérêts avant jugement et sur le jugement, bien qu'ils soient tacitement reconnus comme faisant partie intégrante de sa déclaration.

<sup>a</sup>

Les articles 36 et 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], traitant respectivement de l'intérêt avant jugement et de l'intérêt sur les jugements, dans les cas de plainte contre la Couronne, ont été abrogés par les Lois du Canada, 1990, ch. 8, art. 9 et 11, dans lesquelles sont édictés les nouveaux articles 36 et 37 relatifs à l'intérêt dans toute instance, sauf celle mettant en cause la Couronne, c'est-à-dire toute instance entre particuliers. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992. Elles ont eu pour effet, généralement, de priver la Cour d'une grande partie de son pouvoir discrétionnaire relativement à l'intérêt avant jugement et à l'intérêt sur les jugements car il y est précisé qu'ils sont accordés selon les règles de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur, en l'espèce la Nouvelle-Écosse. En ce qui concerne les deux types d'intérêt, plusieurs exceptions ont été créées à l'égard des faits générateurs qui ne sont pas survenus dans une province ou qui sont survenus dans plusieurs provinces, la Cour étant alors investie d'un pouvoir discrétionnaire plus large. Dans le cas de l'intérêt avant jugement seulement, une autre exception a été créée à l'égard d'une instance en matière de droit maritime canadien. La présente espèce n'est pas visée, à mon sens, par cette dernière exception. Le paragraphe 36(6) des nouvelles dispositions relatives à l'intérêt avant jugement est ainsi conçu:

<sup>b</sup>

36. ...

(6) Le présent article s'applique aux sommes accordées par jugement rendu à compter de la date de son entrée en vigueur. Aucun intérêt ne peut être accordé à l'égard d'une période antérieure à cette date.

À mon avis, cela semble interdire d'accorder un intérêt avant jugement sur des dommages-intérêts à l'égard de la période antérieure au 1<sup>er</sup> février 1992.

Que j'aie raison ou tort en donnant cette interprétation au paragraphe, le point est purement théorique dans la présente espèce. Si je comprends bien la preuve, les pronostics de revenus totaux, établis par M. Tilley, au regard de l'appel d'offres n<sup>o</sup> 50, incluait [TRADUCTION] «un intérêt au taux annuel

the submission of defendant's counsel that any award of prejudgment interest on damages would result in interest being factored in twice, absent any adjustment therefor. In my judgment, there should be no award of prejudgment interest in the present case.

The new section 37 of the *Federal Court Act*, effective February 1, 1992, makes the matter of postjudgment interest determinable by the law of Nova Scotia. Section 2 of the *Interest on Judgments Act*, R.S.N.S. 1989, c. 233, reads:

2. (1) Until it is satisfied, every judgment debt shall bear interest at the rate of five per cent *per annum* or, where another rate is prescribed pursuant to subsection (2), at that other rate.

(2) The Governor in Council may make regulations

(a) determining rates of interest on judgment debts, including judgment debts which are, on the coming into force of this subsection, unsatisfied in whole or in part;

(b) respecting the method and frequency of determining the rates of interest;

(c) fixing the periods during which the rates of interest are in effect.

(3) The exercise of the authority contained in subsection (2) shall be regulations within the meaning of the *Regulations Act*.

In my opinion, section 2 of the *Interest on Judgments Act* prevents my awarding postjudgment interest at anything other than the prescribed statutory rate of 5 percent *per annum* in the absence of any proof of a regulation of the Governor in Council of Nova Scotia providing for a higher rate.

### Conclusion

For the foregoing reasons, I award judgment in favour of the plaintiff for total damages of \$235,000, together with postjudgment interest thereon at the rate of 5 percent *per annum*, compounded annually, from the date of judgment until payment or satisfaction. The matter of the disposition of costs is reserved, pending further submissions by counsel.

moyen de 10 %». Je souscris à l'argument de l'avocat de la défenderesse qu'accorder un intérêt avant jugement sur les dommages-intérêts équivaldrait à doubler les intérêts, si aucun rajustement n'était effectué. À mon sens, il ne convient pas d'accorder d'intérêt avant jugement dans la présente espèce.

Aux termes du nouvel article 37 de la *Loi sur la Cour fédérale*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992, la question de l'intérêt sur le jugement doit être tranchée conformément à la loi de la Nouvelle-Écosse. L'article 2 de la *Interest On Judgments Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 233 est ainsi conçu:

[TRANSCRIPTION] 2. (1) Jusqu'à ce qu'elle ait été payée, la créance reconnue par jugement porte intérêt au taux de cinq pour cent l'an ou au taux fixé conformément au paragraphe (2).

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) fixer les taux d'intérêt sur les créances reconnues par jugement, y compris celles qui, à la date de l'entrée en vigueur du présent paragraphe, n'ont pas été payées, en tout ou en partie;

b) établir les modalités et la fréquence de la fixation des taux d'intérêt;

c) déterminer les périodes durant lesquelles les taux d'intérêt sont en vigueur.

(3) L'exercice du pouvoir attribué au paragraphe (2) est assimilable à la prise d'un règlement au sens de la *Regulations Act*.

À mon avis, l'article 2 de la *Interest On Judgments Act* m'interdit d'accorder des intérêts sur le jugement à un autre taux que celui fixé par la Loi, soit 5 pour cent par année, en l'absence de preuve concernant un taux plus élevé fixé par un règlement pris par le gouverneur en conseil de la Nouvelle-Écosse.

### Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accorde à la demanderesse des dommages-intérêts, fixés au total à 235 000 \$, ainsi que les intérêts sur ladite somme au taux de 5 pour cent par année à partir de la date du jugement, composés annuellement, jusqu'à ce que la somme intégrale soit payée. La décision sur les dépens est réservée, jusqu'à ce que les avocats aient présenté leurs observations.

	T-1418-92		T-1418-92
<b>The Information Commissioner of Canada</b> (Applicant)		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> (requérant)	
v.		a	c.
<b>The Prime Minister of Canada</b> (Respondent)		<b>Le premier ministre du Canada</b> (intimé)	
	T-1867-92		T-1867-92
<b>The Information Commissioner of Canada</b> (Applicant)		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> (requérant)	
v.		b	c.
<b>The Prime Minister of Canada</b> (Respondent)		<b>Le premier ministre du Canada</b> (intimé)	
	T-1524-92		T-1524-92
<b>Mary Calamai</b> (Applicant)		<b>Mary Calamai</b> (requérante)	
v.		c.	
<b>The Prime Minister of Canada and the Privy Council Office</b> (Respondents)		<b>Le premier ministre du Canada et le Bureau du Conseil privé</b> (intimés)	
	T-1390-92		T-1390-92
<b>Ken Rubin</b> (Applicant)		<b>Ken Rubin</b> (requérant)	
v.		d	c.
<b>The Clerk of the Privy Council</b> (Respondent)		<b>Le greffier du Conseil privé</b> (intimé)	
		e	
<i>INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (PRIME MINISTER) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (PREMIER MINISTRE) (1<sup>re</sup> INST.)</i>	
		f	
Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, August 11 and November 19, 1992.		<b>Section de première instance, juge Rothstein—</b> g Ottawa, 11 août et 19 novembre 1992.	
<i>Access to information — Access sought to Government-commissioned public information polls on national unity and constitutional reform — Application to review Government's refusal to disclose most of information sought — Threshold test: "reasonable expectation of probable harm", not "any potential for injury" — No "sliding scale" according to importance of information involved — First case where Access to Information Act, s. 14 exemption (disclosure injurious to conduct of federal-provincial affairs) invoked — Role of Court under Act, s. 50 — Presumption in favour of disclosure — Evidentiary requirement — No reasonable grounds to withhold disclosure of record based on evidence presented by Government.</i>		<i>Accès à l'information — Demande de communication des sondages d'opinion, commandés par le gouvernement, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle — Recours en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de divulguer la plus grande partie des informations recherchées — Critère du «risque vraisemblable de préjudice probable» et non de la «possibilité de préjudice» — Non-applicabilité du critère de l'échelle mobile en fonction de l'importance des renseignements en cause — Première affaire portant sur l'exemption prévue à l'art. 14 de la Loi sur l'accès à l'information (communication préjudiciable à la conduite des affaires fédérales-provinciales) — Rôle de la Cour sous le régime de l'art. 50 — Présomption en faveur de la communication — Fardeau de la preuve — Absence de motifs raisonnables pour refuser la communication des documents à la lumière des preuves et témoignages présentés par le gouvernement.</i>	
		h	i
<i>Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Access sought to Govern-</i>		<i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de presse — Demande de communication</i>	
		j	

*ment-commissioned public information polls on national unity and constitutional reform — Whether Access to Information Act, s. 14 should be interpreted in light of Charter, s. 2(b) — Not mere matter of statutory interpretation — If s. 14 expressly confers power on government to limit assumed protected right (access to government information), attack must be on constitutional validity of statutory provision — Charter challenge not dealt with as Federal Court Act, s. 57 requirement of notices to attorneys general not complied with.*

Requests for information sought records of Government-commissioned public information polls and results of focus or survey groups and relevant contracts concerning national unity and constitutional reform for the period July 1, 1990 to December 31, 1991. Of 709 pages identified by the Access to Information/Privacy Coordinator for the Privy Council to be relevant, only 120 pages were disclosed. The Information Commissioner found that the complaints were well founded and that all but 74 pages should be released. This was an application to review the refusal by the Government to disclose the requested record. The refusal was based on section 14 of the *Access to Information Act* which provides that disclosure may be denied if injurious to Government strategy with respect to the conduct of federal-provincial affairs. This was the first time that the Court had been called upon to consider that exemption. The Government argued that the stakes were so high (the very existence of the country) that nothing could justify, at this time, releasing information that could a) constrain the Government's strategic and tactical options, b) have a potentially negative impact on the environment for the federal-provincial negotiations, c) prejudice the ongoing discussions with the provinces and, d) furnish information to those hostile to Canadian unity.

*Held*, the applications should be granted with costs.

Subsection 2(1) of the *Access to Information Act* establishes guiding principles for the interpretation of the operative provisions of the Act: a) government information should be available to the public; b) necessary exemptions should be limited and specific; c) decisions on disclosure should be reviewed independent of government.

Section 14 of the Act, under which the exception was claimed, uses the words "could reasonably be expected to". In *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, the Federal Court of Appeal interpreted those words, as used in paragraph 20(1)(c), as meaning that the exception to access must be based on a "reasonable expectation of probable harm". This Court was bound by that decision. The more pro-government Australian approach, with its sliding scale test and more literal statutory interpretation, could not be accepted, given the clear and direct Canadian authority in this area of the law. The Canadian case law interpreting the *Access to Information Act*

*des sondages d'opinion commandés par le gouvernement sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle — Il échet d'examiner s'il faut interpréter l'art. 14 de la Loi sur l'accès à l'information à la lumière de l'art. 2b) de la Charte — Il ne s'agit pas d'une simple question d'interprétation des lois — Si l'art. 14 habilite expressément le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la validité constitutionnelle de cet article — La Cour ne prononce pas sur l'argument constitutionnel faute d'observation de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale qui prévoit la notification aux procureurs généraux.*

Des demandes de communication ont été faites concernant les documents relatifs aux sondages d'opinion commandés par le gouvernement et aux résultats des groupes de discussion, du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 31 décembre 1991, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle, ainsi qu'aux contrats y afférents. Des 709 pages identifiées par le coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée du Conseil privé comme étant visées par ces demandes, seules 120 pages ont été communiquées. Le Commissaire à l'information a conclu que les plaintes étaient fondées et que tous les documents demandés, à l'exception de 74 pages, devraient être divulgués. Le refus du gouvernement de communiquer les documents demandés fait l'objet du présent recours en contrôle judiciaire. Ce refus était fondé sur l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information* aux termes duquel la communication peut être refusée si elle risque de porter préjudice à la conduite par le gouvernement des affaires fédérales-provinciales. C'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur cette exemption. Le gouvernement soutient que les enjeux étaient si importants (l'existence même du pays) que rien ne justifierait, en cette conjoncture, la communication d'informations qui pourraient a) limiter les orientations et les mesures ouvertes au gouvernement, b) avoir un effet néfaste sur le climat des négociations fédérales-provinciales, c) porter atteinte aux négociations en cours avec les provinces, et d) divulguer des renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité canadienne.

*Jugement*: les requêtes sont accueillies avec dépens.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* établit le principe d'interprétation des dispositions de fond de cette dernière: a) le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; b) les exceptions indispensables doivent être précises et limitées; c) les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

L'article 14 de la Loi, invoqué pour justifier l'exemption, emploie les mots «risquerait vraisemblablement de». Dans *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, la Cour d'appel fédérale a interprété ces mots, tels qu'ils figurent à l'alinéa 20(1)c), comme signifiant que le refus de communication doit être fondé sur le «risque vraisemblable de préjudice probable». Notre Cour est liée par cette décision. L'approche australienne, qui est plus favorable à la thèse du gouvernement, avec son critère à échelle mobile et son interprétation plus littérale de la loi, ne saurait être acceptée vu la clarté et l'applicabilité directe de la jurisprudence canadienne en la matière. La

has established guidelines that can be useful in assessing whether or not there is a reasonable expectation of probable harm from disclosure in a given situation and the procedures to be followed.

Arguments based on paragraph 2(b) of the Charter (freedom of expression) were considered as an attack on the constitutional validity of section 14 of the *Access to Information Act* (assuming, without deciding, that paragraph 2(b) applied to the type of government information under consideration). It was not merely a matter of statutory interpretation (interpreting section 14 in light of paragraph 2(b) of the Charter). Applying the Supreme Court of Canada decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, it was found that a decision under section 14 was confined to the formulation of an opinion as to whether or not disclosure could reasonably be expected to be injurious, and involved little if any discretion. Therefore, the Government's power to limit an assumed protected right (access to government information) would be conferred by section 14 and the attack must be on the constitutionality of that section. Since the notice required by section 57 of the *Federal Court Act* was not given, the Court refused to adjudicate that Charter challenge.

The Federal Court's process under section 50 of the *Access to Information Act* relies on evidence. It is not an expert tribunal with its own resources and must act on the basis of the evidence before it. Therefore, the heavy onus placed on the party seeking to maintain confidentiality must be satisfied in a formal manner on a balance of probabilities through clear and direct evidence.

With the enactment of the *Access to Information Act* in 1982 and the repeal of subsection 41(2) of the *Federal Court Act* (which gave the Government the absolute right to maintain confidentiality in federal-provincial relations matters), Parliament demonstrated that it was no longer satisfied with an unjustifiably cautious approach by Government to disclosure. The question herein was whether the Government had reasonable grounds to expect harm from disclosure or whether it was taking an overly cautious approach to disclosure, based on possibility, which was not justified by the legislation.

It could be inferred from subsection 2(1) of the Act that a general approach to justifying confidentiality was not envisaged. There must be a clear and direct linkage between the disclosure of specific information and the harm alleged. And it must be explained how or why the harm alleged would result from disclosure of specific pages of the record.

On the basis of the evidence of the Government witnesses, it was concluded that: (1) Their approach indicated a well-intentioned attempt to avoid risk rather than to assess a reasonable expectation of harm from disclosure. (2) There was little in the way of specific evidence linking a reasonable expectation of harm to the contents of specific pages. (3) There was only general reference or no express reference by the Government wit-

jurisprudence canadienne portant interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* a défini des principes directeurs qui peuvent servir à déterminer si la communication risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable dans un cas donné; elle a défini aussi la marche à suivre en la matière.

<sup>a</sup> Les arguments fondés sur l'alinéa 2b) de la Charte (liberté d'expression) ont été assimilés à une contestation de la validité constitutionnelle de l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information* (à supposer que l'alinéa 2b) s'applique au type de documents en cause de l'administration fédérale). Il ne s'agit pas d'une simple question d'interprétation de textes de loi (interprétation de l'article 14 à la lumière de l'alinéa 2b) de la Charte). Par application du précédent *Slaight Communications Inc. c. Davidson* de la Cour suprême du Canada, il a été jugé que la décision à prendre en application de l'article 14 se limite à former une opinion quant à la question de savoir si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer un préjudice, et qu'elle n'est guère discrétionnaire. Il s'ensuit que si l'article 14 habilite le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la constitutionnalité de cet article. Faute d'avis requis par l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour a refusé de se prononcer sur cette contestation fondée sur la Charte.

<sup>e</sup> La procédure suivie par la Cour fédérale sous le régime de l'article 50 de la *Loi sur l'accès à l'information* est fondée sur les preuves et les témoignages. La Cour n'est pas un tribunal administratif spécialisé, doté de ressources propres; elle ne peut que se fonder sur les preuves et témoignages soumis à son examen. Il s'ensuit que la partie qui cherche à protéger la confidentialité doit s'acquitter de la lourde charge qui lui incombe d'administrer formellement des preuves claires et directes établissant la prépondérance des probabilités.

<sup>g</sup> Avec l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information* en 1982 et l'abrogation du paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* (confidentialité absolue dans les relations fédérales-provinciales), le législateur a montré qu'il n'était plus satisfait de l'attitude abusivement prudente de l'administration fédérale envers la divulgation des renseignements. Il échet d'examiner si le gouvernement a des motifs raisonnables pour prévoir que la communication causerait un préjudice, ou s'il adopte une attitude abusivement prudente motivée par une possibilité de préjudice, ce que ne permet pas la loi applicable.

<sup>h</sup> On peut déduire du paragraphe 2(1) de la Loi qu'une approche générale ne suffit pas pour justifier la confidentialité. Il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation de tel ou tel renseignement et le préjudice invoqué. Et il faut expliquer comment ou pourquoi le préjudice invoqué résulterait de la communication de telle ou telle page du dossier.

<sup>i</sup> Voici ce qu'il faut conclure des dépositions des témoins cités par le gouvernement: (1) Leur approche révèle un effort bien intentionné d'éviter le risque plutôt que de considérer si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice. (2) Il n'y a guère de preuve claire et spécifique d'un lien entre le risque vraisemblable de préjudice et le contenu de pages spécifiques. (3) Les témoins cités par le gouvernement

nesses to approximately 90% of the record. This was insufficient to enable the Court to conclude that there were reasonable grounds for confidentiality in respect of this information. (4) There was no specific assessment of the numerous overlaps between public and Government information.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 41, 42, 47, 48, 50.
- Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. 1.
- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41(2) (rep. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
- Freedom of Information Act*, No. 3, 1982 (Aust.), s. 3, 33A(1) (as enacted by *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, s. 17).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

- Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 107 N.R. 315 (F.C.A.).

##### APPLIED:

- Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

##### DISTINGUISHED:

- Arnold (on behalf of Australians for Animals) v. Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.).

##### REFERRED TO:

- Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Ottawa Football Club v. Canada*

ne mentionnent que de façon générale, et non pas expresse, quelque 90 p. 100 du document. Cela ne suffit pas pour permettre à la Cour de conclure qu'il y avait des motifs raisonnables pour protéger la confidentialité de ces renseignements. (4) Il n'y a aucune évaluation spécifique du chevauchement entre les renseignements du domaine public et les données du gouvernement.

#### 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).
- Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1.
- Freedom of Information Act*, No. 3, 1982 (Aust.), art. 3, 33A(1) (édicte par *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, art. 17).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 41, 42, 47, 48, 50.
- Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, annexe 1.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 41(2) (abrogé par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

- Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 107 N.R. 315 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1<sup>re</sup> inst.); *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

- Arnold (on behalf of Australians for Animals) v. Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

- Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ottawa*

(*Minister of Fitness and Amateur Sports*), [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.); *Montana Band of Indians v. Can. (Min. of Indian & Nor. Affairs)*, [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75; (1991), 86 D.L.R. (4th) 281; 39 C.P.R. (3d) 371; 49 F.T.R. 161 (T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Department of Health and Welfare Protection Branch)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.).

a

b

*Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (1<sup>re</sup> inst.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75; (1991), 86 D.L.R. (4th) 281; 39 C.P.R. (3d) 371; 49 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social, Division de la protection)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Johnston, Richard et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*, Montréal: McGill-Queen's University Press, 1992.

c

## DOCTRINE

Johnston, Richard et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*, Montréal: McGill-Queen's University Press, 1992.

APPLICATIONS to review the refusal of the Government to disclose certain records (Government-commissioned public opinion polls on national unity and constitutional reform between July 1, 1990 and December 31, 1991) on the ground that disclosure of the information could be injurious to the conduct of federal-provincial affairs (section 14 of the *Access to Information Act*). Applications granted.

d

e

REQUÊTES en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer certains dossiers (sondages d'opinion commandés par le gouvernement sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 31 décembre 1991) sous prétexte que la communication de ces renseignements pourrait porter préjudice à la conduite des affaires fédérales-provinciales (article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*). Requêtes accueillies.

## COUNSEL:

*David W. Scott, Q.C., Peter K. Doody and Daniel Brunet* for applicant Information Commissioner.  
*Richard G. Dearden and Neil Wilson* for applicant Mary Calamai.  
*Barbara A. McIsaac and T. Bradbrooke Smith* for respondents.

f

g

## AVOCATS:

*David W. Scott, c.r., Peter K. Doody et Daniel Brunet* pour le requérant Commissaire à l'information.  
*Richard G. Dearden et Neil Wilson* pour la requérante Mary Calamai.  
*Barbara A. McIsaac et T. Bradbrooke Smith* pour les intimés.

## APPEARANCE:

Ken Rubin on his own behalf.

h

## A COMPARU:

Ken Rubin pour son propre compte.

## SOLICITORS:

*Scott & Ayles*, Ottawa, for applicant Information Commissioner.  
*Gowling, Strathy & Henderson* for applicant Mary Calamai.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

i

j

## PROCUREURS:

*Scott & Ayles*, Ottawa, pour le requérant Commissaire à l'information.  
*Gowling, Strathy & Henderson* pour la requérante Mary Calamai.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

## APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Ken Rubin.

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

ROTHSTEIN J.:

A. INTRODUCTION

This case arises out of four applications brought under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act):

1. Application dated June 15, 1992 by the Information Commissioner of Canada (herein referred to as the Information Commissioner or Commissioner) against the Prime Minister of Canada<sup>1</sup> (Court No. T-1418-92) for a review of the refusal of Government to disclose certain records requested by Jeffrey Simpson on November 19, 1991 being:

All records on public opinion polls and focus groups on constitutional matters from July 1, 1990 to September 24, 1991.

and by Kirk Lapointe on November 19, 1991 being:

All records on public opinion polls and focus groups on constitutional matters from September 25, 1991 to the present [to November 19, 1991].

2. Application dated July 22, 1992 by the Information Commissioner against the Prime Minister (Court No. T-1867-92) for a review of the refusal of the Government to disclose certain records requested by Jason Morris on January 30, 1992 being:

In P.C.O. file 929178 "National Unity Polls" regarding constitutional changes from January 1, 1991 to December 30, 1991.

and by Norman Nielsen on January 28, 1992 being:

In P.C.O. file 929179 "Results of public opinion polling" conducted in 90/91 on national unity issues and the constitution.

<sup>1</sup> The applicants named as respondents the Prime Minister of Canada, the Privy Council Office and the Clerk of the Privy Council. I shall refer to these respondents collectively as the "Government".

## RÉQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Ken Rubin.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

A. INTRODUCTION

La cause en instance résulte de quatre recours exercés en application de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi):

1. Recours en date du 15 juin 1992 du Commissaire à l'information du Canada (appelé ci-après le Commissaire à l'information ou le Commissaire) contre le premier ministre du Canada<sup>1</sup> (numéro du greffe T-1418-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer certains documents demandés par Jeffrey Simpson le 19 novembre 1991, savoir:

[TRADUCTION] Tous les documents relatifs aux sondages d'opinion et aux groupes de discussion sur les questions constitutionnelles, du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 24 septembre 1991.

et par Kirk Lapointe le 19 novembre 1991, savoir:

[TRADUCTION] Tous les documents relatifs aux sondages d'opinion et aux groupes de discussion sur les questions constitutionnelles, depuis le 25 septembre 1991 jusqu'à présent [c'est-à-dire jusqu'au 19 novembre 1991].

2. Recours en date du 22 juillet 1992 du Commissaire à l'information contre le premier ministre (numéro du greffe T-1867-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer certains documents demandés par Jason Morris le 30 janvier 1992, savoir:

[TRADUCTION] Les documents contenus dans le dossier 929178 du BCP «Sondages sur l'unité nationale» en matière de modifications constitutionnelles, du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 décembre 1991.

et par Norman Nielsen le 28 janvier 1992, savoir:

[TRADUCTION] Les documents contenus dans le dossier 929179 du BCP «Résultats des sondages d'opinion» effectués en 90/91 sur les questions d'unité nationale et la constitution.

<sup>1</sup> Les intimés en l'espèce sont le premier ministre du Canada, le Bureau du Conseil privé et le greffier du Conseil privé; ils seront collectivement appelés le «gouvernement» dans les présents motifs.

3. Application dated June 23, 1992 by Mary Calamai against the Prime Minister and the Privy Council Office (herein referred to as the PCO) (Court No. T-1524-92) for a review of the Government's refusal to allow Ms. Calamai access to information she requested on November 7, 1991 being:

I request access to the results of all polls, surveys, focus groups or other forms of public opinion sampling on the subject of the constitution or constitutional reform carried out since July 1, 1990. . . .

4. Application filed June 15, 1992 by Ken Rubin against the Clerk of the Privy Council (Court No. T-1390-92) for a review of the refusal of the Government to disclose to Mr. Rubin information he requested on November 29, 1991 being:

A descriptive list of all polls since January 1991 commissioned by the PCO, their costs, contracts, and copies of the interim/final results or any records about these polls. Dec/91 or when this response is provided.

Although each request for information was different in detail, in total they sought records of Government-commissioned public opinion polls and results of focus or survey groups and relevant contracts all related to the subject of national unity and constitutional reform over the period July 1, 1990 to December 31, 1991.

The way in which each request for information was handled was essentially the same. The Access to Information/Privacy Coordinator for the Privy Council identified 709 pages as being relevant to the access request. Of these, 120<sup>2</sup> pages were disclosed and provided to the applicants. Disclosure of some 589 pages<sup>3</sup> was refused. In each case the requesters complained to the Information Commissioner about the refusal.

On January 16, 1992 the Commissioner began an exchange of correspondence with the Clerk of the Privy Council. All relevant records and information

<sup>2</sup> One hundred and eight pages to all requesters and an additional twelve pages in respect of Mr. Rubin's request.

<sup>3</sup> On June 18, 1992 a further 35 pages were disclosed with 554 pages remaining confidential.

3. Recours en date du 23 juin 1992 de Mary Calamai contre le premier ministre et le Bureau du Conseil privé (appelé ci-après BCP) (numéro du greffe T-1524-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer à M<sup>me</sup> Calamai les documents qu'elle a demandés le 7 novembre 1991, comme suit:

[TRADUCTION] Je demande communication des résultats de tous les sondages, groupes de discussion et autres formes d'échantillonnage de l'opinion publique sur la constitution ou la réforme constitutionnelle, qui ont été effectués depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1990. . . .

4. Recours en date du 15 juin 1992 de Ken Rubin contre le greffier du Conseil privé (numéro du greffe T-1390-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer à M. Rubin les documents qu'il a demandés le 29 novembre 1991, savoir:

[TRADUCTION] La liste descriptive de tous les sondages d'opinion commandés par le BCP depuis janvier 1991, leur coût, les contrats y afférents, et la copie des résultats provisoires/définitifs ou de tous documents relatifs à ces sondages. Déc/91 ou la date de la réponse.

Bien que les demandes de communication fussent différentes les unes des autres dans leurs détails, elles portaient toutes sur les documents relatifs aux sondages d'opinion commandés par le gouvernement et aux résultats des groupes de discussion, du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 31 décembre 1991, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle, ainsi qu'aux contrats s'y rapportant.

La suite réservée à chacune de ces demandes a été essentiellement la même. Le coordonnateur de l'accès à l'information et à la protection de la vie privée du Conseil privé a identifié 709 pages comme étant visées par les demandes de communication. Sur ce nombre, 120 pages<sup>2</sup> ont été communiquées aux demandeurs. La communication de quelque 589 pages<sup>3</sup> a été refusée. Dans chaque cas, le demandeur s'est plaint du refus auprès du Commissaire à l'information.

Le 16 janvier 1992, le Commissaire à l'information a commencé à correspondre avec le greffier du Conseil privé à ce sujet. Par suite, le BCP lui a com-

<sup>2</sup> Cent huit pages ont été communiquées à tous les demandeurs, et un supplément de douze pages à M. Rubin.

<sup>3</sup> Le 18 juin 1992, 35 autres pages ont été communiquées, ce qui fait que 554 pages sont demeurées confidentielles.

were provided by the PCO to the Information Commissioner. The Information Commissioner received representations from the requesters and from the Government, notified the parties opposite in interest of the positions being taken by the other and offered all parties further opportunities to make submissions.

On April 15, 1992 the Information Commissioner reported to the Clerk of the Privy Council that he found that the complaints were well-founded and further that all requested material, with the exception of 74 pages, should be released. The Commissioner requested the Clerk of the Privy Council to inform him by May 11, 1992 as to whether or not the Commissioner's recommendations would be implemented and if so to what extent.

On May 13, 1992, the Clerk of the Privy Council responded to the Commissioner and provided reasons why he did not propose to take action on the Commissioner's recommendations.

In June 1992, the Information Commissioner informed the requesters of his findings, conclusions and recommendations, and his willingness, with the consent of the requesters, to apply to this Court for a review of the refusal by the Government to disclose the requested records.

Simpson and Lapointe and later Morris and Nielsen authorized the Information Commissioner to apply to the Federal Court. Ms. Calamai and Mr. Rubin did not do so because they considered that all the information that had been requested (and not just that information sought by the Information Commissioner) should be released.

The reasons for all four orders are given in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, Court No. T-1418-92. They take into account the evidence and arguments made in respect of each of the four motions.

## B. FINDINGS OF THE INFORMATION COMMISSIONER

The Information Commissioner's findings of April 15, 1992 outline the difficulty in this case:

muniqué tous les documents et renseignements pertinents. Le Commissaire à l'information a recueilli les observations des demandeurs et du gouvernement, a notifié aux intéressés les positions respectives de part et d'autre et a donné à toutes les parties la possibilité de présenter de nouvelles observations.

Le 15 avril 1992, le Commissaire à l'information a fait savoir au greffier du Conseil privé qu'il concluait que les plaintes étaient fondées et que tous les documents demandés, à l'exception de 74 pages, devraient être divulgués. Le Commissaire a demandé au greffier du Conseil privé de lui faire savoir au 11 mai 1992 au plus tard, si ses recommandations seraient mises à exécution et, le cas échéant, dans quelle mesure.

Le 13 mai 1992, le greffier du Conseil privé, en réponse, a informé le Commissaire des raisons pour lesquelles il n'envisageait pas de donner suite aux recommandations de ce dernier.

En juin 1992, le Commissaire informa les demandeurs de ses conclusions et recommandations, et du fait qu'il était disposé, s'ils y consentaient, à saisir cette Cour d'un recours en contrôle judiciaire contre le refus du gouvernement de communiquer les documents demandés.

Simpson et Lapointe, suivis par Morris et Nielsen, ont autorisé le Commissaire à l'information à saisir la Cour fédérale. M<sup>me</sup> Calamai et M. Rubin ne l'ont pas fait parce qu'à leur avis, tous les documents demandés devaient être divulgués (et non pas les seuls documents demandés par le Commissaire à l'information).

Les motifs d'ordonnance applicables aux quatre recours sont donnés dans la cause *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier Ministre)*, numéro du greffe T-1418-92. Ils prennent en considération les preuves et témoignages ainsi que l'argumentation présentés pour chacune des quatre requêtes.

## B. LES CONCLUSIONS DU COMMISSAIRE À L'INFORMATION

Les conclusions en date du 15 avril 1992 du Commissaire à l'information font ressortir la difficulté que représente cette cause:

There is no doubt that, in the current volatile context of discussions on constitutional renewal, ample justification exists for a cautious approach to information disclosure. A mis-spoken, misinterpreted or mistimed phrase may cause difficulties for ongoing federal-provincial negotiations on unity. Frankly, it is enormously discomfoting for me to have to deal with the question these complaints raise, namely, has PCO been so cautious about disclosure as to fall outside the bounds of the "reasonable expectation of injury" test contained in section 14. Alas, the law thrust that task upon me.

The Information Commissioner then outlined the difficulty he perceived in this case. On this point the Information Commissioner states:

On one point, I have no doubt. Even in the context of our troubling constitutional ills, where the stakes (the very existence of the country as we have known it) are so high, the threshold test to justify secrecy has not changed. While some might wish to withhold records which have "any potential" for injury if disclosed, the law simply does not, in my view, offer the government (or me) such latitude.

That being said, I also have no doubt that the government's decision to withhold the records at issue in these complaints was taken in good faith, after careful review at the highest levels and in the context of a general commitment to openness . . . .

The Information Commissioner's findings and recommendations follow:

Having personally reviewed the withheld records under investigation here and considered the arguments for and against their disclosure, I am not able to be as doctrinaire as I have previously been. In these cases, I am satisfied that some portions of the records, if disclosed, could reasonably be expected to result in the injury described in section 14.

Portions could give insight into strategic alternatives being considered by the government and even an Information Commissioner can see the legitimate need for the government to keep some of its cards close to the vest in sensitive negotiations. And, yes, there are lines of inquiry in the records—designed to probe the depth and limits of the public's reaction to certain ideas, individuals, groups and scenarios—which by their nature may be inelegantly or clumsily phrased, at least from the perspective of public consumption. It is not unreasonable, in my view, to accept that, if disclosed, such information could disrupt the already troubled atmosphere in which the constitutional renewal exercise is being played out.

Having recognized all that, I must report that my personal review of the survey records has also convinced me that, if some information certainly qualifies for exemption, that does not. For the most part, the questions, answers and analyses deal

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que, dans le climat instable actuel des négociations sur le renouveau constitutionnel, une approche prudente à la divulgation des renseignements est amplement justifiée. Une phrase mal articulée, mal interprétée ou prononcée à un moment inopportun peut causer des difficultés pour les négociations fédérales-provinciales en cours sur l'unité. Je dois avouer qu'il m'est très pénible d'avoir à me prononcer sur la question soulevée par les plaintes dans cette affaire, savoir si le BCP a été excessivement prudent dans la divulgation au point de faillir au critère du «risque vraisemblable de préjudice» visé à l'article 14. Malheureusement, je suis tenu par la loi à cette tâche.

Le Commissaire à l'information explique la difficulté qu'il relève en l'espèce. Il fait cette observation:

[TRADUCTION] Sur un point, je n'ai aucun doute. Même dans le contexte de nos inquiétantes difficultés constitutionnelles, dont l'enjeu (l'existence même du pays tel que nous le connaissons) est si important, la condition minimum de la confidentialité n'a pas changé. Si certains tiennent à garder secrets des documents qui présentent «un risque» de préjudice s'ils sont divulgués, je suis d'avis que la loi ne donne tout simplement pas cette latitude au gouvernement (ou à moi-même).

Cela dit, je ne doute pas non plus que la décision du gouvernement de ne pas divulguer les documents visés par ces plaintes ait été prise en bonne foi, après examen minutieux aux échelons les plus élevés et dans le contexte d'un engagement général à la transparence. . .

Viennent ensuite les conclusions et recommandations du Commissaire à l'information:

[TRADUCTION] Ayant personnellement examiné les dossiers soustraits à la communication et faisant l'objet de cette enquête, et pris en considération les arguments avancés pour ou contre leur divulgation, je ne peux être aussi doctrinaire que je l'ai été. En l'espèce, je suis convaincu que si elles sont divulguées, certaines parties des documents visés risqueraient vraisemblablement de causer le préjudice visé à l'article 14.

Des parties de documents pourraient donner une idée des choix stratégiques envisagés par le gouvernement et même un commissaire à l'information peut comprendre le besoin légitime du gouvernement de garder certaines de ses cartes secrètes lors de négociations délicates. Et il y a en fait dans ces documents des questions—destinées à sonder la profondeur et les limites de la réaction du public à certaines idées, individus, groupes ou hypothèses—qui de par leur nature peuvent être formulées de façon inélégante ou malhabile, du moins du point de vue des relations publiques. Il n'est pas déraisonnable, à mon avis, d'admettre que si elles sont divulguées, ces informations pourraient perturber l'atmosphère déjà troublée où se déroulent les négociations de réforme constitutionnelle.

Cela dit, je dois rendre compte qu'après avoir personnellement examiné le dossier des sondages d'opinion, je suis convaincu que si certains renseignements méritent certainement d'être exemptés, il n'en est pas de même de la plupart d'entre

with public issues and public proposals. I'm simply not able to agree that disclosure of such information could compromise the government's strategic or tactical options.

To return to the formal legal position I must tell you that, in my view, the majority of the withheld records could not reasonably be expected to injure the conduct of federal-provincial relations if disclosed. In particular, I believe there should be disclosure of questions and answers about matters publicly known to be under consideration in the unity discussions or which reveal the survey responses to questions about publicly announced policies, proposals, strategies or ideas (be they federal, provincial or from other groups or individuals).

True, if such information were disclosed, it might well become the subject of media or other public comment and it could be used to support or criticize the positions of various players in the unity debate. To such a concern I would answer with the government's own view that a significant level of informed public involvement in the debate is necessary to avoid the perception of public exclusion—a perception, which, I would argue, itself carries a heavy risk of injury to federal-provincial relations. And one must bear in mind that the most recent of the surveys at issue here is even now out of date by almost half a year.

Put in somewhat more legalistic language—even a non-lawyer cannot escape it!—it is my conclusion that additional severance and disclosure is possible, pursuant to section 25, without giving rise to the harm described in section 14. For that reason, I must find the complaints dealt with in this report to be well-founded. It is my recommendation that additional portions of the requested records be disclosed. A marked package of records indicating my proposed approach to satisfactory severance has been provided to your access coordinator.

The Information Commissioner determined that of the total of 709 pages all but 74 should be released.

### C. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

Section 2 of the *Access to Information Act* sets forth the purpose of the Act:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

eux. Pour la plus grande partie, les questions, réponses et analyses portent sur des questions publiques et des propositions publiques. Il m'est tout simplement impossible de convenir que leur divulgation pourrait compromettre les orientations ou les mesures ouvertes au gouvernement.

a

Pour en revenir à la règle juridique, je dois faire observer qu'à mon avis, la plupart des documents retenus ne risqueraient vraisemblablement pas, s'ils étaient divulgués, de porter préjudice à la conduite des relations fédérales-provinciales. En particulier, j'estime qu'il faut divulguer les questions et réponses relatives aux sujets dont on sait qu'ils ont été abordés dans les discussions sur l'unité ou qui révèlent les réponses aux questions posées dans les sondages sur des politiques, propositions, stratégies ou idées publiquement annoncées (qu'elles émanent du gouvernement fédéral, des provinces ou d'autres institutions ou individus).

Il est vrai que si elles étaient divulguées, ces informations pourraient faire l'objet de commentaires dans les médias ou autres forums publics, et elles pourraient servir à soutenir ou à critiquer la position des divers intervenants dans le débat sur l'unité. À cette objection, je répondrais que de l'avis du gouvernement lui-même, une large participation du public informé au débat est nécessaire pour éviter l'impression qu'il en est exclu, impression qui, à mon avis, comporte un risque considérable de préjudice pour les relations fédérales-provinciales. Et il ne faut pas oublier que le plus récent des sondages en cause est maintenant dépassé de près de six mois.

Pour emprunter le vocabulaire du droit—même un non-juriste ne peut y échapper—je conclus qu'il est possible de prélever et de communiquer davantage de documents, en application de l'article 25, sans donner lieu au préjudice visé à l'article 14. Pour cette raison, je ne peux que conclure au bien-fondé des plaintes faisant l'objet du présent rapport. J'ai communiqué à votre coordonnateur de l'accès à l'information un ensemble marqué de documents que je juge propres au prélèvement.

Le Commissaire à l'information a conclu que sur le total de 709 pages demandées, toutes, à l'exception de 74 pages, devraient être communiquées.

h

### C. LES TEXTES DE LOI APPLICABLES

L'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* en énonce l'objet comme suit:

i

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

j

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

Subsection 4(1) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144] sets forth a basic right of access to government information. It states:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

Sections 13 to 24 set forth exemptions from the general principle of access set out in subsection 4(1). Section 14 is the provision relied upon by the Government in this case for refusing to disclose the records requested:

14. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct by the Government of Canada of federal-provincial affairs, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(a) on federal-provincial consultations or deliberations; or

(b) on strategy or tactics adopted or to be adopted by the Government of Canada relating to the conduct of federal-provincial affairs.

Section 25 provides for severance of disclosable from non-disclosable portions of the record:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

Sections 30 to 37 set forth the procedures involving the Information Commissioner.

Under section 41 persons who have been refused access to information, if they have made a complaint to the Information Commissioner, may apply to this Court for a review of the matter:

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

Le paragraphe 4(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] définit le droit d'accès fondamental aux documents de l'administration fédérale, comme suit:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

Les articles 13 à 24 prévoient les exceptions au principe général d'accès défini au paragraphe 4(1). L'article 14 est la disposition invoquée en l'espèce par le gouvernement pour refuser de communiquer les documents demandés:

14. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires fédéro-provinciales, notamment des renseignements sur:

a) des consultations ou délibérations fédéro-provinciales;

b) les orientations ou mesures adoptées ou à adopter par le gouvernement du Canada touchant la conduite des affaires fédéro-provinciales.

L'article 25 prévoit la possibilité de prélever les documents consultables sur ceux qui ne le sont pas:

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

Les articles 30 à 37 prévoient les modalités de l'intervention du Commissaire à l'information.

Aux termes de l'article 41, quiconque s'est vu refuser la communication de documents peut, après plainte auprès du Commissaire à l'information, saisir cette Cour d'un recours en contrôle judiciaire:

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

Under section 42 the Information Commissioner may apply to this Court for a review of any refusal to disclose in respect of which he has conducted an investigation provided he has the consent of the person who requested access:

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44.

Section 47 requires the Court, in any proceeding arising from applications under sections 41 or 42 to take every reasonable precaution to avoid disclosure of the record that is the subject-matter of the application. This unusual procedure was the subject of comment by Jerome A.C.J. in *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.), at page 942:

On the subject of closed hearings, proceedings in our courts must take place in full public view and in the presence of all parties. Exceptions to this principle occur from time to time, but must be kept to the minimum of absolute necessity. Even then, directions should be such as to safeguard the public interest in the administration of justice, and the rights of any parties not permitted to participate. In applications under these access to information statutes, the issue is confidentiality, and obviously to conduct them in public view pre-empts the final decision. For the present, therefore, there does not seem to be any alternative but to restrict attendance to counsel for the parties.

In any proceeding pursuant to sections 41 or 42, section 48 places the burden on the Government to establish authorization to refuse disclosure:

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

L'article 42 prévoit qu'avec le consentement de la personne qui a demandé le document, le Commissaire à l'information peut saisir cette Cour d'un recours en contrôle judiciaire contre le refus de communication sur lequel il a effectué une enquête:

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44.

L'article 47 prévoit qu'en cas de procédure engagée en application des articles 41 ou 42, la Cour prendra toutes les précautions nécessaires pour éviter que ne soient divulgués les renseignements en cause. Cette règle de procédure inhabituelle a été expliquée par le juge en chef adjoint Jerome dans *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 942:

En ce qui concerne les audiences à huis clos, les débats devant nos tribunaux doivent être publics et être tenus en présence de toutes les parties. Il peut y avoir à l'occasion des exceptions à ce principe, mais ces exceptions doivent se limiter aux cas de nécessité absolue. Même alors, les directives doivent permettre de sauvegarder l'intérêt qu'a le public dans l'administration de la justice et les droits de toutes les parties qui sont exclues du débat. Dans les demandes faites en vertu des lois sur l'accès à l'information, le litige porte sur le caractère confidentiel de certains renseignements, et il est évident qu'une audience publique dans ce cas rendrait inutile la décision finale. En conséquence, il semble qu'il n'y ait en l'espèce d'autre solution que de n'admettre à l'audience que les avocats des parties.

L'article 48 prévoit que dans toute instance engagée en application de l'article 41 ou 42, il incombe au gouvernement de prouver le bien-fondé du refus de communication:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

Section 50 sets forth the role and jurisdiction of the Court in the case of an application arising out of the refusal by the Government to make disclosure based on section 14 of the Act:

50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

#### D. THE LEGAL TEST FOR CONFIDENTIALITY

This is the first case in which this Court has been called upon to consider the exemption provided under section 14 of the Act (“injurious to the conduct by the Government of Canada of federal-provincial affairs”).

The Act contains two types of exemptions, mandatory (sections 13, 19, 20, 24) and discretionary (sections 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23). In the case of mandatory exemptions, the only decision to be made is whether the record comes within the description that the Act requires be exempted from disclosure. In the case of discretionary exemptions such as that under section 14, two decisions are necessary: first, does the record come within the description that is contemplated by the statutory exemption invoked in a particular case; and second, if it does, should the record nevertheless be disclosed. It is with respect to the first type of decision that evidence was filed and counsel devoted their arguments.

Subsection 2(1) which sets forth the purpose of the Act provides a guide to the interpretation of the operative provisions of the Act. It says that the purpose of the Act is:

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

*a*

L'article 50 définit le rôle et la compétence de la Cour en cas de recours contre le refus de communication fondé par le gouvernement sur l'article 14 de la Loi:

*b*

50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

*d*

#### D. LE CRITÈRE JURIDIQUE DE LA CONFIDENTIALITÉ

Cette cause est la première où la Cour est appelée à se prononcer sur l'exception prévue à l'article 14 de la Loi «porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires fédéro-provinciales».

*f*

La Loi prévoit deux catégories d'exemptions, les exemptions obligatoires (articles 13, 19, 20, 24) et les exemptions discrétionnaires (articles 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23). Dans le cas des exemptions obligatoires, il s'agit seulement de décider si le document relève des catégories que la Loi soustrait à la communication. Dans le cas des exemptions discrétionnaires, telles les exceptions prévues à l'article 14, deux décisions sont nécessaires: il faut tout d'abord déterminer si le document relève de la catégorie soumise à l'exception légale invoquée dans le cas d'espèce; et ensuite, le cas échéant, s'il y a quand même lieu de communiquer ce document. C'est sur le premier type de décision que des preuves et témoignages ont été produits et que les avocats de part et d'autre ont présenté leur argumentation en l'espèce.

*i*

Le paragraphe 2(1) qui énonce l'objet de la Loi établit aussi le principe d'interprétation des dispositions de fond. Selon ce paragraphe, la Loi a pour objet:

2. (1) . . . to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. . . .

It establishes guiding principles:

(a) government information should be available to the public;

(b) necessary exemptions . . . should be limited and specific;

(c) decisions on disclosure . . . should be reviewed independent of government.

In considering the purpose of the *Access to Information Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I] in *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, *supra*, Jerome A.C.J. stated at pages 942-943:

There was no disagreement that the burden of proof rests upon the applicant Maislin. It should be emphasized however, that since the basic principle of these statutes is to codify the right of public access to Government information two things follow: first, that such public access ought not be frustrated by the courts except upon the clearest grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure whether, as in this case, it is the private corporation or citizen, or in other circumstances, the Government.

In this case the exception is claimed pursuant to section 14. The words "could reasonably be expected to" in section 14 are also found in other sections of the Act. In considering the same wording in paragraph 20(1)(c), the Federal Court of Appeal has determined that the exception to access must be based on a "reasonable expectation of probable harm": *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at pages 59-60. A careful reading of the decision of MacGuigan J.A. reveals that he was "tempted" to construe the words "could reasonably be expected to" by analogy to an approach to tort law but resisted that temptation since it might open the door to an exception for possible rather than probable harm:

. . . I believe the temptation to carry through the tort analogy should be resisted, particularly if *Wagon Mound (No. 2)*, *supra*,

2. (1) . . . d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale. . . .

Il établit les principes directeurs suivants:

(a) le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale;

(b) les exceptions indispensables doivent être précises et limitées;

(c) les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

En analysant l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I] dans le jugement *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, *supra*, le juge en chef adjoint Jerome a tiré cette conclusion aux pages 942 et 943:

Toutes les parties admettent que le fardeau de la preuve incombe à la requérante Maislin. Il faut cependant souligner que, puisque le principe de base de ces lois est de codifier le droit du public à l'accès aux documents du gouvernement, deux conséquences en découlent: d'abord, les tribunaux ne doivent pas neutraliser ce droit sauf pour les motifs les plus évidents, de sorte qu'en cas de doute, il faut permettre la communication; deuxièmement, le fardeau de convaincre la cour doit incomber à la partie qui s'oppose à la communication, qu'il s'agisse, comme en l'espèce, d'une société privée ou d'un citoyen ou, dans d'autres cas, du gouvernement.

En l'espèce, c'est l'article 14 qui a été invoqué pour justifier l'exemption. Les mots «risquerait vraisemblablement de» figurant à l'article 14 se retrouvent dans d'autres dispositions de la Loi. Face à la même formule qui se trouve à l'alinéa 20(1)(c), la Cour d'appel fédérale a conclu que le refus de communication doit être fondé sur le «risque vraisemblable de préjudice probable»; voir *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, aux pages 59 et 60. Il ressort d'une lecture attentive des motifs prononcés par le juge MacGuigan J.C.A., qu'il était «tenté» d'interpréter les mots «risquerait vraisemblablement de» par analogie avec les principes de responsabilité délictuelle, mais a repoussé cette tentation parce qu'elle pourrait ouvrir la porte à l'exception fondée sur le préjudice possible et non le préjudice probable:

. . . j'estime qu'il faille repousser la tentation d'établir une analogie en matière de responsabilité délictuelle, particulièrement

is thought of as opening the door to liability for the mere possibility of foreseeable damage, as opposed to its probability. The words-in-total-context approach to statutory interpretation which this Court has followed in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; (1985), 60 N.R. 321 and *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1988] 3 F.C. 494 requires that we view the statutory language in these paragraphs in their total context, which must here mean particularly in the light of the purpose of the Act as set out in section 2. Subsection 2(1) provides a clear statement that the Act should be interpreted in the light of the principle that government information should be available to the public and that exceptions to the public's right of access should be "limited and specific". With such a mandate, I believe one must interpret the exceptions to access in paragraphs (c) and (d) to require a reasonable expectation of probable harm.

It is clear that the statutory provisions as they have been construed in the jurisprudence place a heavy burden upon the party seeking to prevent disclosure. Faced as they were with such an onus, counsel for the Government in this case attempted to persuade me that I should not follow *Canada Packers, supra*, and that I should have regard to Australian jurisprudence on the Australian *Freedom of Information Act* 1982 [No. 3, 1982] which is more favourable to the Government's position.

The decision in *Canada Packers, supra*, is binding on me. Nonetheless, one of the Government's arguments requires some brief comment. It was argued that subsection 2(1) of the *Access to Information Act* is merely descriptive and should not be used as a guide to interpreting the Act. I cannot accept this proposition. Statutes are to be interpreted with a view to carrying out their objects and purposes. When Parliament has been explicit in setting forth the purpose of an enactment and principles to be applied in construing it, I am of the opinion that such purpose and principles must form the foundation on which to interpret the operative provisions of the Act. Indeed, in the excerpt from the *Canada Packers* case, *supra*, quoted above, MacGuigan J.A. came to that very conclusion in respect of this Act.

Counsel for the Government also advanced arguments attempting to distinguish *Canada Packers* (it dealt with paragraph 20(1)(c) and not section 14) or attempting to argue that it was incorrectly decided. In pursuit of this argument, counsel also had to argue that *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister*

si on pense que l'affaire *Wagon Mound (No. 2)*, susmentionnée, ouvre la porte à la responsabilité fondée sur la simple possibilité d'un préjudice prévisible, par opposition à sa probabilité. La méthode d'interprétation des lois qui consiste à examiner les termes dans leur contexte global et que cette Cour a suivie dans l'affaire *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; (1985), 60 N.R. 321, et *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494, exige que nous examinions le texte de ces alinéas dans leur contexte global, c'est-à-dire en tenant compte en l'espèce particulièrement de l'objet énoncé à l'article 2 de la Loi. Le paragraphe 2(1) énonce clairement que la Loi devrait être interprétée en tenant compte du principe que les documents de l'administration fédérale devraient être mis à la disposition du public et que les exceptions au droit d'accès du public devraient être «précises et limitées». Avec un tel mandat, j'estime qu'on doit interpréter les exceptions au droit d'accès figurant aux alinéas c) et d) comme exigeant un risque vraisemblable de préjudice probable.

Il est clair que les textes de loi applicables, tels que la jurisprudence les a interprétés, imposent un lourd fardeau à la partie qui s'oppose à la communication. Face à pareil fardeau, les avocats représentant le gouvernement font valoir que je ne devrais pas suivre le précédent *Canada Packers (supra)*, mais que je devrais m'inspirer de l'application faite par la jurisprudence australienne de la loi *Freedom of Information Act* 1982 [No. 3, 1982] d'Australie, qui est plus favorable à la thèse du gouvernement.

Je suis tenu de suivre la décision *Canada Packers (supra)*. Je dois cependant m'arrêter brièvement sur l'un des arguments avancés par le gouvernement. Selon celui-ci, le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* n'a que valeur descriptive et ne doit pas servir de guide pour l'interprétation de la même Loi. Je ne saurais accueillir cet argument. Si on interprète les lois, c'est pour en atteindre les buts et objectifs. Puisque le législateur a expressément énoncé l'objet du texte ainsi que les principes à appliquer pour son interprétation, cet objet et ces principes doivent constituer le fondement sur lequel on doit interpréter les dispositions de fond de la Loi. En effet, dans le passage ci-dessus de la décision *Canada Packers (supra)*, le juge MacGuigan J.C.A., est parvenu à la même conclusion à l'égard de cette Loi.

Les avocats représentant le gouvernement ont encore avancé des arguments pour distinguer les faits de la cause en instance de ceux de l'affaire *Canada Packers* (qui portait sur l'alinéa 20(1)c) et non sur l'article 14), ou encore pour faire valoir que cette dernière cause a été mal jugée. En poursuivant cet argu-

of *Supply and Services*) (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.), which followed *Canada Packers* was also wrongly decided. The words "could reasonably be expected to" as interpreted in *Canada Packers* and subsequently followed by *Saint John Shipbuilding* are the same as in this case. I do not consider it fruitful to dissect counsel's arguments in detail since I am bound by *Canada Packers* and *Saint John Shipbuilding* in any event. Suffice it to say I have considered the arguments and am not persuaded by them.

As mentioned, the Government also submitted that guidance in interpreting and applying the Canadian Act may be found in examining the Australian jurisprudence as it relates to the Australian *Freedom of Information Act* 1982.

Subsection 3(1) of the Australian Act is a purpose clause similar but not the same as subsection 2(1) of the Canadian *Access to Information Act*. Subsection 3(1) of the Australian Act states:

3. (1) The object of this Act is to extend as far as possible the right of the Australian community to access to information in the possession of the Government of the Commonwealth by—

- (a) making available to the public information about the operations of departments and public authorities and, in particular, ensuring that rules and practices affecting members of the public in their dealings with departments and public authorities are readily available to persons affected by those rules and practices; and
- (b) creating a general right of access to information in documentary form in the possession of Ministers, departments and public authorities, limited only by exceptions and exemptions necessary for the protection of essential public interest and the private and business affairs of persons in respect of whom information is collected and held by departments and public authorities.

(2) It is the intention of the Parliament that the provisions of this Act shall be interpreted so as to further the object set out in sub-section (1) and that any discretions conferred by this Act shall be exercised as far as possible so as to facilitate and promote, promptly and at the lowest reasonable cost, the disclosure of information.

The Government submitted that the Australian equivalent to section 14 of the Canadian Act is found

ment, ils ont dû soutenir que la décision *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.), qui suivait *Canada Packers*, était aussi mal jugée. Les mots «risquerait vraisemblablement de», dont l'interprétation donnée dans *Canada Packers* a été suivie dans *Saint John Shipbuilding*, sont les mêmes que ceux qui nous intéressent en l'espèce. Il ne servirait à rien d'analyser l'argument des avocats du gouvernement à ce sujet puisque je suis tenu de suivre les précédents *Canada Packers* et *Saint John Shipbuilding*. Il suffit de noter que j'ai examiné ces arguments et que je ne les ai pas trouvés concluants.

Comme noté plus haut, le gouvernement soutient aussi qu'on peut interpréter et appliquer la loi canadienne en s'inspirant de la jurisprudence australienne portant sur la loi *Freedom of Information Act* 1982 d'Australie.

Le paragraphe 3(1) de la loi australienne, qui en définit l'objet, est semblable mais non identique au paragraphe 2(1) de la loi canadienne. Voici ce qu'il prévoit:

[TRADUCTION] 3. (1) La présente loi a pour objet d'élargir autant que possible l'accès du public australien aux documents du gouvernement du commonwealth:

- (a) par la mise à la disposition du public des renseignements sur les activités des ministères et des autorités publiques, et en particulier, par la garantie que les règles et pratiques régissant les rapports entre le public et les ministères et autorités publiques soient à la disposition de ceux qui en sont affectés;
- (b) par la création d'un droit général d'accès aux renseignements contenus dans les documents se trouvant en la possession des ministres, des ministères et des autorités publiques, ce droit n'étant limité que par des exceptions et exemptions nécessaires à la protection de l'intérêt public essentiel, ainsi que de la vie privée et du commerce des personnes au sujet desquelles ces renseignements ont été recueillis et détenus par les ministères et autorités publiques concernés.

(2) Les dispositions de la présente loi seront interprétées de façon que l'objet prévu au paragraphe (1) soit atteint et que tout pouvoir discrétionnaire conféré par elle soit exercé de manière, autant que faire se peut, à faciliter et à promouvoir la communication des renseignements, promptement et au coût le plus bas possible.

Le gouvernement soutient que l'équivalent de l'article 14 de la loi canadienne est le paragraphe 33A(1)

at subsection 33A(1) [as enacted by *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, s. 17] of the Australian Act which states:

33A (1) Subject to sub-section (5), a document is an exempt document if disclosure of the document under this Act—

(a) would, or could reasonably be expected to, cause damage to relations between the Commonwealth and a State; or

(5) This section does not apply to a document in respect of matter in the document the disclosure of which under this Act would, on balance, be in the public interest.

In support of its position, the Government referred to a number of Australian authorities. However, in argument, counsel submitted that *Arnold (on behalf of Australians for Animals) v Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.), provided a summary of the relevant Australian authorities and would be sufficient in outlining the interpretation he wished to advance.

In defining the proper test to apply under subsection 33A(1), Burchett J. in *Arnold v. Queensland*, *supra*, at page 628, wrote:

A feature of the drafting of para (a) of s 33A(1) is that it does not require a finding that disclosure would cause damage to relations between the Commonwealth and a State. It provides the alternative: "or could reasonably be expected to cause [such] damage". It is now established that this does not require a probability, though a possibility which fails to reach the level of probability must be sufficiently tangible to answer to the notion of a reasonable capacity to be expected.

Later, on the same page the learned Judge stated:

I think the statute employs the expression "could reasonably be expected" in a sense corresponding to that which this passage conveys, but when all analysis has been exhausted the ultimate requirement of the statute is to apply its words directly to the problem thrown up by the circumstances of the case. . . .

These two passages capture, I believe, the thrust of what the Government wished to import from the Australian jurisprudence. That is: (1) there should exist a sliding scale test where the more serious the injury from disclosure, the more one should accept a possibility of injury; the less serious the injury from disclosure, the more one would tip the balance toward requiring a probability of injury; and (2) the words of

[édicte par *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, art. 17] de la loi australienne qui porte:

[TRADUCTION] 33A (1) Sous réserve du paragraphe (5), est exempté de la communication tout document dont la communication sous le régime de la présente loi:

(a) nuirait ou risquerait vraisemblablement de nuire aux relations entre le commonwealth et un État;

(5) Le présent article ne s'applique pas aux documents renfermant des renseignements dont la divulgation sous le régime de la présente loi est, tout bien considéré, conforme à l'intérêt public.

À l'appui de sa thèse, le gouvernement cite divers précédents australiens. Son avocat fait cependant valoir dans son argumentation que la décision *Arnold (on behalf of Australians for Animals) v Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.), donne le sommaire de la jurisprudence australienne applicable et constitue une illustration suffisante de l'interprétation qu'il défend.

En définissant le critère à appliquer dans le cadre du paragraphe 33A(1), le juge Burchett a tiré cette conclusion dans *Arnold v. Queensland*, *supra*, à la page 628:

[TRADUCTION] Un trait caractéristique du libellé de l'alinéa (a) du paragraphe 33A(1) est qu'il n'est pas nécessaire de conclure que la divulgation nuirait aux relations entre le commonwealth et un État. Cet alinéa prévoit une seconde possibilité: «ou risquerait vraisemblablement de nuire». Il est maintenant établi que cette disposition n'exige pas d'établir la probabilité, bien qu'une possibilité qui n'atteigne pas au niveau de probabilité doit être suffisamment tangible pour être qualifiée de risque vraisemblable.

Et un peu plus loin:

[TRADUCTION] Je pense que les mots «risquerait vraisemblablement de» figurant dans la loi ont un sens correspondant à celui qu'exprime ce passage, mais en dernière analyse, l'impératif ultime que prévoit cette loi, c'est qu'il faut l'appliquer telle qu'elle est formulée au problème qui se pose dans le cas d'espèce.

Ces deux passages cernent, il me semble, le sens que le gouvernement entend dégager de la jurisprudence australienne, à savoir: (1) qu'il faut appliquer un critère à échelle mobile, c'est-à-dire que plus le préjudice résultant de la divulgation est grave, plus on doit opter pour le critère du préjudice possible, et que moins le préjudice éventuel est grave, plus on doit faire pencher la balance du côté de la preuve du ris-

the *Access to Information Act* should be read on their own without the incorporation of other words into their meaning.

As enticing as these propositions may be, they simply cannot be accepted given the clear and direct Canadian authority in this area of the law. On the first point, the Canadian jurisprudence (*Canada Packers, supra*) precludes me from adopting a sliding scale evaluation that would justify confidentiality based upon a reasonable expectation of possible harm having regard to the seriousness of the injury that might be caused by disclosure.<sup>4</sup> On the second point, it is abundantly clear from the same jurisprudence that the test that I must apply in interpreting the words "could reasonably be expected to be injurious to" in section 14 of the *Access to Information Act* is one of reasonable expectation of probable harm.

The Canadian jurisprudence interpreting the *Access to Information Act* has established guidelines that can be useful in assessing whether or not there is a reasonable expectation of probable harm from disclosure in a given situation and the procedures to be followed. The following are not exhaustive:

1. The exceptions to access require a reasonable expectation of probable harm: *Canada Packers, supra*, at page 60.
2. The considered opinion of the Information Commissioner should not be ignored: *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at page 272.
3. Use of the information is to be assumed in assessing whether its disclosure would give rise to a reasonable expectation of probable harm: *Air Atonabee Ltd.*

<sup>4</sup> I am clearly bound by the jurisprudence. However the facts of the case at bar invite consideration of whether the test which has evolved may be too stringent and unyielding and that in cases where defences to disclosure are based on those sections which incorporate wording such as "could reasonably be expected to be injurious to", that the seriousness of the consequences that may flow from disclosure should be taken into account.

que probable; et (2) que la *Loi sur l'accès à l'information* doit être interprétée telle qu'elle est libellée, sans qu'on cherche à y introduire des mots qui n'y figurent pas.

<sup>a</sup> Aussi séduisants que puissent être ces arguments, ils ne sauraient être accueillis vu la clarté et l'applicabilité directe de la jurisprudence canadienne en la matière. Sur le premier point, cette jurisprudence (*Canada Packers, supra*) m'interdit d'appliquer une évaluation sur échelle mobile qui justifierait le refus de communication par un risque vraisemblable de préjudice possible compte tenu de la gravité du préjudice qui pourrait résulter de la divulgation<sup>4</sup>. Sur le second point, cette jurisprudence ne laisse aucun doute que le critère que je dois appliquer pour interpréter les mots «risquerait vraisemblablement de» figurant à l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information* est le critère du risque vraisemblable de préjudice probable.

<sup>e</sup> La jurisprudence canadienne portant interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* a défini des principes directeurs qui peuvent servir à déterminer si la communication risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable dans un cas donné; elle a aussi défini la marche à suivre en la matière. Voici les règles qui s'en dégagent, et la liste n'en est pas exhaustive:

1. Les exceptions au droit d'accès doivent être justifiées par un risque vraisemblable de préjudice probable; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 60.
2. On doit tenir compte de l'avis mûrement réfléchi du Commissaire à l'information; voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la page 272.
3. Il faut présumer que les renseignements demandés seront utilisés, lorsqu'il s'agit d'examiner si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un ris-

<sup>4</sup> Je suis certainement tenu par la jurisprudence. Peu importe que les faits de la cause engagent à examiner si le critère qui s'est instauré est peut-être trop rigoureux et trop rigide, et ce dans les cas où le refus de communication est fondé sur les articles comportant des mots tels que «risquerait vraisemblablement de», et s'il y a lieu de prendre en considération la gravité des conséquences possibles de la communication.

v. *Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), at page 210.

4. It is relevant to consider if the information sought to be kept confidential is available from sources otherwise available by the public and whether it could be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own: *Air Atonabee*, *supra*, at page 202.

5. Press coverage of a confidential record is relevant to the issue of expectation of probable harm from its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 63; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at page 488.

6. Evidence of the period of time between the date of the confidential record and its disclosure is relevant: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488.

7. Evidence that relates to consequences that could ensue from disclosure that describe the consequences in a general way falls short of meeting the burden of entitlement to an exemption from disclosure: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488; *Air Atonabee*, *supra*, at page 211.

8. Each distinct record must be considered on its own and in the context of all the documents requested for release, as the total contents of the release are bound to have considerable bearing on the reasonable consequences of its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 64.

9. Section 25 of the Act provides for severance of material in a record that can be disclosed from that which is protected from disclosure under an exemption provision. The severance must be reasonable. To disclose a few lines out of context would be worthless: *Montana Band of Indians v. Can. (Min. of Indian & Nor. Affairs)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (F.C.T.D.), at page 166.

10. Exemptions from disclosure should be justified by affidavit evidence explaining clearly the rationale exempting each record: *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.), at pages 109-110; and *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Depart-*

que probable; voir *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 210.

4. Il convient d'examiner si les renseignements dont la communication est refusée peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a normalement accès, ou peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef; voir *Air Atonabee (supra)*, à la page 202.

5. La couverture par la presse d'un renseignement confidentiel est un facteur à prendre en considération dans l'examen du risque de préjudice probable résultant de la divulgation; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 63; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 488.

6. Est admissible la preuve relative à l'intervalle séparant la date du renseignement confidentiel et celle de sa divulgation; voir *Ottawa Football Club (supra)*, à la page 488.

7. La preuve des conséquences susceptibles de découler de la divulgation, qui donne une description générale de ces conséquences, ne satisfait pas à la norme de preuve applicable à l'exemption de communication; voir *Ottawa Football Club (supra)*, à la page 488; *Air Atonabee (supra)*, à la page 211.

8. Chaque document distinct doit être considéré à part et dans le contexte de tous les documents demandés car la teneur totale d'une communication doit influencer énormément sur les conséquences vraisemblables de sa divulgation; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 64.

9. L'article 25 de la Loi prévoit la possibilité de séparer dans un document les renseignements qui peuvent être divulgués de ceux qui sont protégés par une exception. Le prélèvement doit être raisonnable. Il ne servirait à rien de divulguer quelques lignes hors de contexte; voir *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 166.

10. Le refus de communication doit être justifié au moyen de témoignages par affidavit expliquant clairement la raison de l'exemption de chaque document; voir *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 109 et 110 et *Merck*

ment of Health and Welfare Protection Branch) (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.), at page 179.

In analyzing the material in this case I have had regard to these principles and procedures.

## E. THE EVIDENCE

The evidence in these four motions consists of some sixteen affidavits and transcripts of cross-examinations on four of the affidavits. Each of the affidavits consists of voluminous exhibits and attachments. It would not be an exaggeration to say that the material in this case amounted to well over one thousand pages.

### Evidence in Support of the Motions

#### 1. Public Affidavit of Paul Tetro—June 16, 1992

Mr. Tetro is General Counsel in the Office of the Information Commissioner. In this affidavit Mr. Tetro recites the chronology of events relating to the Simpson and Lapointe access to information request. Attached as an exhibit are 108 pages (out of 709 pages) which the PCO indicated were the pages available for disclosure and which were severed from the balance of the information which it was alleged qualified for exemption under section 14 of the Act.

The affidavit explains that an investigator was appointed by the Information Commissioner's Office, that all relevant pages, both confidential and non-confidential, were provided by the PCO to the investigator and that internal PCO memoranda relating to the access requests were also provided to the investigator.

The affidavit goes on to outline the procedure followed by the Information Commissioner to which I referred earlier.

The Information Commissioner process took from mid-January to mid-May, 1992. The affidavit concludes by explaining how the court applications were instituted.

*Frost Canada Inc. c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social, Division de la protection)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 179.

<sup>a</sup> J'ai tenu compte des principes et méthodes ci-dessus pour analyser les documents en cause.

## E. LES PREUVES ET TÉMOIGNAGES

<sup>b</sup> Les témoignages produits dans le cadre de ces quatre requêtes consistent en quelque seize affidavits et transcriptions des contre-interrogatoires consacrés à quatre de ces affidavits. De nombreuses pièces sont jointes à chacun des affidavits. Il ne serait pas exagéré de dire que les documents versés aux débats dépassent les mille pages.

### <sup>c</sup> Les témoignages à l'appui des requêtes

#### 1. L'affidavit public du 16 juin 1992 de Paul Tetro

<sup>e</sup> M. Tetro, qui est conseiller juridique au Commissariat à l'information, rapporte dans son affidavit la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication de Simpson et de Lapointe. Cet affidavit est accompagné d'une pièce composée de 108 pages (sur 709 pages) dont le BCP indique qu'elles sont consultables et qui ont été séparées du restant des renseignements dont celui-ci soutient qu'ils sont exemptés en application de l'article 14 de la Loi.

<sup>f</sup> Cet affidavit explique que le Commissariat à l'information a désigné un enquêteur, que le BCP a communiqué à ce dernier toutes les pages visées, confidentielles ou non, ainsi que ses notes de service internes à ce sujet.

<sup>g</sup> L'affidavit rapporte ensuite la procédure observée par le Commissaire à l'information, telle qu'elle est notée plus haut.

<sup>h</sup> L'instance devant le Commissaire à l'information a duré de la mi-janvier à la mi-mai 1992. L'affidavit relate enfin comment les recours judiciaires ont été engagés.

## 2. Public Affidavit of Paul Tetro—July 22, 1992

This affidavit essentially covers the chronology of events relating to the access request of Nielsen and Morris. To all intents and purposes the facts outlined in Mr. Tetro's affidavit of June 16, 1992 in relation to the access requests of Simpson and Lapointe apply to the access requests of Nielsen and Morris.

## 3. Confidential Affidavit of Paul Tetro—June 16, 1992

This affidavit lists all of the records identified by the PCO as being embraced by the original requests made pursuant to the Act and attaches all such records. It also refers to the access to information record of decision of the PCO, and internal PCO memoranda related to the access requests and attaches these documents. Various submissions and correspondence between the complainants and the Information Commissioner and the PCO and the Commissioner are attached. The documents recommended for disclosure are listed and attached and those not recommended for disclosure are attached.

## 4. Affidavit of Mary Calamai—June 23, 1992

This affidavit sets forth a chronology of events relating to Ms. Calamai's request for access to information. Essentially the same course of events occurred as with the Simpson and Lapointe requests. Ms. Calamai deposes that the Information Commissioner advised that he would represent her interest in this Court but in doing so attached certain conditions. Ms. Calamai says that it is her firm belief that all of the records requested should be disclosed (and this is the reason she makes her own application and does not consent to be represented by the Information Commissioner). Attached to this affidavit are copies of the information requests, subsequent correspondence with the PCO and the Information Commissioner, the disclosed documents, some further information that was released at a later date, and notes from a 1984 address by the Prime Minister of Canada.

## 2. L'affidavit public du 22 juillet 1992 de Paul Tetro

Cet affidavit donne essentiellement la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication de Nielsen et de Morris. Essentiellement, tous les faits articulés dans l'affidavit du 16 juin 1992 de M. Tetro au sujet de la demande de communication de Simpson et de Lapointe s'appliquent aux demandes de Nielsen et de Morris.

## 3. L'affidavit confidentiel du 16 juin 1992 de Paul Tetro

Cet affidavit énumère tous les documents relevés par le BCP comme faisant l'objet des demandes initiales faites en application de la Loi, lesquels documents y sont joints. Il mentionne également le rapport de décision du BCP en matière d'accès à l'information, et les notes de service internes de ce dernier au sujet des demandes de communication, ces documents étant joints à l'affidavit. Divers mémoires et lettres échangés entre les plaignants et le Commissaire à l'information d'une part, et entre celui-ci et le BCP d'autre part, y sont également joints. Les documents dont la communication est recommandée sont énumérés et joints; ceux dont la communication n'est pas recommandée sont également joints mais non énumérés.

## 4. L'affidavit du 23 juin 1992 de Mary Calamai

Cet affidavit donne la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication de M<sup>me</sup> Calamai. Ces événements suivaient essentiellement le même cours que ceux qui faisaient suite aux demandes Simpson et Lapointe. M<sup>me</sup> Calamai témoigne qu'elle a été informée par le Commissaire à l'information qu'il était disposé à la représenter devant la Cour mais à certaines conditions. M<sup>me</sup> Calamai exprime sa ferme conviction que tous les documents demandés devraient être divulgués (et c'est pour cette raison qu'elle a intenté elle-même son recours et n'a pas consenti à ce que le Commissaire à l'information la représente). Elle a joint à son affidavit copie de ses demandes de communication, de la correspondance subséquente avec le BCP et le Commissaire à l'information, des documents divulgués, de certains renseignements qui ont été communiqués par la suite, et des notes prises d'un discours de 1984 du premier ministre du Canada.

5. Affidavit of Mary Calamai—July 8, 1992

In this affidavit Ms. Calamai deposes that she is a researcher employed by Southam News which is a wire service owned and operated by Southam Inc. Southam News, together with the Angus Reid Group, conducts polls and surveys. Paragraph 4 of this affidavit states:

4. One area in which extensive polling has been conducted by the Angus Reid Group and by Southam News during the time period covered by my access request of November 7, 1991 (Exhibit "A" to my Affidavit of June 23, 1992) is with respect to national unity, the constitution and constitutional reform. Attached to this my Affidavit as Exhibits "A" to "M", as more particularly listed below in paragraph 5, are polls that have been conducted by the Angus Reid Group and Southam News on the issues of national unity, the constitution and constitutional reform; the same issue that is the subject of these proceedings.

Paragraph 5 lists the names of 13 polls conducted from November 16, 1990 to May 7, 1992. Paragraphs 6 and 7 of this affidavit state:

6. Attached as Exhibits "1" through "60" of this my Affidavit, and contained in a separate bound volume, are computer printouts of articles from the same time period that have been written by reporters with Southam News with respect to these issues and these polls. As I am unaware of the content of those records that have not been released to me and which are the subject of these proceedings, I have produced all of the articles provided by Southam News during the relevant time period that touch on these issues. These articles have been made available for publication to newspapers across Canada by Southam News.

7. From review in the limited materials that were released to me by the Respondent to this Application, it is evident from pages 554 and 555 (as found in Exhibit "D" to my Affidavit of June 23, 1992), that two focus groups were held in which there was a "discussion on the Group of 22 proposals", that participants were asked for "their reactions to this 'federal proposal'" and that participants were asked to "read these 28 proposals." Attached to this my Affidavit as Exhibit "61" is a copy of the Report of the Group of 22, including its 28 proposals and as Exhibit "62" are copies of newspaper articles reporting on reactions to these proposals.

Attached to this affidavit are the results of the 13 polls referred to in paragraph 5 and the 60 articles referred to in paragraph 7. In addition, attached is the "Report of the Group of 22".

5. L'affidavit du 8 juillet 1992 de Mary Calamai

Dans cet affidavit, M<sup>me</sup> Calamai témoigne qu'elle est documentaliste chez Southam News, qui est une agence de presse dont Southam Inc. est la propriétaire et l'exploitante. Southam News effectue des sondages d'opinion avec la collaboration du groupe Angus Reid. Voici ce qu'elle déclare au paragraphe 4 de son affidavit:

[TRADUCTION] 4. Un domaine dans lequel le groupe Angus Reid et Southam News ont effectué des sondages d'opinion extensifs durant la période visée par ma demande de communication du 7 novembre 1991 (pièce «A» jointe à mon affidavit du 23 juin 1992) est celui de l'unité nationale, de la constitution et de la réforme constitutionnelle. Ci-joint à titre de pièces «A» à «M», lesquelles sont énumérées en détail au paragraphe 5 ci-dessous, les sondages effectués par le groupe Angus Reid et Southam News sur les questions d'unité nationale, de constitution et de réforme constitutionnelle, lesquelles questions font l'objet de la procédure en instance.

Le paragraphe 5 énumère les sondages d'opinion effectués durant la période allant du 16 novembre 1990 au 7 mai 1992. Les paragraphes 6 et 7 de l'affidavit portent ce qui suit:

[TRADUCTION] 6. Ci-joint, à titre de pièces «1» à «60» sous reliure séparée, les sorties d'imprimante des articles que les reporters de Southam News ont consacrés pendant la même période à ces questions et à ces sondages. Comme je ne connais pas le contenu des documents qui ne m'ont pas été communiqués et qui font l'objet de ce recours, j'ai produit tous les articles publiés par Southam News sur ces questions durant la période visée. Ces articles étaient offerts par Southam News aux journaux du Canada entier.

7. À la lecture du peu de documents qui m'a été communiqué par l'intimé nommé dans cette requête, il ressort des pages 554 et 555 (incluses dans la pièce «A» de mon affidavit du 23 juin 1992) qu'il y a eu deux groupes de discussion sur les «propositions du Groupe des 22», où les participants ont été invités à faire part de «leur réaction à cette «proposition fédérale»» et à «lire ces 28 propositions». Ci-joint, à titre d'annexe «61», la copie du rapport du Groupe des 22, dont ses 28 propositions, et, à titre de pièce «62», copie des articles de journaux sur la réaction suscitée par ces propositions.

Cet affidavit est accompagné des résultats des 13 sondages d'opinion mentionnés au paragraphe 5 et des 60 articles mentionnés au paragraphe 7. Y est joint en outre le [TRADUCTION] «Rapport du Groupe des 22».

6. Affidavit of Ken Rubin—June 15, 1992

This affidavit sets forth a chronology of events commencing with Rubin's access to information request dated November 29, 1991, the fact that the Information Commissioner offered to apply to the Federal Court on Rubin's behalf but that Rubin "could not give him consent as requested to argue the case on my behalf because I wanted to receive the total 690 [sic] pages of the poll, not 620 [sic] pages."

7. Supplementary Affidavit of Ken Rubin—June 29, 1992

This affidavit sets out a chronology of events and attached correspondence related to earlier access to information requests by Mr. Rubin. Also attached to this affidavit are contracts between the PCO and Decima Research Limited and Créatec+. These contracts are dated September 12, 1991 and set forth that the contracts are for public opinion research surveys as detailed in Appendix A for the period May 15, 1991 to September 30, 1991. The scope of work on Appendix A of each contract was not disclosed.

8. Affidavit of Ken Rubin—June 29, 1992

In this affidavit, Mr. Rubin deposes to the similarity of his access request with those of the Information Commissioner and Ms. Calamai. The affidavit was made in support of an application to join the Rubin proceedings with the others.

Evidence Opposing the Motions9. Public Affidavit of Daniel Joseph Gagnier—July 6, 1992

During the period October 17, 1990 to June 30, 1992 Mr. Gagnier was Deputy Secretary to the Cabinet, Communications and Consultation, PCO. In paragraph 7 of his affidavit Mr. Gagnier deposes that he made the recommendation to the Deputy Head of the PCO, Mr. Tellier, to refuse to release records on the basis that disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct by the Government of Canada of the issues concerning the Constitution and

6. L'affidavit du 15 juin 1992 de Ken Rubin

Cet affidavit donne la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication du 29 novembre 1991 de Rubin, et rapporte que le Commissaire à l'information a offert de saisir la Cour fédérale en son nom, mais que Rubin n'a pu [TRADUCTION] «consentir à ce qu'il me représente comme il me l'a demandé puisque je voulais me faire communiquer toutes les 690 [sic] pages de résultats des sondages d'opinion, et non pas seulement 620 [sic] pages».

7. L'affidavit complémentaire du 29 juin 1992 de Ken Rubin

Cet affidavit présente la chronologie des événements ainsi que la correspondance, qui y est jointe, faisant suite aux demandes de communication antérieures de M. Rubin. Y sont également joints les contrats passés par le BCP avec Decima Research Limited et Créatec+ respectivement. Ces contrats, datés du 12 septembre 1991, portent sur l'exécution de sondages d'opinion dont les détails figurent à l'annexe A, pour la période allant du 15 mai 1991 au 30 septembre 1991. La portée des travaux, indiquée à l'annexe A de chaque contrat, n'est pas divulguée.

8. L'affidavit du 29 juin 1992 de Ken Rubin

Dans cet affidavit, M. Rubin fait état de la similitude entre sa demande de communication et celle du Commissaire à l'information et de M<sup>me</sup> Calamai. L'affidavit était déposé à l'appui de la requête en jonction de la cause Rubin avec les autres instances.

Les témoignages produits contre les requêtes9. L'affidavit public du 6 juillet 1992 de Daniel Joseph Gagnier

Durant la période allant du 17 octobre 1990 au 30 juin 1992, M. Gagnier était sous-secrétaire du Cabinet pour les communications et consultations, au BCP. Au paragraphe 7 de son affidavit, M. Gagnier témoigne qu'il a recommandé au greffier du Conseil privé, M. Tellier, de refuser de communiquer les documents en cause parce que leur divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires

national unity. Paragraph 8 refers to the importance of the subject-matter:

8. These records relate to a subject that is unique and is of signal importance. That subject is the constitutional fabric of Canada. The conduct of the matter by the Government of Canada by this fact alone takes on a special significance—reflected as well in the nature and extent of the records.

Paragraphs 9 to 15 deal with the subject-matter of the record and why public opinion research is important to the Government. Paragraph 17 makes it clear that the refusal to release materials is related to the timing of the release:

17. It should be made clear that the refusal to release the materials is related to the timing of the release. It is not a refusal to release at some future time when the current stage of constitutional discussions has been completed and there is no reasonable expectation of injury to the conduct by the Government of matters relating to the constitution and national unity. The timing of release is related to the character of the records here in issue. Routine release of other types of records relating to public opinion studies within 90 days after a final report is received thereon is now under consideration. The remainder of this my affidavit addresses the expectation of injury from disclosure at this time of the particularly sensitive records in issue here.

Paragraph 20 outlines four general reasons for the Government's refusal to release:

20. Four general reasons have been identified against a background of the acknowledged volatile public environment and the recognized object of the public opinion research—to assist the Government of Canada in its conduct of the important and intertwined constitutional and national unity issues. The four reasons can be described as:

- 1) constraining the strategic and tactical options available to the Government of Canada,
- 2) the potential negative impact on the environment for the federal-provincial negotiations,
- 3) prejudice to ongoing discussions with the provinces, and
- 4) furnishing information to those hostile to Canadian unity.

Paragraphs 21 to 23 set forth the background for the assessment of possible injury by the release of the records:

21. The assessment of possible injury by the release of the records must be dealt with against the background of the Government's obligations in relation to constitutional and unity

intéressant la constitution et l'unité nationale. Le paragraphe 8 souligne l'importance du problème:

[TRADUCTION] 8. Ces documents se rapportent à un sujet qui est unique et revêt une importance primordiale. Il s'agit de la structure constitutionnelle du Canada. Rien que de ce fait, la conduite par le gouvernement du Canada des affaires en la matière revêt une importance particulière, laquelle caractérise aussi la nature et l'étendue de ces documents.

Les paragraphes 9 à 15 portent sur le sujet des documents en cause et expliquent pourquoi les sondages d'opinion sont importants pour le gouvernement. Le paragraphe 17 fait le lien entre le refus de communication et le moment de la divulgation:

[TRADUCTION] 17. Il y a lieu de souligner que le refus de communication s'explique par le moment de la divulgation. Il ne s'agit pas là du refus de communiquer à un moment à l'avenir, où les négociations constitutionnelles en cours auront été menées à bonne fin et où la divulgation ne risquerait pas vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement des affaires intéressant la constitution et l'unité nationale. Le moment de la divulgation présente un lien avec le caractère des documents en cause. Le gouvernement examine en ce moment la possibilité de divulguer systématiquement les autres types de documents concernant les sondages d'opinion dans les 90 jours du rapport final. Le restant du présent affidavit consiste en l'analyse du risque de préjudice pouvant résulter de la divulgation à l'heure actuelle des documents particulièrement délicats en question.

Le paragraphe 20 énumère quatre motifs généraux de refus de communication du gouvernement:

[TRADUCTION] 20. Quatre motifs généraux ont été identifiés eu égard à l'humeur reconnue instable du public et au but avoué des sondages d'opinion, qui est d'aider le gouvernement du Canada à s'attaquer aux questions importantes et étroitement liées, de réforme constitutionnelle et d'unité nationale. Ces quatre motifs peuvent se résumer comme suit:

- 1) limitation des orientations et des mesures ouvertes au gouvernement du Canada,
- 2) effet néfaste potentiel sur le climat des négociations fédérales-provinciales,
- 3) atteinte aux négociations en cours avec les provinces, et
- 4) divulgation de renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité canadienne.

Les paragraphes 21 à 23 présentent le contexte dans lequel s'effectue l'appréciation du préjudice possible découlant de la divulgation des documents en cause:

[TRADUCTION] 21. L'appréciation du préjudice possible du fait de la divulgation de ces documents doit s'effectuer à la lumière des obligations du gouvernement en matière de constitution et

matters as part of its conduct of federal-provincial affairs having regard to:

- a) the ongoing and increasingly urgent constitutional negotiations,
- b) the difficult economic and social conditions reflecting on the perceived ability of the government to deal with unity matters,
- c) the increasing complexity of these negotiations resulting from sovereignist sentiment in Québec, regional sentiment outside Québec and the demands of indigenous peoples and other groups, and
- d) the possibility of referenda and elections which may alter the balance in the negotiations.

22. These factors result in a volatile public environment. There is also the background of the position in Confederation of the Province of Québec, the various problems engendered by, on the one hand, the refusal of the Québec Government to support the 1982 amendments to the Constitution and, on the other hand, the failure of the Meech Lake Accord. A companion concern is the attitude of residents of the other provinces and aboriginal groups to initiatives designed to deal with the perceived problem of constitutional legitimacy.

23. Finally, it should be emphasized that the polling data for which release has been sought was collected and analyzed for the sole object of assisting in the development and execution of the policies of the Government of Canada in relation to the conduct of matters respecting the amendment of the constitution and to the related subject of national unity.

Paragraphs 24 to 32 deal with the reasons why strategy and tactics of the Government could be compromised by disclosure:

### Strategy and Tactics

24. Questions put and answers given in a public opinion survey or poll are likely to give an indication of what the Government might intend in terms of strategy and tactics in constitutional negotiations. Inferences will be drawn, whether correct or incorrect, and those inferences will have an effect on the positions and attitudes of other participants in the negotiations. The result will be that the negotiations will be faulted and prejudice to the Government's capacity to carry out its responsibilities will occur. Specifically it will constrain its strategic and tactical options.

25. Among its various uses, public opinion research is undertaken to test the hypothetical proposals which will not necessarily be adopted. Release of such information could:

- a) suggest to those with whom the Government of Canada has been dealing what it had been contemplating or, conversely, leave a false impression of its purposes, and

d'unité nationale, dans le cadre de sa conduite des affaires fédérales-provinciales, compte tenu des facteurs suivants:

- a) les négociations constitutionnelles en cours qui deviennent de plus en plus urgentes,
- b) la situation économique et sociale difficile qui influe sur l'impression qu'a la population de l'aptitude du gouvernement à régler les questions d'unité nationale,
- c) la complexité croissante de ces négociations en raison du sentiment souverainiste au Québec, du sentiment régionaliste hors du Québec et des demandes des peuples autochtones et autres, et
- d) la possibilité de référendums et d'élections qui pourraient modifier l'équilibre dans les négociations.

22. Ces facteurs sont à l'origine d'une humeur publique instable. Il y a encore d'autres facteurs sous-jacents comme la position de la province de Québec au sein de la Confédération, les divers problèmes causés d'une part par le refus du Québec de souscrire aux modifications constitutionnelles de 1982 et, d'autre part, par l'échec de l'Accord du Lac Meech. Un sujet de préoccupation parallèle est l'attitude de la population des autres provinces et des collectivités autochtones vis-à-vis des initiatives visant à régler le problème soi-disant de la légitimité constitutionnelle.

23. Enfin, il y a lieu de souligner que les résultats des sondages, dont communication était demandée, ont été recueillis et analysés à seule fin de contribuer à la formulation et l'exécution de politiques du gouvernement du Canada dans la conduite des affaires concernant la modification de la constitution et la question connexe de l'unité nationale.

Les paragraphes 24 à 32 expliquent pourquoi les orientations et mesures à adopter par le gouvernement pourraient être compromises par la divulgation des documents demandés:

### [TRADUCTION] Orientations et mesures à adopter

24. Il est possible de dégager des questions posées et des réponses données dans un sondage d'opinion, les orientations et mesures que le gouvernement pourrait envisager dans les négociations constitutionnelles. Des conclusions seront tirées, correctes ou fausses, et elles auront un effet sur la position et l'attitude des autres participants aux négociations. Celles-ci en seront faussées et la capacité du gouvernement à s'acquitter de ses responsabilités en sera compromise. En particulier, les orientations et mesures qui lui sont ouvertes en seront réduites.

25. Les sondages d'opinion servent entre autres à tester les propositions hypothétiques qui ne seront pas nécessairement adoptées. La divulgation de leurs résultats pourrait:

- a) donner à ceux avec lesquels le gouvernement négocie une idée de ce que ce dernier avait envisagé ou, au contraire, leur donner une fausse impression des fins qu'il poursuit, et

- b) invite public pressure on both the Government of Canada and the provincial governments to either embrace or repudiate hypothetical proposals emerging from the research.
26. The information revealed to provincial negotiators, or indeed others at the negotiating table, by the release of polling results would, thus, do injury to the position in the negotiations of the Government of Canada by revealing its internal strategic and tactical deliberations. Revealing the information could do injury to the Government's strategy and tactics by, for example, returning the agenda of intergovernmental deliberations to older issues. It could also overwhelm such deliberations with the interjection of new, manifold public pressures on a variety of hypothetical possibilities not now or ever intended to be central to current deliberations.
27. Responses to questionnaires could,
- be used in the negotiations themselves by other parties, and
  - be reported by the media
- in a manner that would be detrimental to the Government of Canada's position.
28. To the extent that the media were to highlight findings that demonstrated lack of public support for a federal position, the federal negotiating position on that, and hence on other matters, could be undermined. To the extent that the media were to highlight findings that demonstrated profound regional divisions, the federal government's ability to achieve inter-regional and inter-provincial conciliation could be injured. To the extent that the release of evolving polling data revealed when and why public preferences changed, other negotiators would acquire as much knowledge as the federal negotiators with respect to the sources and causes of opinion change on this vital matter. The Government of Canada would not have a similar advantage through access to the research of the provinces.
29. In this same regard, public opinion research done on a regular basis using the same questions, tracks the development of public opinion and selected segments of it. Revealing the questions could tend to leave a cloud over subsequent studies in that the results could not be relied on since they could reflect prior knowledge. More importantly, release would alert others involved in the negotiations to the Government's ongoing concerns and, in the result, such polls might have to be abandoned. In consequence, the Government would be deprived of the benefit of knowing what public attitudes are on issues which it may select for tracking. Other parties to the negotiations would not be similarly handicapped.
- b) pousser le public à faire pression sur le gouvernement du Canada et les gouvernements provinciaux pour adopter ou rejeter des propositions hypothétiques que suggèrent ces sondages.
26. Les renseignements révélés aux négociateurs provinciaux ou aux autres participants par la divulgation des résultats des sondages pourraient compromettre la position du gouvernement du Canada dans les négociations du fait qu'ils révèlent les délibérations internes sur les orientations et mesures à adopter. La divulgation des renseignements pourrait compromettre les orientations et mesures à adopter par le gouvernement, par exemple, en remettant d'anciennes questions à l'ordre du jour des délibérations intergouvernementales. Elle pourrait aussi bouleverser ces délibérations par l'interjection de nouvelles pressions publiques multiformes sur une variété de possibilités hypothétiques qui ne sont pas destinées, maintenant ou jamais, à constituer le point focal des délibérations en cours.
27. Les réponses aux questionnaires pourraient:
- être exploitées par les autres parties dans les négociations elles-mêmes, et
  - être publiées par les médias,
- de façon préjudiciable à la position du gouvernement du Canada.
28. Dans la mesure où les médias font ressortir des conclusions qui démontrent le manque de soutien populaire pour une position fédérale, la capacité de négociation du gouvernement fédéral pourrait être sapée à cet égard, et partant, à d'autres égards. Dans la mesure où les médias font ressortir des conclusions qui indiquent une profonde dissension entre les régions, la capacité du gouvernement fédéral à réaliser la réconciliation interrégionale et interprovinciale en serait diminuée. Dans la mesure où la divulgation des résultats de sondages en état d'évolution révèle à quel moment et pour quelles raisons les préférences du public ont changé, les autres négociateurs en sauraient autant que les négociateurs fédéraux sur l'origine et les causes des changements de l'opinion publique sur cette question vitale. Le gouvernement du Canada, de son côté, ne jouirait pas du même avantage, c'est-à-dire de l'accès aux résultats de sondages d'opinion effectués par les provinces.
29. Dans le même ordre d'idées, les sondages d'opinion effectués de façon périodique sur les mêmes questions, suivent l'évolution de l'humeur du public en général et de certaines couches de la population en particulier. La divulgation des résultats pourrait discréditer les sondages subséquents dont les résultats ne seraient pas fiables puisqu'ils pourraient être contaminés par la connaissance préalable. Ce qui est plus important encore, c'est que la divulgation pourrait attirer l'attention des autres intervenants sur les préoccupations en cours du gouvernement, ce qui pourrait l'obliger à abandonner ces sondages. En conséquence, le gouvernement serait privé de la possibilité de connaître l'attitude du public à l'égard de certains sujets dont il pourrait choisir de suivre l'évolution. Les autres participants aux négociations ne souffriraient pas du même handicap.

30. Furthermore, a questionnaire, even one containing what may appear to be the most innocuous questions, is part of a complex matrix of polling questions the answers to which are used the one against the other to produce and verify information. Whether the questionnaire contains tracking questions or not, there is a danger of contamination for subsequent polls. At this critical juncture, the Government should not be deprived of the most accurate results possible, a consequence that may occur if questions are revealed.

31. The impact of public opinion on evolving negotiations is complex and dynamic. Regional differences in public opinion, for example, help to account for different provincial and federal negotiating positions. These regional differences are to some extent moderated over the course of extended negotiations. However, the release to the media of data evidencing substantial regional differences in public opinion would underscore those differences, and, hence, could dramatically reduce the ability of the parties to negotiations to reach compromise. Thus, the release of the Government of Canada's data could seriously exacerbate inter-regional and inter-governmental tensions and constrain the Government of Canada's strategic and tactical options. Furthermore, emerging from Government of Canada-sponsored research, such evidence would have more authority than, for example, evidence emerging from the work of an independent research or from privately sponsored polls.

32. The release of older public opinion research might appear at first blush to be less problematic than the release of current data. Older studies will have explored issues that have since been resolved or superseded in inter-governmental discussions. Unfortunately, the resurrection of these older issues in the media and in the public mind as if they were pressingly current may well divert the negotiations. The fact that media reporting of these results might specify the dates of these older findings would not diminish the injury. In the public mind, the older dates of these findings would be dwarfed in importance by the currency of media attention. In the mind of the general public, the importance of a phenomenon is often determined by whether or not the phenomenon receives current media attention, not by when the phenomenon actually occurred.

Paragraphs 33 to 35 deal with the negative impact on the environment for federal-provincial negotiations that would occur as a result of release of information:

#### Impact on Environment for Negotiations

33. The expected negative impact of the release of public opinion research on the environment in which constitutional review is taking place can be seen from what may be perceived to be divisions in Canadian society. Taking data secured at one point in time one might discern, for example, a dichotomy between public opinion in Québec and public opinion in the rest of Canada. Potential media reporting and third party exploitation

30. Qui plus est, un questionnaire, quand bien même il semblerait ne renfermer que des questions apparemment les plus anodines, fait partie d'une matrice complexe de questions de sondage dont les réponses sont confrontées les unes aux autres pour produire et vérifier des informations. Que le questionnaire renferme ou non des questions de suivi, il y a un risque de contamination des sondages subséquents. En cette conjoncture critique, il ne faut pas que le gouvernement soit privé des résultats les plus exacts possibles, dont il risque d'être privé si ces questions sont divulguées.

31. L'effet de l'opinion publique sur les négociations en cours est complexe et dynamique. Les différences régionales dans l'opinion publique, par exemple, contribuent à la différence des positions de négociation des provinces et du gouvernement fédéral. Ces différences régionales s'atténuent dans une certaine mesure au fur et à mesure de longues négociations. Cependant, la communication aux médias de données révélant d'importantes différences régionales dans l'opinion publique ferait ressortir ces différences et, par voie de conséquence, diminuer énormément la capacité des parties aux négociations à parvenir à un compromis. Ainsi donc, la divulgation des données recueillies par le gouvernement du Canada pourrait gravement exacerber les tensions interrégionales et intergouvernementales et limiter les orientations et mesures ouvertes au gouvernement du Canada. Qui plus est, du fait que ces sondages ont été commandés par le gouvernement du Canada, leurs résultats auraient plus d'influence que ceux par exemple d'un sondage indépendant ou d'un sondage du secteur privé.

32. Au premier abord, on pourrait penser que la divulgation des résultats de sondages anciens cause moins de problèmes que la publication de données fraîchement recueillies. Les anciens sondages portent normalement sur des questions qui ont été résolues ou remplacées dans les négociations intergouvernementales. Malheureusement, ces anciennes questions sont ressuscitées dans les médias et dans l'esprit du public comme si elles sont des sujets d'actualité brûlante et cela pourrait fausser les négociations. Le fait qu'en rapportant ces résultats, la presse pourrait en spécifier la date n'atténuerait pas le préjudice. L'attention que leur portent les médias a tendance à faire oublier au public que ce sont d'anciens sondages. Dans l'esprit du grand public, l'importance d'un phénomène est souvent fonction de l'attention que lui accordent les médias, et non pas de la date de sa survenance.

Les paragraphes 33 à 35 expliquent l'effet négatif d'une divulgation des renseignements sur le climat des négociations fédérales-provinciales:

#### [TRADUCTION] Effet sur le climat des négociations

33. L'effet adverse prévu de la divulgation des résultats de sondages d'opinion sur le climat dans lequel se déroule la révision constitutionnelle peut se faire sentir par ce qu'on peut appeler les dissensions au sein de la société canadienne. Se fondant sur les données recueillies à un moment donné, on pourrait discerner par exemple une dichotomie entre l'opinion publique au Québec et l'opinion publique dans le reste du Canada. La cou-

of this kind of division could be very destructive at this critical juncture.

34. The general environment with respect to the constitution and national unity may also be affected adversely in that the communications approach of the Government, founded as it must be on securing the necessary compromise on the many divisive issues involved, would be prejudiced. If information in the records relating to public attitudes is revealed, it will be much harder to develop a persuasive and coherent communications approach that will bring Canadians together.

35. A related point is that the Government's policy and its conduct of the matter may well be overtaken by peripheral or even false issues reported in the media which divert time and attention on the part of the Government from the matter at hand—the resolution of the current constitutional impasse. In other words, injury may be seen to the conduct of the file by reason of the release of information which may generate new issues not central to the debate which release, in turn, creates problems of response to the detriment of the conduct of the main issues. Moreover, public opinion studies lose their ability to assist in gauging public preferences and attitudes if the results become a major subject of public discussion themselves.

Paragraphs 36 to 39 deal with prejudice to ongoing discussions with the provinces:

36. The consequences of making other parties to the negotiations privy to information sought by the Government of Canada to assist, *inter alia*, in the conduct of those very negotiations cannot be underestimated. To know what the other party to the negotiation knows severely handicaps the party whose information is released. This is even more serious where the flow of information is in one direction.

37. In my experience as an adviser to the provincial government in constitutional negotiations (for Ontario *inter alia* in the Meech Lake negotiations), I would have felt it a distinct advantage for the provincial negotiators to have known what were the results of federal public opinion research and, particularly, what questions had been put. The advantage would have been increased by cross-checking information in provincial surveys on the same issue.

38. There is further potential injury in relation to negotiations in circumstances where a participant sees its constituency being surveyed by another participant. This is especially true concerning issues which may be of particular importance to such a participant. In my experience this might well create an atmosphere little conducive to moderation and compromise thereby making the Government of Canada's task that much more difficult.

verture possible de la presse et l'exploitation par les tierces parties de ce genre de dissensions pourraient être très destructrices en cette conjoncture critique.

34. Le climat général des questions constitutionnelles et des questions d'unité nationale peut également souffrir du fait que la politique de communication du gouvernement, fondée comme il convient sur la réalisation du compromis nécessaire sur les nombreuses questions qui sèment la dissension, serait compromise. En cas de divulgation des renseignements relatifs à l'attitude du public dans ces documents, il sera plus difficile de formuler une politique de communication cohérente et persuasive qui unifierait les Canadiens.

35. Un facteur connexe est que la politique et l'action du gouvernement pourraient être supplantées par des questions périphériques ou même fausses que rapportent les médias et qui détournent le temps et l'attention du gouvernement du problème véritable, c'est-à-dire la solution de l'impasse constitutionnelle actuelle. Autrement dit, la conduite des affaires en la matière pourrait être compromise par la divulgation de renseignements qui pourraient engendrer de nouvelles questions qui ne sont pas au cœur du débat et dont la divulgation, à son tour, suscite des réactions défavorables à la solution des questions principales. Par ailleurs, les sondages d'opinion perdent de leur utilité dans l'évaluation des préférences et des attitudes du public si les résultats en deviennent un sujet principal du débat public lui-même.

Les paragraphes 36 à 39 expliquent le dommage dont pourraient souffrir les négociations en cours avec les provinces:

[TRADUCTION] 36. Il ne faut pas sous-estimer les conséquences si les autres parties aux négociations sont mises au courant des renseignements que recherche le gouvernement du Canada à titre, entre autres, d'outil dans la conduite de ces négociations elles-mêmes. Savoir ce que sait l'autre partie aux négociations place la partie dont les renseignements sont divulgués dans une situation très désavantageuse. Et cela est d'autant plus grave que le mouvement des renseignements est à sens unique.

37. D'après mon expérience de conseiller constitutionnel de gouvernement provincial (celui de l'Ontario entre autres lors des négociations du Lac Meech), je dirais que les négociateurs provinciaux sont particulièrement avantagés s'ils connaissent les résultats des sondages d'opinion effectués par le gouvernement fédéral et en particulier, s'ils connaissent les questions qui ont été posées. L'avantage serait d'autant plus grand que ces renseignements sont confrontés avec les renseignements recueillis dans les sondages provinciaux sur le même sujet.

38. Les négociations pourraient encore être compromises quand un participant voit que sa population fait l'objet d'un sondage effectué par un autre participant, d'autant plus que ce sondage porte sur des questions qui peuvent revêtir une importance particulière pour le premier. D'après mon expérience, cela pourrait empoisonner l'atmosphère et exclure toute modération ou tout compromis, ce qui rendrait la tâche du gouvernement du Canada encore plus difficile.

39. Potential negotiating problems as a result of release abound. If public opinion studies were released, it could create controversy and undermine the flexibility the Government of Canada has sought to maintain having regard both to the importance of the matter and the diversity of views which pertain.

Paragraphs 40 to 42 deal with furnishing information to those hostile to Canadian unity:

#### Information to Those Hostile to Canadian Unity

40. It is the Government of Canada's responsibility to promote a resolution and to bring all of the participants in the constitutional and national unity debate together. Release of the public opinion research may be expected to be detrimental to the Government's catalytic role and, hence, to the conduct of the matter.

41. It may be anticipated that public opinion research, if released, whether it is reported or not, will find its way into the hands of those who will seek to use it for purposes totally at variance with what must be the object of the Government of Canada's conduct of the matter.

42. This information, if released, could also be used to promote the ends of those hostile to Canadian unity in an indirect fashion. Currently the attention and resources of the Government of Canada in this area are fully committed. Resources are finite and it will be a serious detraction from the imperative task of the moment for the Government of Canada to have to deal with the contentious use that one may expect to be made in the public arena of the research materials by those seeking to promote disunity.

#### 10. Confidential Affidavit of Daniel Joseph Gagnier— —July 6, 1992

In this affidavit Mr. Gagnier sets out illustrations from the confidential records of the various propositions put forward in his public affidavit.

#### 11. Public Affidavit of Frederick James Fletcher— —July 6, 1992

Dr. Fletcher is professor of political science at York University. In addition to his other experience, Dr. Fletcher is Research Coordinator, Media and Elections, for the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. Dr. Fletcher was asked to advise the Government of Canada with respect to the effect of the release of the public opinion research which is the subject of these motions. Dr. Fletcher attaches a report to his affidavit (Exhibit B) covering his examination of the matter.

39. Les difficultés que pourrait causer aux négociations la divulgation abondent. Si les sondages d'opinion sont rendus publics, ils pourraient soulever la controverse et priver le gouvernement du Canada de la souplesse qu'il entend conserver eu égard à l'importance de la question et à la diversité des vues en la matière.

Les paragraphes 40 à 42 font état du risque que présente la divulgation des renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité nationale:

#### *b* [TRADUCTION] **Divulgation des renseignements aux adversaires de l'unité nationale**

40. La responsabilité incombe au gouvernement du Canada de promouvoir une solution et de réunir tous les participants au débat sur la constitution et l'unité nationale. La divulgation des sondages d'opinion pourrait porter atteinte au rôle catalyseur du gouvernement et, partant, à la conduite des affaires en la matière.

41. On peut prévoir que les résultats des sondages, une fois divulgués et qu'ils soient publiés ou non, parviendront aux mains de ceux qui chercheront à s'en servir à des fins opposées aux fins poursuivies par le gouvernement du Canada dans la conduite des affaires en la matière.

42. S'ils sont divulgués, ces renseignements pourraient aussi servir à promouvoir indirectement le dessein de ceux qui s'opposent à l'unité nationale. À l'heure actuelle, l'attention et les ressources du gouvernement du Canada sont entièrement engagées en la matière. Ses ressources ne sont pas infinies et ce sera les détourner de la tâche impérative de l'heure du gouvernement du Canada si celui-ci doit faire face à l'usage douteux dont on peut prévoir qu'en feront dans l'arène publique ceux qui cherchent à promouvoir la division.

#### 10. L'affidavit confidentiel du 6 juillet 1992 de —Daniel Joseph Gagnier

Dans cet affidavit, M. Gagnier illustre par des exemples tirés des documents confidentiels les divers arguments présentés dans son affidavit public.

#### 11. L'affidavit public du 6 juillet 1992 de Frederick —James Fletcher

M. Fletcher est professeur de sciences politiques à l'Université York. Il est en outre coordonnateur des recherches en matière de médias et d'élections de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. Le gouvernement du Canada lui a demandé de donner son avis sur les conséquences de la divulgation des résultats de sondages d'opinion en cause. M. Fletcher a joint un rapport à son affidavit (pièce B) sur son examen de la question.

Dr. Fletcher first provides comments on background and context. For example:

2. In considering the release of the public opinion studies in question here, it is necessary to place them in the context of federal-provincial affairs in general and of the Government of Canada's conduct of the national unity file. The Government of Canada has a unique responsibility for national unity and for protecting the legitimacy of the constitution.

3. Constitutional negotiations are particularly difficult because the issues are fundamental and abstract. The negotiations have important symbolic content that is exacerbated when regional and linguistic tensions are involved. The mobilization of groups of citizens around symbolic issues makes already difficult negotiations more difficult (Simeon and Robinson, 1990:323) [*sic*].

9. The decision of the Privy Council Office to propose that public opinion studies on the national unity issue be made an exception to the developing practice of releasing government public opinion studies relatively soon after their completion must be understood, in my view, in this context. The unity negotiations are fundamental, involve substantial risks to the future of the country and are currently at a critical juncture. The environment for these negotiations is volatile and the issues are complex. In short, the sensitivity of these negotiations is at a very high level.

12. In the context of national unity, the Government of Canada has a responsibility to strive to keep the country together and, therefore, a duty to seek consensus and to avoid polarization. To discharge these duties effectively, the Government needs the information provided by public opinion studies. Such studies allow policy-makers and negotiators to take public opinion into account in developing positions, formulating negotiating strategies, and selecting the time and form of public communication and consultation. The struggle for control of the public agenda is a central process in federal-provincial negotiations, especially when symbolic issues are involved. "In this struggle," as a leading public opinion researcher has observed, "the many kinds of support or opposition revealed in public opinion surveys are valuable resources" (Johnston, 1986:217).

Paragraphs 21 to 25 of his report fall under the heading "Media Use of Public Opinion Studies":

21. Public opinion studies are technical documents. In order to interpret them properly, it is necessary to understand such matters as probability sampling, basic social statistics, the influ-

M. Fletcher fait part tout d'abord de ses observations sur l'arrière-plan et le contexte de la question, par exemple:

[TRADUCTION] 2. Pour analyser les conséquences de la divulgation des résultats des sondages d'opinion en question, il est nécessaire de replacer ces derniers dans le contexte des affaires fédérales-provinciales et de la conduite par le gouvernement du Canada du dossier de l'unité nationale. C'est au gouvernement du Canada qu'incombe la responsabilité à nulle autre pareille d'assurer l'unité nationale et de protéger la légitimité de la constitution.

3. Les négociations constitutionnelles sont particulièrement difficiles puisqu'elles portent sur des questions fondamentales et abstraites. Elles ont un important contenu symbolique, qu'exacerbent encore les tensions régionales et linguistiques. Le fait que des groupes de citoyens soient mobilisés autour de questions symboliques rend plus difficiles encore des négociations qui sont difficiles par elles-mêmes (Simeon et Robinson, 1990:323) [*sic*]

9. C'est dans ce contexte que, à mon avis, il faut comprendre la décision du Bureau du Conseil privé de faire des sondages d'opinion sur la question de l'unité nationale une exception à la nouvelle pratique qui consiste à divulguer les sondages peu de temps après leur achèvement. Les négociations sur l'unité nationale sont fondamentales, elles comportent des risques considérables pour l'avenir du pays et se trouvent actuellement dans une phase critique. Le climat de ces négociations est instable, et les questions complexes. En bref, ces négociations sont extrêmement délicates.

12. Dans le contexte de l'unité nationale, il incombe au gouvernement du Canada d'essayer de préserver l'intégrité du pays et, partant, de réaliser un consensus et d'éviter la polarisation. Pour s'acquitter vraiment de ces responsabilités, il a besoin des renseignements qui viennent des sondages d'opinion. Ces sondages permettent aux décideurs et aux négociateurs de prendre en considération l'opinion publique dans la définition des positions, la formulation des stratégies de négociation, et le choix du moment et de la forme des communications et consultations publiques. La lutte pour le contrôle de l'ordre du jour public est un processus central des négociations fédérales-provinciales, en particulier quand des questions symboliques sont en jeu. «Dans cette lutte, comme l'a fait remarquer l'un des spécialistes les plus connus des sondages d'opinion, les nombreux types de soutien ou d'opposition que révèlent les sondages sont des ressources précieuses» (Johnston, 1986:217).

Les paragraphes 21 à 25 de son rapport sont regroupés sous la rubrique [TRADUCTION] «Usage fait par les médias des sondages d'opinion»:

[TRADUCTION] 21. Les résultats des sondages d'opinion sont des documents techniques. Pour les interpréter correctement, il est nécessaire de posséder au moins les notions d'échantillonnage

ence of question wording and order effects, at the least, as well as the context in which individual studies were conducted. The reports provided by survey firms frequently assume at least some aspects of this knowledge by clients and do not always provide it.

22. Although some political journalists have the necessary qualifications and experience, many do not. This often leads to a failure to understand the technical limitations of polls and to misinterpretation of results. The Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (Canada 1991:458-9) documented the potential for such misinterpretation. Scholarly studies have noted others, including one that could have affected the outcome of a federal party leadership convention (Fletcher, 1988:102). The distinguished journalist Jeffrey Simpson (1987:6) summed up the risks of misinterpretation when journalists report on public opinion studies:

Many journalists, including those who write about political matters, are unschooled in Canadian history, in polling methodology, in an understanding of any part of the country but their own. Yet the beguiling simplicity and easy accessibility of polling data embolden all journalists to become instant pundits, or worse still, experts. They can pontificate on the meaning of this, the likely outcome of that, the significance of everything, on the basis of a few stark numbers.

Pollsters regularly comment on the lack of technical competence of journalists in dealing with public opinion studies (see, for example, Round Table, 1991:16).

23. The focus of the news media is on generating news; i.e., stories of interest to their audiences. Most news organizations, therefore, define news as that which is dramatic, surprising or important. David Taras (1988:222), one of Canada's leading experts on news coverage of political issues, comments on news practices in the major Canadian media as follows:

Drama is the prime ingredient of most news stories. Drama requires sensationalism, winners and losers, and . . . most of all . . . conflict. As a CBC news editor observed . . . "We look for conflict often to the exclusion of the story" .

In the context of Canadian federal-provincial relations, information that emphasizes conflict, especially regional and linguistic conflict, is regarded by the news media as highly newsworthy. It is viewed as dramatic and important. Media reporting of lengthy and complex materials, such as the public opinion studies in question here, is inevitably partial and selective and likely to reflect standard news practices. After careful study of television news coverage of the debate surrounding the Meech Lake Accord, Taras (1988:222) concluded that news reporting, especially on television, presents conflict in a

de probabilité, de statistiques sociales de base, d'influence de la formulation et de l'ordre des questions, et de savoir dans quel contexte un sondage donné est effectué. Les rapports soumis par les firmes de sondage d'opinion présumant souvent que les clients possèdent ces notions, qu'elles n'expliquent pas toujours.

22. Bien que certains chroniqueurs politiques aient les qualités et l'expérience nécessaires, beaucoup en sont dépourvus. Ce qui fait souvent qu'ils ne se rendent pas compte des limitations techniques des sondages, dont ils interprètent à tort les résultats. La Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (Canada 1991:458-9) a documenté les conséquences possibles de cette mauvaise interprétation. Des auteurs en ont relevé d'autres, dont l'une qui aurait pu influencer sur l'issue d'un congrès de direction d'un parti fédéral (Fletcher, 1988:102). Le distingué journaliste Jeffrey Simpson (1987:6) a résumé comme suit les risques de mauvaise interprétation de la part des journalistes qui rendent compte des résultats de sondages d'opinion:

De nombreux journalistes, dont les chroniqueurs politiques, ne savent pas grand-chose de l'histoire du Canada, des méthodes de sondage d'opinion, ou d'une partie quelconque du pays autre que leur propre région. Il se trouve cependant que les résultats des sondages, par leur séduisante simplicité et leur accessibilité, enhardissent tous les journalistes à se faire, du jour au lendemain, commentateurs ou, pis encore, experts. Ils peuvent pontifier sur la signification de ceci, sur l'issue probable de cela, sur l'importance de n'importe quoi, et tout cela en se fondant sur quelques chiffres bruts.

Les sondeurs ont eu souvent l'occasion de parler du manque de compétence technique des journalistes face aux résultats des sondages d'opinion (voir par exemple Table ronde, 1991:16).

23. Les médias ont pour souci premier de publier des nouvelles, c'est-à-dire des articles qui intéressent leur auditoire. C'est ainsi que la plupart des organes de presse en viennent à définir comme nouvelle ce qui est dramatique, surprenant ou important. David Taras (1988:222), l'un des experts les plus connus au Canada en matière de comptes rendus de questions politiques, commente en ces termes l'exploitation des nouvelles par les principaux médias canadiens:

L'élément dramatique est le principal ingrédient de la plupart des nouvelles. Drame signifie sensationnalisme, avec gagnants et perdants, et . . . par-dessus tout . . . conflit. Ainsi que l'a fait remarquer un rédacteur des informations de Radio-Canada, «Nous recherchons le conflit souvent à l'exclusion de l'événement».

Dans le contexte des relations fédérales-provinciales au Canada, les informations qui mettent au premier plan le conflit, en particulier les conflits régionaux et linguistiques, apparaissent aux yeux des médias comme éminemment publiables. Elles sont à leurs yeux dramatiques et importantes. Le compte rendu par les médias de documents longs et complexes, comme les résultats des sondages d'opinion en question, est inévitablement partiel et sélectif, et tend à refléter le mode courant d'exploitation des nouvelles. Après étude attentive de la couverture télévisée du débat sur l'Accord du Lac Meech, Taras (1988:

“point-counterpoint format.” Although many issues cannot easily “be collapsed into a choice between pro and con”, news reports frequently force information into this two-sided format to heighten the sense of conflict. It seems clear that the probability of the public opinion studies in question here being reported in this way adds to the likelihood that the release of the records would make compromise more difficult and therefore [sic] to the difficulty faced by the Federal Government in conducting the national unity file.

24. In reporting public opinion studies, information that highlights regional or linguistic conflict (or ethnic conflict) is likely to be stressed, along with other findings that are surprising or controversial. Few news organizations are in a position to report the materials in their full context and complexity.

25. In the context of these records, two of the consequences of the inevitable selective reporting might be (1) to return issues to the constitutional agenda that had been thought to be resolved or put aside and/or (2) to focus attention on substantively minor but sensationalized items. Both of these eventualities would distract attention from more important issues and divert the resources of the Government of Canada from central to more peripheral issues. The resources of the Federal Government, especially the time and energy of senior officials, are not unlimited.

Commencing at paragraph 26, Dr. Fletcher addresses the question of “Dangers of Releasing the Public Opinion Studies”. He first argues that the studies should be seen as integrated studies that, taken as a whole, carry a risk of damage if released (paragraph 29). He says that it is a common but unfortunate error to view public opinion studies as individual commodities rather than as parts of an ongoing process of research, analysis and more research (paragraph 30).

In general, Dr. Fletcher says that research sponsored by the Government of Canada will have greater credibility and therefore a greater potential to influence public perceptions than other public opinion studies (paragraph 31). He expresses concern that in future, knowledge that public opinion studies might be released while a file is still active might well inhibit the use of some kinds of questions—such as scenarios or other hypothetical questions subject to

222) conclut que la couverture de la presse, en particulier à la télévision, présente le conflit sous forme de composition avec point et contrepoint. Bien que de nombreuses questions ne se prêtent pas à la «réduction à un choix entre pour et contre», les comptes rendus de presse forcent fréquemment les informations dans cette moule dichotomique pour faire rehausser le sens du conflit. Il semble clair que la probabilité que les sondages d'opinion en question soient rapportés de cette façon ajoute à la probabilité que leur divulgation rende le compromis plus difficile, donc à la difficulté à laquelle se heurte le gouvernement fédéral dans le dossier de l'unité nationale.

24. Dans les comptes rendus de sondages d'opinion, il est probable que les renseignements qui mettent en relief les conflits régionaux ou linguistiques (ou ethniques) seront soulignés, ainsi que d'autres résultats qui sont surprenants ou prêtent à controverse. Peu d'organes de presse sont en mesure de rendre compte de ces documents dans leur contexte et leur pleine complexité.

25. En ce qui concerne ces documents, l'exploitation sélective inévitable pourrait avoir pour conséquences entre autres (1) de remettre à l'ordre du jour constitutionnel des questions déjà considérées comme résolues ou laissées de côté, et (2) de focaliser l'attention sur des questions mineures mais qu'on aura rendues sensationnelles. L'une et l'autre de ces éventualités détourneraient l'attention de questions plus importantes et détourneraient les ressources du gouvernement du Canada des questions centrales au profit de questions périphériques. Les ressources du gouvernement fédéral, en particulier le temps et l'énergie des échelons dirigeants, ne sont pas illimitées.

Aux paragraphes 26 et suivants, M. Fletcher s'attaque à la question des [TRADUCTION] «Dangers de la divulgation des sondages d'opinion». Il soutient en premier lieu qu'il faut voir dans ces derniers des enquêtes intégrées qui, prises dans leur ensemble, présentent un risque de préjudice s'ils sont divulgués (paragraphe 29). Et que c'est une erreur, commune mais malencontreuse, de voir dans les sondages d'opinion des événements séparés et non pas des éléments intégrants d'un processus continu d'enquête, d'analyse et d'enquête complémentaire (paragraphe 30).

M. Fletcher estime qu'en général, les sondages commandés par le gouvernement du Canada jouissent d'une plus grande crédibilité et, partant, d'un plus grand pouvoir d'influencer les perceptions du public que d'autres sondages (paragraphe 31). Il s'inquiète de ce qu'à l'avenir, le fait de savoir que les sondages d'opinion pourraient être divulgués alors que le dossier est encore actif pourrait bien inhiber l'utilisation de certains genres de questions—comme les cas de

misinterpretation—thus reducing the utility of public opinion studies for policy-makers (paragraph 32).

Paragraphs 33 to 37 describe constraints on the strategic and tactical options of the Government of Canada. Paragraphs 38 to 44 deal with negative impacts on the environment of federal-provincial constitutional negotiations. Paragraph 45 deals with the possibility of damage to ongoing negotiations with the provinces:

45. . . .

As noted above, the selective reporting of dramatic or unusual features of the findings might well return an issue to the already overloaded constitutional agenda. This would set back the negotiations and constitute a drain on the limited resources of the negotiators. The latter consequence would be particularly the case if the data were reported in a misleading manner or misinterpreted by the media or by other interested parties. Considerable time could be lost in attempting to correct misperceptions at a critical time in the negotiations.

In paragraphs 46 to 50, Dr. Fletcher addresses the question, “At what point are public opinion studies suitable for release?” He says the mere passage of time does not necessarily remove the potential for damage—that some issues are likely to remain sensitive until the negotiations are complete. In paragraph 47 he states:

47. . . .

The fact that sensitive material is from older polls is not likely to mitigate potential damage. The influence on the general public of particular findings will be determined primarily by the amount of attention accorded them in the major news media. Disclaimers about the timing of a particular study—or the political context within which it was conducted—are not likely to make much of an impression. The capacity of media attention to place a topic on the public agenda is well-documented as is the tendency of the public to recall broad impressions rather than specific details from news coverage.

In paragraph 51, Dr. Fletcher addresses the subject “Furnishing Information to Those Hostile to National Unity”:

figure et d’autres questions hypothétiques susceptibles de mauvaise interprétation—ce qui réduirait l’utilité de ces sondages pour les décideurs (paragraphe 32).

a

Les paragraphes 33 à 37 décrivent les contraintes auxquelles seraient soumises les orientations et mesures ouvertes au gouvernement du Canada. Les paragraphes 38 à 44 exposent les effets négatifs sur le climat des négociations constitutionnelles fédérales-provinciales. Le paragraphe 45 fait état du risque d’atteinte aux négociations en cours avec les provinces:

b

c 45. . . .

[TRADUCTION] Comme noté plus haut, la publication sélective des éléments dramatiques ou inhabituels des résultats pourrait avoir pour conséquence de faire inscrire de nouveau une question à l’ordre du jour déjà surchargé des négociations constitutionnelles. Cela pourrait avoir pour effet de faire reculer ces dernières et de taxer les ressources limitées des négociateurs. Cette dernière conséquence serait d’autant plus probable que les données sont rapportées de façon trompeuse ou sont mal interprétées par les médias ou par d’autres parties intéressées. Les responsables perdraient un temps considérable à essayer de dissiper les malentendus à un moment critique des négociations.

d

e

Aux paragraphes 46 à 50, M. Fletcher se penche sur la question de savoir [TRADUCTION] «À quel moment les sondages d’opinion peuvent-ils être divulgués sans danger?». À son avis, le simple passage du temps ne supprime pas nécessairement le risque de préjudice, certaines questions ayant tendance à demeurer délicates jusqu’à ce que les négociations aient été terminées. Il fait observer au paragraphe 47:

f

g

47. . . .

[TRADUCTION] Le fait que des données délicates viennent d’anciens sondages ne réduira probablement pas le risque de préjudice. L’effet qu’auront des résultats donnés sur le grand public sera surtout fonction de l’attention que leur accordent les grands médias. Les démentis relatifs au moment d’un sondage—ou du contexte politique dans lequel ce sondage a été effectué—n’auront probablement guère d’effet. La capacité qu’a l’attention des médias de porter un sujet à l’ordre du jour public est bien documentée, de même que la tendance du public à se rappeler l’impression générale plutôt que les détails spécifiques des nouvelles rapportées par la presse.

h

i

Au paragraphe 51, M. Fletcher se penche sur la question de la [TRADUCTION] «Divulgarion des renseignements à ceux qui s’opposent à l’unité nationale»:

j

51. As noted above, constitutional negotiations in practice involve many more participants than those with official roles. Unofficial participants have considerable capacity to mobilize public sentiment and to bring pressure to bear on negotiators. The government of Canada public opinion studies would have utility to all of those groups. They would be especially useful to groups that wish to denigrate Federal Government efforts or to identify issues where potential exists to mobilize sentiments hostile to the success of the negotiations. There are, in my view, some data in the records that could be used to oppose compromise.

At paragraph 52 Dr. Fletcher concludes:

52. It is my view that the release of the public opinion studies would constrain the strategic and tactical options available to the Government of Canada, could raise false issues that would distract attention from more substantive concerns, possibly weaken the bargaining position of the Federal Government, might encourage division in the country, and would likely reduce the effectiveness of future public opinion studies for the Government of Canada.

12. Confidential Affidavit of Frederick James Fletcher—July 6, 1992

In this affidavit Dr. Fletcher refers to examples in the confidential information that illustrate some of the propositions contained in the report attached to his public affidavit.

Affidavits in Rebuttal

13. Supplementary Affidavit of Allison Lawford—July 8, 1992

Allison Lawford is a research assistant in the office of the Information Commissioner. Attached as exhibits to her affidavit are approximately 100 press clippings related to public opinion polls, poll reports, focus groups and focus group reports on constitutional matters, published from April 1990 to June 29, 1992.

14. Supplementary Confidential Affidavit of Paul Tetro—July 8, 1992

This affidavit refers to access to information requests (other than those giving rise to these motions) to the PCO and correspondence and documents relating thereto. Mr. Tetro deposes that these

[TRADUCTION] 51. Comme noté plus haut, les négociations constitutionnelles mettent en jeu dans les faits bien plus de participants que ceux investis d'un rôle officiel. Les participants non officiels sont dotés de la capacité considérable de mobiliser les sentiments publics et de faire pression sur les négociateurs. Les sondages d'opinion commandés par le gouvernement du Canada auraient une utilité pour tous ces groupes. Ils seraient particulièrement utiles pour les groupes qui entendent dénigrer les efforts du gouvernement fédéral ou identifier les questions qui leur permettraient de mobiliser les sentiments hostiles à la réussite des négociations. Ces documents renferment, à mon avis, certaines données qui pourraient servir à faire échec au compromis.

Au paragraphe 52, M. Fletcher tire cette conclusion:

[TRADUCTION] 52. À mon avis, la divulgation de ces sondages d'opinion restreindrait les orientations et mesures ouvertes au gouvernement du Canada; elle pourrait soulever des questions fausses qui détourneraient l'attention des questions de fond, affaiblir la position du gouvernement fédéral dans les négociations, encourager la dissension dans le pays, et réduire l'efficacité des sondages d'opinion à effectuer à l'avenir par le gouvernement du Canada.

12. L'affidavit confidentiel du 6 juillet 1992 de Frederick James Fletcher

Dans cet affidavit, M. Fletcher cite des exemples de renseignements confidentiels qui illustrent certaines conclusions du rapport joint à son affidavit public.

Les affidavits produits en réplique

13. L'affidavit complémentaire du 8 juillet 1992 d'Allison Lawford

Allison Lawford est attachée de recherche au Commissariat à l'information. Son affidavit est accompagné d'une centaine de coupures de presse relatives aux sondages d'opinion, aux rapports de sondage, aux groupes de discussion et à leurs comptes rendus, tous portant sur les questions constitutionnelles et publiés pendant la période allant d'avril 1990 au 29 juin 1992.

14. L'affidavit complémentaire confidentiel du 8 juillet 1992 de Paul Tetro

Cet affidavit porte sur les demandes de communication (autres que celles visées par les recours en instance) adressées au BCP, et sur la correspondance et les documents y afférents. M. Tetro témoigne que ces

documents are relevant because the documents released pursuant to these other applications are polls or reports on polls dealing with constitutional or national unity issues. In particular, Mr. Tetro states that one document which the PCO refused to disclose pursuant to the requests of Simpson and Lapointe was disclosed pursuant to a previous request. <sup>a</sup>

15. Public Affidavit of Richard Johnston—July 8, 1992 <sup>b</sup>

Dr. Johnston is professor of political science at the University of British Columbia. Among other things, Dr. Johnston is a co-author of *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. That book deals with, among other things, the impact of polls and other media factors on election campaigns. Dr. Johnston was asked to provide his opinion with respect to the opinions given and conclusions drawn by Mr. Gagnier and Dr. Fletcher. In paragraph 6, Dr. Johnston provides an overview of his opinion: <sup>c</sup>

6. Based on my professional experience and knowledge of the theory and practice of public opinion research, it is my opinion that: <sup>e</sup>

- (a) the public release of the records attached to the Confidential Affidavit of Paul B. Tetro, taking into account their age and content, is most unlikely to have measurable effects on public attitudes; <sup>f</sup>
- (b) in particular, the academic literature of which I am aware does not support the proposition that the public knowledge of the results of surveys of opinion on public issues could be reasonably expected to result in polarization of opinion, a “bandwagon effect”, or a so called “spiral of silence” effect; and <sup>g</sup>
- (c) the academic literature of which I am aware also does not support the proposition that disclosure of results of surveys of opinion on public issues could reasonably be expected to contaminate future “tracking studies” on similar issues. <sup>h</sup>

In the balance of his affidavit, he provides detailed argument in support of his opinion. <sup>i</sup>

16. Supplementary Confidential Affidavit of Richard Johnston—July 8, 1992 <sup>j</sup>

In this affidavit Dr. Johnston identifies tracking data in the record and comments on it.

documents ont un rapport avec la procédure en instance puisque les documents communiqués à la suite de ces autres demandes sont des sondages d'opinion et les rapports y afférents en matière de constitution et d'unité nationale. En particulier, M. Tetro témoigne qu'un document que le BCP a refusé de communiquer à Simpson et à Lapointe avait été divulgué à la suite d'une demande antérieure.

15. L'affidavit public du 8 juillet 1992 de Richard Johnston

M. Johnston est professeur de sciences politiques à l'Université de la Colombie-Britannique. Il est notamment le coauteur de l'ouvrage *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* qui examine, entre autres, l'influence des sondages d'opinion et des articles de presse sur les campagnes électorales. Il a été appelé en l'espèce à donner son avis sur les opinions et conclusions de MM. Gagnier et Fletcher. Au paragraphe 6, M. Johnston donne un aperçu général de sa propre opinion comme suit:

[TRADUCTION] 6. Je conclus d'après mon expérience professionnelle et mes connaissances sur la théorie et la pratique des sondages d'opinion:

- a) que, vu leur contenu et vu le temps qui s'est écoulé depuis leur réalisation, il est hautement improbable que la publication des documents joints à l'affidavit confidentiel de Paul Tetro puisse avoir un effet significatif sur les attitudes du public;
- b) qu'en particulier, les recherches universitaires que je connais ne permettent pas de conclure que le fait pour le public de connaître les résultats des sondages d'opinion sur des questions publiques risquerait vraisemblablement de polariser les esprits, d'avoir un «effet d'avalanche» ou le soi-disant effet de «spirale du silence»;
- c) que les recherches universitaires que je connais ne permettent pas de conclure que la divulgation des résultats des sondages d'opinion sur des questions publiques risquerait vraisemblablement de contaminer les futurs «sondages de suivi» sur des questions analogues.

Le restant de l'affidavit est consacré à l'argumentation à l'appui de son opinion.

16. L'affidavit complémentaire confidentiel du 8 juillet 1992 de Richard Johnston

Dans cet affidavit, M. Johnston identifie et commente les résultats de sondages de suivi dans les documents en cause.

Cross-examination on Affidavits

Mr. Gagnier and Dr. Fletcher were cross-examined on their public and confidential affidavits by counsel for the Information Commissioner, counsel for Ms. Calamai and by Mr. Rubin.

17. Cross-examination of Daniel Joseph Gagnier—  
Public Affidavit—July 8, 1992

The examination included the following subject-matters:

(a) information that has already been released—questions 111-113;

(b) concern over the media's use of polls—question 144;

(c) whether or not there is a document-by-document analysis of the record—questions 163-167;

(d) the PCO both refusing and agreeing to release the same poll (C-4 in the record)—question 197;

(e) whether harm resulted from the release of the C-4 poll—questions 198-205;

(f) harm to the government strategy and tactics—questions 204-221;

(g) concerns over the way in which the media could use the information as opposed to "ordinary Canadians"—questions 250-256.

18. Cross-examination of Daniel Joseph Gagnier—  
Confidential Affidavit—July 8, 1992

This cross-examination dealt with specific polling results. The associated questions and answers covered whether the polling information was already known to Canadians, whether the subject-matter would come as an unusual surprise to Canadians, the way in which stale information might be dealt with, and the similarity of some polls to those published by other organizations.

Les contre-interrogatoires sur les affidavits

MM. Gagnier et Fletcher ont été contre-interrogés au sujet de leurs affidavits publics et confidentiels par les avocats représentant le Commissaire à l'information, M<sup>me</sup> Calamai et M. Rubin respectivement.

17. Le contre-interrogatoire relatif à l'affidavit public  
du 8 juillet 1992 de Daniel Joseph Gagnier

Le contre-interrogatoire portait sur les sujets suivants:

a) les renseignements qui ont été déjà divulgués—questions 111 à 113;

b) les préoccupations au sujet de l'exploitation par les médias des résultats des sondages d'opinion—question 144;

c) la question de savoir s'il y a eu une analyse pièce par pièce des documents en cause—questions 163 à 167;

d) le fait que le BCP a refusé et accepté de divulguer les résultats d'un même sondage (languette C-4 du dossier)—question 197;

e) la question de savoir si la divulgation des résultats du sondage C-4 a causé un préjudice—questions 198 à 205;

f) le risque de préjudice pour les orientations et mesures ouvertes au gouvernement—questions 204 à 211;

g) les préoccupations au sujet de la manière dont les médias pourraient exploiter ces renseignements à la différence des «Canadiens ordinaires»—questions 250 à 256.

18. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit confidentiel  
du 8 juillet 1992 de Daniel Joseph Gagnier

Ce contre-interrogatoire, relatif à certains résultats de sondages en particulier, portait sur la question de savoir si ces résultats étaient déjà connus des Canadiens et si le sujet serait une surprise pour eux, sur ce qu'on pourrait faire des renseignements dépassés, et sur la similarité entre certains sondages et ceux publiés par d'autres institutions.

19. Cross-examination of Frederick James Fletcher—  
Public Affidavit—July 8, 1992

This cross-examination dealt with the following matters among others:

- (a) the probability versus possibility of harm from disclosure—questions 43-44;
- (b) the merits of disclosure—questions 79-85 and 97;
- (c) whether or not a page-by-page analysis of the record was conducted by Dr. Fletcher—question 101;
- (d) the nature of the media to report in a divisive manner—questions 190-191;
- (e) the basis of considering whether the media would draw attention to division and conflict—question 205;
- (f) tracking and the future utility of polls—questions 216-221;
- (g) identifying Government strategy—questions 222-228;
- (h) the position of the Royal Commission on Electoral Reform and Campaign Financing on the question of publicizing Government polls—questions 231-233.

20. Cross-examination of Frederick James Fletcher  
Confidential Affidavit (Now Public)—July 8,  
1992

This cross-examination included matters such as:

- (a) the degree of detail in which Dr. Fletcher considered the polling information—questions 247-249;
- (b) the use of polling information by the media—question 255;
- (c) the detail with which Dr. Fletcher reviewed each of the 74 pages which the Information Commissioner did not ask be released—questions 265, 268, 269.

19. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit public du 8  
juillet 1992 de Frederick James Fletcher

Ce contre-interrogatoire portait notamment sur les questions suivantes:

- a* a) la différence entre la probabilité et la possibilité de préjudice résultant de la divulgation—questions 43 et 44;
- b* b) les mérites de la divulgation—questions 79 à 85 et 97;
- c* c) la question de savoir si M. Fletcher a fait une analyse page par page des documents—question 101;
- d* d) le propre des médias qui est de rapporter les faits de façon à semer la dissension—questions 190 et 191;
- e* e) les facteurs sur lesquels on doit se fonder pour examiner si les médias attireraient l'attention sur la dissension et le conflit—question 205;
- f* f) les sondages de suivi et l'utilité future des sondages d'opinion—questions 216 à 221;
- g* g) la détection des orientations du gouvernement—questions 222 à 228;
- h* h) la position de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, pour ce qui est de la publication des sondages d'opinion commandés par le gouvernement—questions 231 à 233.

20. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit confidentiel  
(maintenant public) du 8 juillet 1992 de  
Frederick James Fletcher

Ce contre-interrogatoire portait notamment sur les questions suivantes:

- i* a) dans quelle mesure M. Fletcher a analysé en détail les résultats des sondages—questions 247 à 249;
- j* b) l'exploitation des résultats de sondages par les médias—question 255;
- k* c) dans quelle mesure M. Fletcher a analysé en détail chacune des 74 pages dont le Commissaire à l'information n'a pas demandé la divulgation—questions 265, 268 et 269.

## F. THE CHARTER OF RIGHTS

Counsel for the Information Commissioner and Mr. Rubin relied on the *Access to Information Act* in support of their applications. Counsel for Ms. Calamai in support of her application primarily relied upon 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 in particular paragraph 2(b) which guarantees:

2. . . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

In response to the invocation of the Charter, counsel for the Government brought to the Court's attention section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. Subsection 57(1) states:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

Subsection 57(2) [as am. *idem*] states:

57. . . .

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

The hearing of the argument commenced on August 11, 1992. Ms. Calamai's factum was served on the Government on August 4, 1992 (as was agreed to by the parties). Thus the ten-day notice period required for service on the Attorney General of Canada was not met. No notice at all was served on the attorney general of each province.

Counsel for Ms. Calamai took the position that section 57 was not applicable in this case because Ms. Calamai was not questioning the constitutional

## F. LA CHARTE DES DROITS

Les avocats représentant le Commissaire à l'information et M. Rubin invoquent la *Loi sur l'accès à l'information* à l'appui de leurs recours, alors que de son côté, l'avocat de M<sup>me</sup> Calamai se fonde au premier chef sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], en particulier sur l'alinéa 2b) qui garantit:

2. . . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

En réponse à l'argument fondé sur la Charte, les avocats représentant le gouvernement ont attiré l'attention de la Cour sur l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], dont le paragraphe (1) prévoit ce qui suit:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

Le paragraphe 57(2) [mod., *idem*] porte:

57. . . .

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

L'argumentation a commencé le 11 août 1992. Le mémoire de M<sup>me</sup> Calamai avait été signifié au gouvernement le 4 août 1992 (les parties sont d'accord sur ce point). Par conséquent, le délai de signification au procureur général du Canada, au moins dix jours à l'avance, n'a pas été respecté. Rien n'a été signifié au procureur général de chaque province.

Les avocats de M<sup>me</sup> Calamai soutiennent que l'article 57 n'est pas applicable en l'espèce, puisque leur cliente ne conteste pas la validité, l'applicabilité ou

validity, applicability or operability of section 14 (or any other section) of the *Access to Information Act*. Rather, and it was put variously during argument, counsel argued:

1. section 14 must be interpreted or construed in light of paragraph 2(b) of the Charter;

2. the interpretation of section 14 is to be narrowed by use of the Charter;

3. paragraph 2(b) of the Charter and section 14 of the Act can be argued in parallel. The existence of section 14 does not affect the qualified right of access to information under paragraph 2(b). Where disclosure of information would contribute to core values, a *prima facie* right of access is protected by paragraph 2(b);

4. for a government official to focus on what the media will do with information was to take account of an extraneous, irrelevant or improper factor constituting an infringement of paragraph 2(b).

Counsel pointed out that no Canadian court has yet extended the scope of the freedoms protected under paragraph 2(b) to access to government information. Counsel established that freedom of expression in the context of the press not only includes the right to disseminate information but also the right to gather it. Authority was cited in which the freedom to gather information was said to recognize the right of the press to be present at various judicial and even quasi-judicial proceedings. Counsel urged that it was not a giant leap of faith to find that paragraph 2(b) applied to the gathering of government information of the type under consideration in this case.

I find the arguments involving the Charter to be complex indeed. For the purposes of my analysis I will assume, without deciding, that paragraph 2(b) of the Charter applies to the type of government information under consideration in this case. I now address the question of whether this is an attack on the constitutional validity, applicability or operability of section 14, requiring compliance with section 57 of the *Federal Court Act*.

l'effet de l'article 14 (ou d'un autre article quel qu'il soit) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ils soutiennent par contre, sous diverses formes dans leur argumentation:

<sup>a</sup> 1. que l'article 14 doit être interprété à la lumière de l'alinéa 2b) de la Charte;

<sup>b</sup> 2. que l'interprétation de l'article 14 doit être circonscrite par l'effet de la Charte;

<sup>c</sup> 3. que l'alinéa 2b) de la Charte et l'article 14 de la Loi peuvent faire l'objet d'une argumentation parallèle. L'existence de l'article 14 n'affecte pas le droit d'accès non absolu à l'information, que garantit l'alinéa 2b). Dans les cas où la divulgation des renseignements aurait pour effet de contribuer aux valeurs fondamentales, il y a présomption de droit d'accès garanti par l'alinéa 2b);

<sup>d</sup> 4. que le fait pour un haut fonctionnaire de focaliser son attention sur ce que les médias feraient des renseignements revient à prendre en considération un facteur étranger, non pertinent ou inopportun, ce qui constitue une infraction à l'alinéa 2b).

<sup>f</sup> Les avocats font observer qu'aucun tribunal canadien n'a encore étendu les libertés protégées par l'alinéa 2b) à l'accès aux documents de l'administration fédérale. Et que, en ce qui concerne la presse, la liberté d'expression s'entend non seulement du droit de diffuser l'information, mais aussi du droit de la recueillir. Ils citent les magistrètes selon lesquels le droit de recueillir l'information s'entend aussi du droit de la presse d'assister aux diverses instances judiciaires et même quasi judiciaires. Ils soutiennent que ce ne serait pas un acte de foi excessif que de conclure que l'alinéa 2b) s'applique aux demandes de communication de documents de l'administration fédérale tels ceux qui sont en cause.

<sup>i</sup> Je trouve que les arguments fondés sur la Charte sont bien complexes. Aux fins de mon analyse, je vais présumer, sans le décider, que l'alinéa 2b) de la Charte s'applique au type de documents en cause de l'administration fédérale. J'examine maintenant la question de savoir si ce recours est une contestation de la validité constitutionnelle, de l'applicabilité ou de l'effet de l'article 14, auquel cas il faut se conformer à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

We are here dealing with a decision of the Prime Minister of Canada as head of the PCO, to disclose certain documents and withhold others pursuant to section 14 of the *Access to Information Act*. (In practice an elaborate decision-making process is involved in which a recommended decision is sent up through the ranks of the PCO, is verified as being consistent with the *Access to Information Act* by legal counsel, and is verified as to all appropriate administrative actions having been taken. At this point a “final decision” is made by an Assistant Secretary of the PCO and the Deputy Head of the PCO.)

In considering how the Charter might apply in this case I am guided by the analysis of Lamer J. (now C.J.C.) in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Although in that case what was at issue was an order of an adjudicator made under the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1], the analysis of Lamer J. is in my view applicable to the case at bar in assessing the nature of the decision of the head of the government institution to refuse disclosure made under the *Access to Information Act*. I quote from the reasons of Lamer J. at pages 1077 to 1080:

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. This idea was very well expressed by Professor Hogg when he wrote in his text titled *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 671:

Il s'agit en l'espèce d'une décision du premier ministre du Canada, en sa qualité de chef du BCP, de divulguer certains documents et d'en retenir d'autres en application de l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*. (Il s'agit dans les faits d'un processus décisionnel compliqué où une recommandation de décision passe par la voie hiérarchique au sein du BCP, puis par les mains du conseiller juridique qui s'assure qu'elle est conforme à la *Loi sur l'accès à l'information*, après quoi les responsables vérifient que toutes les mesures administratives nécessaires ont été prises. C'est alors qu'une «décision finale» est prise par le sous-secrétaire et le greffier du BCP.)

Pour examiner comment la Charte pourrait s'appliquer en l'espèce, je me guide sur l'analyse faite par le juge Lamer (tel était son titre à l'époque) dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Bien que cette dernière cause portât sur l'ordonnance rendue par un arbitre en application du *Code canadien du travail* [S.C.R. 1970, ch. L-1], j'estime que l'analyse du juge Lamer est applicable en l'espèce pour examiner la nature de la décision prise par le responsable de l'institution fédérale de refuser la communication sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*. Citons les motifs prononcés par le juge Lamer, en pages 1077 à 1080:

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. Le professeur Hogg a très bien exprimé cette idée lorsqu'il a écrit dans son volume intitulé *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 671:

The reference in s. 32 to the "Parliament" and a "legislature" make clear that the Charter operates as a limitation on the powers of those legislative bodies. Any statute enacted by either Parliament or a Legislature which is inconsistent with the Charter will be outside the power of (*ultra vires*) the enacting body and will be invalid. It follows that any body exercising statutory authority, for example, the Governor in Council or Lieutenant Governor in Council, ministers, officials, municipalities, school boards, universities, administrative tribunals and police officers, is also bound by the Charter. Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Section 61.5(9)(c) must therefore be interpreted as conferring on the adjudicator a power to require the employer to do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal, provided however that such an order, if it limits a protected right or freedom, only does so within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. It is only if the limitation on a right or freedom is not kept within reasonable and justifiable limits that one can speak of an infringement of the *Charter*. The *Charter* does not provide an absolute guarantee of the rights and freedoms mentioned in it. What it guarantees is the right to have such rights and freedoms subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. There is thus no reason not to ascribe to Parliament an intent to limit a right or freedom mentioned in the *Charter* or to allow a protected right or freedom to be limited when the language used by Parliament suggests this.

It would be useful, in my view, to describe the steps that must be taken to determine the validity of an order made by an administrative tribunal, which are as follows:

First, there are two important principles that must be borne in mind:

- an administrative tribunal may not exceed the jurisdiction it has by statute; and
- it must be presumed that legislation conferring an imprecise discretion does not confer the power to infringe the *Charter* unless that power is conferred expressly or by necessary implication.

[TRADUCTION] La mention du «Parlement» et d'une «législature» à l'art. 32 montre clairement que la Charte agit comme une limite aux pouvoirs de ces organes législatifs. Tout texte de loi adopté par le Parlement ou une législature, qui est incompatible avec la Charte excédera les pouvoirs (sera *ultra vires*) de l'organisme qui l'a adopté et sera invalide. Il s'ensuit que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, par exemple le gouverneur en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les commissions scolaires, les universités, les tribunaux administratifs, les officiers de police, est également lié par la Charte. Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Il faut donc interpréter l'al. 61.5(9)c) comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier sous réserve toutefois que cette ordonnance, si elle restreint un droit ou une liberté protégés, ne les restreigne que dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce n'est en effet que si la restriction apportée à un droit ou à une liberté n'est pas contenue dans des limites qui soient raisonnables et justifiables que l'on peut parler de violation de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas d'une façon absolue les droits et les libertés qu'elle énonce. Elle garantit plutôt le droit de ne pas voir ces droits ou ces libertés restreints autrement que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.

Il me semble utile de décrire la démarche qui doit être effectuée afin de déterminer la validité d'une ordonnance prononcée par un tribunal administratif de la façon suivante.

Il faut tout d'abord garder en vue l'existence de deux principes importants:

- un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi; et
- il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la *Charte* à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire.

The application of these two principles to the exercise of a discretion leads to one of the following two situations:

1. The disputed order was made pursuant to legislation which confers, either expressly or by necessary implication, the power to infringe a protected right.

— It is then necessary to subject the legislation to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. The legislation pursuant to which the administrative tribunal made the disputed order confers an imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power to limit the rights guaranteed by the *Charter*.

— It is then necessary to subject the order made to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society;

— if it is not thus justified, the administrative tribunal has necessarily exceeded its jurisdiction;

— if it is thus justified, on the other hand, then the administrative tribunal has acted within its jurisdiction.

In the context of the analysis of Lamer J. in *Slaight Communications* and considering the Charter challenge raised in this case, section 14 of the *Access to Information Act*:

(1) confers either expressly or by necessary implication the power on the head of the government institution to infringe an assumed protected right; or

(2) confers imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power on the head of the government institution to limit the rights guaranteed by the Charter.

If the decision by the head of a government institution to refuse disclosure is made pursuant to express or implied power granted under section 14, a Charter challenge to section 14 would be involved.

If the decision by the head of a government institution to refuse disclosure is made pursuant to a broad discretionary power, then the decision itself is subject to a Charter challenge. Such a Charter challenge would not require compliance with section 57 of the *Federal Court Act* because the validity, operability or applicability of a statute is not being questioned.

L'application de ces deux principes à l'exercice d'une discrétion nous mène alors à l'une ou l'autre des situations suivantes:

1. L'ordonnance contestée a été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé:

— Il faut alors soumettre le texte législatif au test énoncé à l'article premier en vérifiant s'il constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*.

— Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;

— si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;

— si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction.

Dans le contexte de l'analyse faite par le juge Lamer dans *Slaight Communications* et vu l'argument fondé en l'espèce sur la Charte, l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*:

(1) habilite, soit expressément soit par implication nécessaire, le responsable de l'institution fédérale à porter atteinte à un droit réputé protégé; ou

(2) confère un pouvoir discrétionnaire imprécis et n'habilite pas, expressément ou par implication nécessaire, le responsable de l'institution fédérale à restreindre des droits garantis par la Charte.

Si le responsable de l'institution fédérale a refusé la communication en vertu d'un pouvoir expressément ou implicitement conféré par l'article 14, c'est cet article que viserait la contestation fondée sur la Charte.

Si le responsable de l'institution fédérale a refusé la communication en vertu d'un large pouvoir discrétionnaire, c'est sa décision même que viserait la contestation fondée sur la Charte. Dans ce cas, il ne serait pas nécessaire de se conformer à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* puisque la contestation ne vise pas la validité, l'applicabilité ou l'effet d'une loi.

In the case of the *Access to Information Act*, the exceptions to disclosure are intended to be limited and specific. The decision under section 14 is one which requires assessment of whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of federal-provincial affairs by the Government of Canada. This is not a broad discretionary decision of the type under consideration in *Slaight Communications*, *supra*, at page 1079, where the adjudicator could order an employer to:

... do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal . . . .

In my view the decision to be made under section 14 is confined to the formulation of an opinion as to whether or not disclosure of information could reasonably be expected to be injurious. While section 14 does not exhaustively list the considerations to be taken into account in the decision-making process, there is no doubt that it does nothing other than empower the making of a decision that documents fall into a category exempt from the general rule of disclosure and permits confidentiality if they do. In my opinion, this is a situation analogous to the first situation identified by Lamer J. in *Slaight Communications*, *supra*. If access to government information is a protected right then it is section 14 that expressly confers the power to limit that right. As such, a Charter challenge such as the one in this case must be directed against the legislation.

Counsel for Ms. Calamai says that he does not challenge the constitutionality of section 14. Indeed he says it is valid and there are occasions when a refusal to disclose would be justified. However, if section 14 expressly confers the power on the government to limit an assumed protected right (access to government information), the attack must be on the constitutional validity, applicability or operability of section 14. This requires compliance with section 57 of the *Federal Court Act*.

En ce qui concerne la *Loi sur l'accès à l'information*, il est expressément prévu que les exceptions au droit d'accès seront précises et limitées. La décision de refuser la communication en application de l'article 14 relève de la catégorie qui requiert qu'on examine si la communication risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires fédérales-provinciales. Il ne s'agit pas là d'une décision relevant d'un large pouvoir discrétionnaire tel celui qui était en cause dans l'affaire *Slaight Communications*, *supra*, à la page 1079, où l'arbitre était habilité à ordonner à l'employeur de:

... faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier . . . .

À mon avis, la décision à prendre en application de l'article 14 se limite à former une opinion quant à la question de savoir si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer un préjudice. Bien que cet article n'énumère pas tous les facteurs qu'il faut prendre en considération en vue de la décision, il est indubitable que tout ce qu'il autorise, c'est de décider que des documents relèvent d'une catégorie soustraite à la règle générale de la communication obligatoire et que si tel est le cas, il permet d'en protéger la confidentialité. Ce cas s'apparente, à mon avis, au premier cas relevé par le juge Lamer dans l'affaire *Slaight Communications* (*supra*). Si l'accès aux documents de l'administration fédérale est un droit, c'est l'article 14 qui confère expressément le pouvoir de limiter ce droit. Dans ce contexte, une contestation comme celle qui nous occupe en l'espèce qui est fondée sur la Charte, doit être dirigée contre le texte de loi.

L'avocat de M<sup>me</sup> Calamai fait valoir qu'il ne conteste pas la constitutionnalité de l'article 14, qu'en fait ce dernier est valide, et qu'il est des cas où le refus de communication serait justifié. Il se trouve cependant que si l'article 14 habilite expressément le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la validité constitutionnelle, l'applicabilité ou l'effet de l'article 14. Ce qui signifie l'obligation de se conformer à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

In an effort to get around section 57, counsel argues that section 14 must only be “construed” with a view to paragraph 2(b) of the Charter and that this is different than questioning the validity, applicability or operability of the section.

While there may be circumstances where an argument relating to the construction of a statute does not involve the question of its validity, applicability or operability, I cannot appreciate such a distinction in this case based upon the arguments made. Counsel argues that the information in question here contributes to “core values” thereby creating a *prima facie* right of access and that in these circumstances the exemption in section 14 is narrowed by paragraph 2(b) of the Charter. This argument if accepted would, to my mind, result in the inapplicability or inoperability of the exemption under section 14 or at least the limiting or narrowing of the applicability or operability of the exemption when documents relating to core values are at issue. If it does not result in the limiting or narrowing of the applicability or operability of the exemption then “construing” section 14 in light of the Charter serves no useful purpose.

With respect to the Charter arguments, therefore I conclude:

1. The Charter challenge necessarily involves a challenge to section 14 of the *Access to Information Act*.

2. To the extent section 14 was found to contravene paragraph 2(b) of the Charter the result would be its inapplicability or inoperability or at least a limitation on its applicability or operability. Such a determination requires notice in accordance with section 57 of the *Federal Court Act* which was not given.

Accordingly, in the absence of required notice, which may possibly lead to the hearing of additional submission, I will not adjudicate the Charter challenge in this case.

Having said this, it may not be inappropriate for me to comment on the argument that in this case the decision to refuse disclosure was based upon what the media “will do” with the information and that this

Essayant de tourner l'article 57, l'avocat de M<sup>me</sup> Calamai soutient que l'article 14 doit être «interprété» par référence à l'alinéa 2b) de la Charte et que pareille démarche est différente de la contestation de la validité, de l'applicabilité ou de l'effet de cet article.

Bien qu'il y ait des cas où un argument touchant l'interprétation d'une loi ne remet pas en question sa validité, son applicabilité ou son effet, je ne peux conclure, à la lumière des arguments présentés, que tel est le cas en l'espèce. L'avocat de M<sup>me</sup> Calamai soutient que les renseignements en cause contribuent aux «valeurs fondamentales», créant ainsi une présomption de droit d'accès, et que dans ce cas, l'exception prévue à l'article 14 est circonscrite par l'alinéa 2b) de la Charte. À supposer qu'il soit accueilli, je pense que cet argument aurait pour résultat de rendre inapplicable ou inopérante l'exception prévue à l'article 14 ou, à tout le moins, d'en limiter ou restreindre l'applicabilité ou l'effet lorsqu'il s'agit de documents relatifs aux valeurs fondamentales. S'il n'a pas pour résultat de limiter ou de restreindre l'applicabilité ou l'effet de l'exception, il ne servirait à rien d'«interpréter» l'article 14 par référence à la Charte.

En conséquence, voici les conclusions que je tire au sujet des arguments fondés sur la Charte:

1. La contestation fondée sur la Charte signifie nécessairement la contestation de l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

2. S'il est jugé que l'article 14 va à l'encontre de l'alinéa 2b) de la Charte, cet article sera inapplicable ou inopérant ou, au moins, son applicabilité ou son effet sera limité. Pareille décision n'est possible qu'après que l'avis prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été signifié, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Faute de l'avis requis, qui pourra aboutir à l'audition d'autres arguments, je ne me prononcerai donc pas sur la contestation fondée en l'espèce sur la Charte.

Cela dit, ce ne serait pas déplacé de ma part de commenter l'argument qu'en l'espèce, la décision de refuser la communication était motivée par ce que les médias «feront» des renseignements et qu'il s'agit là

was an extraneous, irrelevant or improper factor to take into account, thereby putting the decision outside paragraph 2(b) of the Charter. The duty of the government official is to form an opinion as to whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the Government's position in the conduct of federal-provincial affairs. It is one thing to argue that there is no expectation of probable injury from use of information by the media. It is another to argue that a decision is patently unreasonable or that extraneous, irrelevant or improper factors have been taken into account because regard is had to what the press might do with the information. I am not aware of any case which has held that consideration of the press' handling of information is something extraneous to an assessment of probable injury. Indeed, in both *Canada Packers, supra* and *Ottawa Football Club, supra*, what the press might do with information was a consideration.

## G. ANALYSIS BY THE COURT

### 1. The Released Pages

On January 8, 1992, 108 pages were released to all the requesters. An additional 12 pages were released to Mr. Rubin in respect of his specific access request. Thus as of January 8, 1992, 120 of 709 relevant pages had been released.

Of these 120 pages, 57 could be described as introductory or cover pages. For example, they state:

[p. 447]:  
TOP LINE QUALITATIVE REPORT  
SIGMUND QUEBEC  
GENERAL PUBLIC  
15/10/91

Prepared for: FPRO  
Garry Breen

Prepared by: Simon Corneille  
John Paterson

Date: October 22, 1991

[p. 448]:

d'un facteur étranger, non pertinent ou inopportun à ne pas prendre en considération, ce qui rend cette décision contraire à l'alinéa 2b) de la Charte. L'autorité gouvernementale a pour responsabilité de former une opinion sur la question de savoir si la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la position du gouvernement dans la conduite des affaires fédérales-provinciales. C'est une chose de soutenir qu'il n'y a aucun risque de préjudice probable résultant de l'exploitation des renseignements par les médias, c'en est un autre que de soutenir qu'une décision est éminemment déraisonnable, ou que des facteurs étrangers, non pertinents ou inopportuns ont été pris en considération puisqu'on a envisagé ce que la presse pourrait faire des renseignements. Je ne connais aucune cause où il ait été jugé que l'exploitation des informations par la presse n'a rien à voir avec une évaluation du préjudice probable. En fait, dans *Canada Packers (supra)* comme dans *Ottawa Football Club (supra)*, ce que la presse pourrait faire des renseignements a été pris en considération.

## G. L'ANALYSE DE LA COUR

### 1. Les pages communiquées

Le 8 janvier 1992, 108 pages ont été communiquées à tous les demandeurs. Douze autres pages ont été communiquées à M. Rubin, en réponse à une demande de communication spécifique de sa part. Ainsi donc, au 8 janvier 1992, 120 des 709 pages en cause ont été divulguées.

Sur ces 120 pages, 57 pourraient être qualifiées de pages d'introduction ou de couverture. En voici un exemple:

[TRADUCTION] [p. 447]:  
SOMMAIRE DES RÉSULTATS  
SIGMUND QUÉBEC  
GRAND PUBLIC  
15/10/91

Préparé pour: FPRO  
Garry Breen

Préparé par: Simon Corneille  
John Paterson

Date: 22 octobre 1991

[p. 448]:

**INTRODUCTION**

- This report presents the results of two focus groups held in Montreal on October 15, 1991. Given that the week was relatively calm in political terms, we can report no significant recent event that may have influenced the reactions of participants. *a*
- The reader is reminded of the qualitative, as opposed to quantitative nature of this study. As such the results reported herein should not and cannot be construed as representative of the larger population in any statistically significant manner. *b*

A further 42 pages consist of pages of what appear to be general categorization questions asking respondents in what age category they belong, their primary language, citizenship, province of residence, sex, etc. *c*

The 12 pages provided in response to Mr. Rubin's request covered the contracts entered into for polling by the Government, with the exception of the scope of work portions on 2 pages which were not disclosed. *e*

A third category of released pages consists of pages which describe the methodology or approach in the conduct of the polls or summarize the demographic breakdowns of the persons participating in the focus groups. These numbered fourteen. An example of the former would be page 484: *f*

**OBJECTIVES**

[s. 14]

**METHODOLOGY**

- Two sessions were held in Montreal in which a total of 18 French speaking Quebecers participated. Each session lasted approximately one hour and forty-five minutes. Participants in both groups were recruited according to the following standard criteria: *i*
  - 1/2 men, 1/2 women, all Francophones, among a broad range of ages;
  - people with diverse occupations *j*
  - [section 14]

**INTRODUCTION**

- Ce rapport présente les résultats de deux groupes de discussion tenus à Montréal le 15 octobre 1991. Étant donné que cette semaine était relativement calme sur la scène politique, nous ne pouvons relever aucun événement récent susceptible d'influer sur les réactions des participants.
- À noter la nature qualitative, et non pas quantitative, de cette enquête. Il ne faut donc pas en interpréter les résultats comme étant représentatifs du grand public à un quelconque degré statistiquement significatif.

Il y a encore 42 autres pages qui portent des questions générales de catégorisation, auxquelles les répondants étaient priés de répondre en faisant connaître le groupe d'âge auquel ils appartenaient, leur langue principale, leur nationalité, leur province de résidence, leur sexe, etc. *d*

Les 12 pages communiquées à la demande de M. Rubin portaient sur les contrats de sondage conclus par le gouvernement, à l'exception des clauses relatives à la portée des travaux et qui occupaient 2 pages, lesquelles n'ont pas été communiquées.

La troisième catégorie de renseignements divulgués comprend des pages qui décrivent la méthodologie adoptée pour l'exécution des sondages ou donnent les caractéristiques démographiques sommaires des groupes de discussion. Il y avait 14 de ces derniers. Un exemple des notes de méthodologie peut être trouvé en page 484: *g*

**[TRANSDUCTION] OBJECTIFS**

[art. 14]

**MÉTHODOLOGIE**

- Deux sessions ont eu lieu à Montréal avec la participation de 18 Québécois francophones au total. Chaque session durait à peu près une heure et quarante-cinq minutes. Les participants à l'une et à l'autre ont été recrutés conformément aux critères standards suivants:
  - 1/2 hommes, 1/2 femmes, tous francophones, appartenant à des groupes d'âge variés;
  - occupations diverses *j*
  - [article 14]

An example of the latter would be page 614.

On peut trouver un exemple de sommaire démographique en page 614.

PROJECT: 412-002

[TRANSLATION]	July 16, 1991 6 p.m. Montréal	July 16, 1991 8 p.m. Montréal
• Men	6	6
• Women	6	6
• 18 – 23	2	2
• 24 – 39	5	5
• 40 – 54	5	5
• Students	1	1
• Housewives	(2)	(2)
• Blue-collar workers	4	4
• White-collar workers	4	4
• Unemployed or jobless	1	1
• Mother tongue: French	12	12
[section 14]		
• Undecided	0 – 3	0 – 3

a

b

c

d

[article 14]

• Indécis

PROJET: 412-002

	16 juillet 1991 18h00 Montréal	16 juillet 1991 20h00 Montréal
• Hommes	6	6
• Femmes	6	6
• 18 – 23	2	2
• 24 – 39	5	5
• 40 – 54	5	5
• Étudiants	1	1
• Ménagères	(2)	(2)
• Cols bleus	4	4
• Cols blancs	4	4
• Chômeurs ou sans emploi	1	1
• Langue maternelle: français	12	12
[article 14]		
• Indécis	0 – 3	0 – 3

As indicated by the reference to “section 14” on both pages 484 and 614, there were portions that were not disclosed.

e

La mention «article 14» en pages 484 et 614 indique les parties qui ne sont pas divulguées.

On June 18, 1992 a further 35 pages were released by the Government. One was an introductory page. Eight pages consisted of results of a poll or survey done on or about November 15, 1990 on the Citizens' Forum (Spicer Commission). The questions asked about a respondent's familiarity with the Citizens' Forum, whether the respondent approved of the Forum, whether the Forum was independent from government, why a respondent thought the Forum was set up, what the expected performance of the Forum was, and whether a respondent agreed with different comments on the Government's decision to set up the Forum. From the correspondence between the Information Commissioner and the PCO it appears that at first the Government was of the view that these pages might not be relevant to the access request in this case. After re-examination they were released but no explanation is given as to why the Government decided to do so. An additional seven pages consisted of general questions relating to classifications by age, income, etc. Finally, a further 19 pages were released because the Government came to

f

g

h

i

j

Le 18 juin 1992, le gouvernement a encore divulgué 35 pages. L'une d'entre elles est une page d'introduction. Huit donnent les résultats d'un sondage effectué vers le 15 novembre 1990 au sujet du Forum des citoyens (Commission Spicer). Il s'agissait de savoir si les répondants connaissaient l'existence du Forum des citoyens, s'ils l'approuvaient, si le Forum était indépendant du gouvernement, pourquoi il a été mis sur pied à leur avis, quels résultats ils en attendaient, et s'ils partageaient différents commentaires sur la décision du gouvernement de mettre le Forum sur pied. Il ressort de la correspondance entre le Commissaire à l'information et le BCP qu'à l'origine, le gouvernement pensait que ces pages n'avaient aucun rapport avec les demandes de communication. Après nouvel examen, ces pages ont été divulguées mais sans que le gouvernement explique pourquoi il a décidé de le faire. Sept autres pages renferment des questions générales relatives à la classification par l'âge, par le revenu, etc. Enfin, les 19 pages restantes ont été communiquées parce que le gouvernement conclut qu'elles étaient les doubles de

the conclusion that they were duplicates of material which was previously released (presumably in response to other access requests).

In total, prior to the start of this hearing, 155 pages had been released. Of this total, 29 pages were released in part only, e.g. 484, 614 referred to above.

The subject-matter of most of the pages that were released could fairly be described as being generic or neutral in the sense that they do not contain information about constitutional or national unity issues. Where pages do make reference to constitutional or national unity issues they appear to have been released because they were released previously pursuant to another access request. All other pages were kept confidential by the Government.

## 2. The Confidential Pages

Of the 709 pages of the record that were relevant, the Government seeks to maintain confidentiality over 554 pages. Without revealing the content of these confidential pages, I can give some indication of their nature.

The first and largest category consists of 222 pages containing questions which provide the "raw data" of the polls. A question is posed followed by a percentage breakdown of the responses. The structure of these pages are typical of a poll one would find in a newspaper or magazine. These pages do not contain any conclusory or analytical statements.

A second category of 55 pages consists of analysis of the "raw data". Here conclusions are drawn based upon the data collected. As well, some analysis of trends is provided.

There are 132 pages providing cross-tabulations and demographic analysis of polling data. These are highly complex and very technical documents which are of little practical use to the uneducated observer.

There are 45 pages that describe the questions which were asked of the various focus groups that were held. These appear to be the structure or frame-

documents antérieurement divulgués (apparemment en réponse à d'autres demandes de communication).

Au total, 155 pages avaient été communiquées avant l'ouverture de l'audition de cette instance. Sur ce total, 29 pages n'ont été divulguées que partiellement, par exemple les pages 484 et 614 susmentionnées.

On peut qualifier à juste titre le sujet des pages communiquées de générique ou de neutre, en ce sens que celles-ci ne renferment aucun renseignement relatif aux questions de constitution ou d'unité nationale. Celles qui touchent à la constitution ou à l'unité nationale ont été communiquées parce qu'elles avaient été antérieurement divulguées en réponse à d'autres demandes de communication. Le gouvernement a tenu toutes les autres pages confidentielles.

## 2. Les pages gardées confidentielles

Sur les 709 pages touchées par les demandes de communication, le gouvernement cherche à protéger la confidentialité de 554 pages. Sans en révéler le contenu, je peux donner quelques indications sur leur nature.

La première catégorie, et la plus importante, consiste en 222 pages contenant les questions qui représentent les «données brutes» des sondages. Chaque question posée est suivie du décompte en pourcentage des réponses. La structure de ces pages est typique des sondages qu'on peut trouver dans un journal ou un magazine. Ces pages ne renferment aucune conclusion ou analyse.

La deuxième catégorie, soit 55 pages, consiste en analyses des «données brutes». On y trouve des conclusions tirées des données recueillies, ainsi qu'une certaine analyse des tendances.

Il y a 132 pages donnant la tabulation recoupée et l'analyse démographique des résultats de sondages. Il s'agit là de documents complexes et hautement techniques qui n'ont guère d'utilité pratique pour les profanes.

Il y a 45 pages qui consignent les questions posées aux divers groupes de discussion. Il s'agit là d'une sorte de guide utilisé par les animateurs de ces

work that the leaders of the focus groups used to direct the participants of the groups to the specific topics to be canvassed.

The analysis of the focus groups covers some 83 pages. Here conclusions are provided regarding the reaction of the participants of the groups to selective topics that were raised. In addition to the analysis of these reactions, some recommendations based on the results of the groups is also provided.

There are two pages that generally describe the objectives of the focus groups.

There are 14 pages that formally set out the position on constitutional matters of a group of individuals who met for the express purpose of formulating proposals regarding the constitution.

Finally, there is one page that defies classification. It appears to be an option chart of some kind.

### 3. The Role of the Court under Section 50

In considering the analysis to be done by this Court in a case under section 50 of the *Access to Information Act*, some guidance may be obtained by comparing the role of the Court with that of the Information Commissioner. As I perceive it, although there are some similarities, the role of the Information Commissioner is somewhat different than that of the Court. The Office of the Information Commissioner is an office which apparently deals with access to information requests on a regular basis. There may be extensive dialogue that takes place, apparently informally, between the Information Commissioner and his staff, and the government department that is the subject of an access request. For example, in this case, in his January 16, 1992 letter to the Clerk of the Privy Council, the Information Commissioner states:

... and taking into account the extensive discussions our offices have already had about the accessibility of unity polls, I am expediting the investigation . . .

As well, Mr. Gagnier in his affidavit refers to numerous meetings between the Information Commissioner's Office and the PCO.

groupes de discussion pour diriger les participants sur les sujets spécifiques à discuter.

L'analyse des groupes de discussion occupe quelque 83 pages. On y trouve l'analyse de la réaction des participants aux sujets spécifiques mis à l'ordre du jour. Il y a en outre certaines recommandations fondées sur les résultats de ces groupes de discussion.

Il y a deux pages qui donnent un aperçu général des objectifs des groupes de discussion.

Il y a 14 pages qui présentent formellement la position sur les questions constitutionnelles d'un groupe de personnes qui se sont réunies expressément pour formuler des propositions intéressant la constitution.

Enfin, il y a une page qui ne se prête à aucune classification. Elle semble être une sorte de graphique des options.

### 3. Le rôle que la Cour tient de l'article 50

On peut mieux saisir l'analyse que la Cour est appelée à faire dans une instance visée par l'article 50 de la *Loi sur l'accès à l'information* en comparant le rôle de la Cour et celui du Commissaire à l'information. Bien qu'il y ait une certaine similitude, j'estime que ce dernier est un peu différent du rôle de la Cour. Le Commissariat à l'information est un organisme qui, de toute évidence, instruit les demandes de communication sur une base régulière. Il peut y avoir un dialogue extensif et manifestement informel entre le Commissaire à l'information et ses collaborateurs d'une part, et l'institution fédérale visée par la demande de communication d'autre part. En l'espèce par exemple, le Commissaire à l'information écrit ce qui suit dans sa lettre du 16 janvier 1992 au greffier du Conseil privé:

[TRADUCTION] . . . et compte tenu des nombreuses discussions que nos services respectifs ont eues au sujet de l'accessibilité des sondages sur l'unité nationale, j'expédie mon enquête . . .

De même, M. Gagnier fait état dans son affidavit des nombreuses rencontres entre le Commissariat à l'information et le BCP.

The investigation by the Information Commissioner is conducted privately. The Information Commissioner does not appear to be bound by the ordinary rules of evidence. He may hear the parties separately. It is obvious in this case that the Information Commissioner analyzed the record on a page-by-page and indeed line-by-line basis.

By contrast, the Court's process under section 50 relies on evidence. Evidence is necessary to link a reasonable expectation of probable harm to disclosure of specific information. The Court is not an expert tribunal with its own resources. It can only act on the basis of the evidence before it. In the absence of evidence, the Court has no basis or expertise of its own for developing its view as to whether or not the government department had reasonable grounds to refuse disclosure. In short, the heavy onus placed on the party seeking to maintain confidentiality must be satisfied in a formal manner on a balance of probabilities through clear and direct evidence. I will have more to say about this later.

#### 4. The Presumption in Favour of Disclosure v. an Overly Cautious Approach to Disclosure

The *Access to Information Act* and the jurisprudence cited earlier makes it abundantly clear that Parliament's intention is that access to government information is a right of all citizens and permanent residents and that exceptions are to be limited and specific. The *Access to Information Act* did not simply confirm in statutory form the law that existed before it came into force in respect of information under government control. On the contrary, in respect of certain government information such as that relating to federal-provincial relations, the law prior to the *Access to Information Act* gave the Government the absolute right to maintain confidentiality even against the normal Court discovery process in litigation.

Subsection 41(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, stated:

41. . . .

Les enquêtes du Commissaire à l'information sont menées en privé. Il n'est pas tenu par les règles ordinaires de preuve. Il peut entendre les parties séparément. Il est manifeste qu'en l'espèce, il a analysé les documents en cause page par page, et même ligne par ligne.

Par contraste, la procédure suivie par la Cour sous le régime de l'article 50 est fondée sur les preuves et les témoignages. Les preuves sont nécessaires si on veut établir le lien entre le risque vraisemblable de préjudice probable et la divulgation de tel ou tel renseignement. La Cour n'est pas un tribunal administratif spécialisé, doté de ressources propres. Elle ne peut que se fonder sur les preuves et témoignages soumis à son examen, faute de quoi elle n'a aucune base ou expertise propre pour juger si l'institution fédérale a des motifs raisonnables pour refuser la communication. En bref, la partie qui cherche à protéger la confidentialité doit s'acquitter de la lourde charge qui lui incombe d'administrer formellement des preuves claires et directes établissant la prépondérance des probabilités. Je reviendrai plus loin sur cette question.

#### 4. La présomption en faveur de la divulgation et l'attitude excessivement prudente en la matière

La *Loi sur l'accès à l'information* et la jurisprudence citée plus haut ne laissent aucun doute que selon la volonté du législateur, l'accès aux documents de l'administration fédérale est un droit de tous les citoyens et résidents permanents, les exceptions à ce droit étant limitées et précises. La *Loi sur l'accès à l'information* n'est pas que la consécration législative de la règle de droit applicable, avant son entrée en vigueur, aux documents de l'administration fédérale. À vrai dire, pour certains de ces documents, comme ceux qui concernaient les relations fédérales-provinciales, les règles applicables avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'accès à l'information* conféraient au gouvernement le droit absolu d'en protéger la confidentialité, même au regard de la procédure normale de communication des pièces dans les instances engagées devant la Cour.

Le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, prévoyait ce qui suit:

41. . . .

(2) When a Minister of the Crown certifies to any Court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court.

Upon the Court receiving an affidavit of a Minister certifying that disclosure would be injurious to federal-provincial relations, no explanation was required in order to justify confidentiality. The Court was obliged to refuse disclosure without any examination of the documents in question. There was no testing of the Minister's opinion. There was no consideration of whether disclosure would indeed be injurious or whether a Minister was simply adopting an unduly cautious approach.

With the enactment of the *Access to Information Act* in 1982, section 41 of the *Federal Court Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3). Parliament had demonstrably swung the pendulum away from absolute confidentiality which the Government enjoyed in areas such as federal-provincial relations and toward disclosure of all documents under Government control with only narrow and limited exceptions.

The contrast between the repealed subsection 41(2) of the *Federal Court Act* and the provisions of the *Access to Information Act* reveals that Parliament was no longer satisfied with unjustifiably cautious approaches by Government to disclosure. If confidentiality of information was to be maintained, the onus was on the Government (or other party seeking to maintain confidentiality of information under Government control) to justify it by demonstrating that disclosure could reasonably be expected to be injurious.

The focus in this case, based on the evidence, is whether the Government had reasonable grounds to expect harm from disclosure or whether it was taking an overly cautious approach to disclosure, based on possibility, which is not justified by the legislation.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication.

Dès réception par la Cour de l'affidavit établi par un ministre pour certifier que la divulgation porterait atteinte aux relations fédérales-provinciales, aucune explication n'était nécessaire pour justifier la confidentialité. La Cour était tenue de refuser la communication sans même examiner les documents en question. Rien ne permettait de mettre à l'épreuve l'opinion du ministre. Il n'y avait pas à examiner si la divulgation serait vraiment préjudiciable ou si le ministre concerné ne faisait qu'adopter une attitude excessivement précautionneuse.

L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été abrogé (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 3) au moment de l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information* en 1982. Il est évident que le législateur s'est écarté de l'absolue confidentialité dont jouissait l'administration fédérale dans des domaines tels que les relations fédérales-provinciales, et a opté pour la communication de tous les documents en sa possession sous réserve d'exceptions précises et limitées.

Il ressort du contraste entre le paragraphe 41(2) abrogé de la *Loi sur la Cour fédérale* et les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* que le législateur n'était plus satisfait de l'attitude abusivement prudente de l'administration fédérale envers la divulgation des renseignements. Pour protéger la confidentialité de ces derniers, il incombe au gouvernement (ou à la partie cherchant à protéger la confidentialité des documents de l'administration fédérale) de la justifier en démontrant que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice.

Il échet donc en l'espèce d'examiner, sur la foi des preuves et témoignages produits, si le gouvernement avait des motifs raisonnables pour prévoir que la communication causerait un préjudice, ou s'il adoptait une attitude excessivement prudente motivée par une possibilité de préjudice, ce que ne permet pas la loi applicable.

### 5. The Evidentiary Requirement

The jurisprudence indicates that the Government or party seeking to maintain confidentiality must demonstrate its case clearly and directly. The Act itself, in subsection 2(1), states that exemptions from disclosure must be limited and specific. By inference I think it is clear that a general approach to justifying confidentiality is not envisaged.

I assume, from the evidence of Mr. Gagnier, that in the absence of direction to the contrary, many conscientious public servants, in good faith, would opt for confidentiality when they perceived the slightest possibility of risk to Government initiatives from disclosure of information. He put it clearly in answer to question 137 of his cross-examination:

I think both the Information Commissioner, as well as myself, and maybe others, went through an assessment of that risk. Where the difference lies is he made his assessment judging some of the material to carry an unacceptable [*sic*] risk; whereas, I, probably being a bureaucrat and more cautious, judge that risk in this unique period of time was unacceptable. [Emphasis mine.]

Indeed, such an approach was permitted by a provision such as the now repealed section 41 of the *Federal Court Act*. However, today, an overly cautious approach, based on something less than a reasonable expectation of probable harm, is not to be consistent with the test under section 14 of the *Access to Information Act*.

In order to distinguish between confidentiality justified by the Act and that resulting from an overly cautious approach, specific detailed evidence is required.

In the case at bar, what is being considered is the validity of an opinion of a government official that disclosure of specific government documents could reasonably be expected to result in harm to the Government's conduct of federal-provincial affairs. While no general rules as to the sufficiency of evidence in a section 14 case can be laid down, what the Court is looking for is support for the honestly held but perhaps subjective opinions of the Government

### 5. Le fardeau de la preuve

La jurisprudence pose que le gouvernement ou la partie qui cherche à protéger la confidentialité doit justifier ses prétentions par des preuves claires et directes. La Loi elle-même, en son paragraphe 2(1), prévoit que les exceptions à la communication doivent être limitées et précises. J'en conclus qu'une approche générale ne suffit pas pour justifier la confidentialité.

Je présume, sur la foi du témoignage de M. Gagnier, que faute de directives contraires, un grand nombre de fonctionnaires consciencieux opéreraient, en toute bonne foi, pour la confidentialité chaque fois qu'ils perçoivent ne serait-ce qu'une mince possibilité de risque pour les initiatives du gouvernement par suite de la divulgation des renseignements. Le témoin l'a déclaré sans équivoque dans sa réponse à la question n° 137 de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Je pense que le Commissaire à l'information, tout comme moi-même et peut-être bien d'autres, a pesé ce risque. La différence tient à ce qu'il fait cette évaluation en jugeant que certains documents comportent un risque inacceptable [*sic*], alors que moi, probablement parce que je suis fonctionnaire et plus prudent, je juge tout risque inacceptable en cette conjoncture. [Phrase non soulignée dans le texte.]

Il est vrai que cette approche était permise par une disposition comme l'article 41, maintenant abrogé, de la *Loi sur la Cour fédérale*. De nos jours cependant, une approche excessivement prudente, fondée sur quelque chose qui n'atteint pas au niveau de risque vraisemblable de préjudice probable, n'est pas compatible avec le critère prévu à l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

La distinction entre la confidentialité justifiée par la Loi et celle qui résulte d'une attitude excessivement prudente se fait à la lumière des preuves spécifiques et détaillées.

En l'espèce, ce qui est en cause c'est la validité de l'avis d'un fonctionnaire selon lequel la communication de certains documents spécifiques de l'administration fédérale risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement des affaires fédérales-provinciales. Bien qu'aucune règle générale ne puisse être établie quant à la norme de preuve requise dans le cadre de l'article 14, ce qu'examine la Cour, c'est le bien-fondé de l'opinion

witnesses based on general references to the record. Descriptions of possible harm, even in substantial detail, are insufficient in themselves. At the least, there must be a clear and direct linkage between the disclosure of specific information and the harm alleged. The Court must be given an explanation of how or why the harm alleged would result from disclosure of specific information. If it is self-evident as to how and why harm would result from disclosure, little explanation need be given. Where inferences must be drawn, or it is not clear, more explanation would be required. The more specific and substantiated the evidence, the stronger the case for confidentiality. The more general the evidence, the more difficult it would be for a court to be satisfied as to the linkage between disclosure of particular documents and the harm alleged.

In addition, allegations of harm from disclosure must be considered in light of all relevant circumstances. In particular, this includes the extent to which the same or similar information that is sought to be kept confidential is already in the public realm. While the fact that the same or similar information is public is not necessarily conclusive of the question of whether or not there is a reasonable expectation of harm from disclosure of the information sought to be kept confidential, the burden of justifying confidentiality would, in such circumstances, be more difficult to satisfy.

#### 6. The Approach of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher

Mr. Gagnier in his public affidavit refers to the unique importance and special significance of the subject-matter of the record in this case. He then sets out four reasons justifying confidentiality of the record:

1. Constraining the strategic and tactical options available to the Government of Canada.
2. The potential negative impact on the environment for federal-provincial negotiations.

honnête mais peut-être subjective des témoins cités par le gouvernement, opinion basée sur une référence générale aux documents. Les descriptions de préjudice possible, même détaillées, ne suffisent pas en elles-mêmes. À tout le moins, il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation de tel ou tel renseignement et le préjudice invoqué. La partie intéressée doit expliquer à la Cour comment ou pourquoi le préjudice invoqué résulterait de la communication de tel ou tel renseignement. Si le comment ou le pourquoi de ce préjudice est évident, l'explication ne doit pas être bien longue. Mais si une déduction est nécessaire ou si le lien n'est pas clair, l'explication doit être plus longue. Plus les preuves et témoignages sont spécifiques et concluants, plus forte est la défense de la confidentialité. Plus les preuves et témoignages sont généraux, plus il serait difficile pour la Cour de conclure au lien entre la divulgation de documents donnés et le préjudice invoqué.

En outre, les allégations de préjudice résultant de la communication doivent être examinées à la lumière de tous les faits et circonstances de la cause. Ce qui s'entend notamment de la question de savoir dans quelle mesure les renseignements dont une partie tient à protéger la confidentialité ou des renseignements similaires sont déjà du domaine public. Certes, le fait que les mêmes renseignements ou des renseignements similaires soient déjà du domaine public ne règle pas nécessairement la question de savoir s'il y a un risque vraisemblable de risque résultant de la divulgation des renseignements dont la confidentialité est en cause, mais cette circonstance fait qu'il est plus difficile de se décharger du fardeau de la preuve justifiant la confidentialité.

#### 6. L'approche de MM. Gagnier et Fletcher

Dans son affidavit public, M. Gagnier souligne le caractère unique et l'importance primordiale que revêt le sujet des documents en cause. Il présente quatre raisons pour en justifier la confidentialité:

- 1) Limitation des orientations et des mesures ouvertes au gouvernement du Canada.
- 2) Effet potentiellement néfaste sur le climat des négociations fédérales-provinciales.

3. Prejudice to ongoing discussions with the provinces.

4. Furnishing information to those hostile to Canadian unity.

In the balance of his affidavit he explains in some detail his concerns. He says that disclosure of the Government's strategy or tactics in negotiations, even if such strategy could only be inferred from the information would constrain the Government's options and could compromise its strategy. He expresses concern about the highlighting of conflict by the media and the creation of divisiveness in the country that would be counter-productive to the Government's interest in seeking consensus in its constitutional and national unity initiatives. He says that misunderstandings may arise from disclosed information which may be exploited to the detriment of the Government's position. He also refers to the contamination of subsequent polling results by premature disclosure of prior results thus rendering polling of reduced value to the Government.

Dr. Fletcher speaks to the same issues—the compromising of Government strategy and tactics, misinterpretation of the results of disclosed information, the highlighting of conflict by the media leading to increased polarization of public opinion and the contamination of subsequent tracking polls.

These are all reasons why the Government might, but not necessarily probably would, suffer harm from the disclosure of its confidential information. I can even appreciate the argument made with respect to misunderstandings in this case even though the jurisprudence tends to discount this type of concern because it is normally within the power of the party forced to release the record to provide additional information to clarify misunderstandings. If it could be demonstrated that considering all the circumstances, it is reasonable to expect the harm described from the release of the specific information in question, then the Government would be entitled to confidentiality. This requires evidence linking the harm described and the disclosure of specific pages of the record and an explanation of why, in all the circum-

3) Atteinte aux négociations en cours avec les provinces.

4) Divulgence de renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité canadienne.

Dans le restant de son affidavit, le déposant explique en détail ses préoccupations. Il estime que la divulgation des considérations stratégiques ou tactiques du gouvernement dans les négociations, même si la stratégie pouvait seulement être déduite des renseignements divulgués, réduirait les options du gouvernement et pourrait compromettre sa stratégie. Il s'inquiète du fait que les médias mettent en relief les conflits et provoquent des dissensions dans le pays qui nuiraient aux efforts déployés par le gouvernement pour parvenir à un consensus dans ses initiatives de réforme constitutionnelle et d'unité nationale. À son avis, les renseignements divulgués pourraient se prêter à des malentendus qui pourraient être exploités au détriment de la position du gouvernement. Il fait également état de la contamination des résultats des sondages subséquents par la divulgation prématurée des résultats antérieurs, ce qui diminuerait la valeur des sondages pour le gouvernement.

M. Fletcher s'attache aux mêmes problèmes: le risque de compromettre les orientations et mesures ouvertes au gouvernement, la mauvaise interprétation des résultats des sondages divulgués, la mise en vedette des conflits par les médias se traduisant par une polarisation accrue de l'opinion publique et la contamination des sondages de suivi subséquents.

Voilà autant de raisons pour lesquelles le gouvernement pourrait subir, mais non pas nécessairement, un préjudice du fait de la divulgation de ses renseignements confidentiels. Je peux même apprécier l'argument relatif aux malentendus bien que la jurisprudence tende à ignorer les préoccupations de ce genre, parce qu'il est normalement loisible à la partie forcée de communiquer les documents d'ajouter des renseignements complémentaires pour prévenir tout malentendu. S'il pouvait démontrer que, vu tous les faits et circonstances de la cause, la communication des renseignements spécifiques en question causerait vraisemblablement le préjudice invoqué, le gouvernement aurait le droit de les garder confidentiels. À cette fin, il lui faut faire la preuve du lien entre le préjudice invoqué et la divulgation de pages spéci-

stances, the disclosure of the contents of the record would cause such harm.

In paragraph 21 of his public affidavit, Mr. Gagnier says that one of the background considerations is:

... the increasing complexity of these negotiations resulting from sovereignist sentiment in Quebec, regional sentiment outside Quebec and the demands of indigenous people and other groups.

This is significant. It is apparent that Mr. Gagnier's position is not that topics such as these are confidential. These subject-matters have been disclosed in the public material filed by the Government. If harm is to be found it must be in the disclosure of the details in the record and the affidavit evidence must link harm to disclosure of those details.

Language in the affidavits of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher is often couched in the terminology of section 14. However, the evidence must demonstrate a probability of harm from disclosure and not just a well-intentioned but unjustifiably cautious approach to the avoidance of any risk whatsoever because of the sensitivity of the matters at issue.

Although both Mr. Gagnier and Dr. Fletcher state they are of the opinion that disclosure of these documents would probably result in harm to the position of the Government, the question remains: Are those views in harmony with the preponderance of probabilities which can readily be found in the evidence?

With respect to Mr. Gagnier's evidence, he deposes that he was the one who made the original recommendation to maintain confidentiality over the documents in question. It will be remembered that the only pages which he agreed should be disclosed originally were introductory and cover pages, pages containing generic questions and pages disclosing certain methodology and demographic summaries. No other pages were disclosed. It appears to me that Mr. Gagnier, mindful of the "unique and ... signal importance" and "special significance" of the subject-matter and "being a bureaucrat" took a very cautious approach.

fiques du document, et expliquer pourquoi, vu les circonstances de la cause, la divulgation du contenu du document causerait ce préjudice.

Au paragraphe 21 de son affidavit public, M. Gagnier déclare qu'un facteur à prendre en considération est:

... la complexité croissante de ces négociations en raison du sentiment souverainiste au Québec, du sentiment régionaliste hors du Québec et des demandes des peuples autochtones et autres.

Voilà un indice significatif. Il est manifeste que d'après M. Gagnier, ces sujets ne sont pas confidentiels. Ils ont été divulgués par les documents publics versés aux débats par le gouvernement. S'il y a un préjudice, il doit résulter de la divulgation des détails contenus dans le dossier, et les témoignages par affidavit doivent établir le lien entre le préjudice et la divulgation de ces détails.

Le vocabulaire des affidavits de MM. Gagnier et Fletcher évoque souvent la terminologie employée à l'article 14. Cependant, le témoignage donné doit démontrer une probabilité de préjudice résultant de la divulgation et non pas une approche bien intentionnée mais indûment précautionneuse qui consiste à éviter tout risque en raison de la nature délicate des matières en cause.

Bien que MM. Gagnier et Fletcher affirment l'un et l'autre qu'à leur avis, la divulgation des documents en question serait probablement préjudiciable à la position du gouvernement, la question demeure de savoir si cette opinion reflète la prépondérance des probabilités que doivent dégager les témoignages.

D'après M. Gagnier, c'est lui qui a recommandé à l'origine de protéger la confidentialité de ces documents. Il y a lieu de rappeler que les seules pages dont il acceptât la divulgation étaient des pages d'introduction, des pages de couverture, des pages contenant des questions génériques et des pages portant méthodologie et sommaire démographique. Aucune autre page n'a été divulguée. Il appert que M. Gagnier, conscient du «caractère unique et de l'importance primordiale» que revêt le sujet et du fait qu'il est un «fonctionnaire», a adopté une approche très précautionneuse.

While a cautious approach may not, in every case, be inconsistent with what is required under section 14, I observe that in this case Mr. Gagnier chose to disclose nothing of a substantive nature except where a prior disclosure had already been made. In preparing his affidavit he did not do a page-by-page analysis of the record to determine if specific pages could be released. In cross-examination, there appears the following:

166 Q. So what you have done now to advance it; you still haven't done an analysis document-by-document. You have given some examples in your confidential affidavit?

A. That's correct.

167 Q. So there is no recorded document-by-document analysis with respect to these documents and the section 14 exemption that exists to this point in the record.

A. Not in the record.

His approach suggests that his intention was to avoid any risk to the Government initiative, probable or possible. Indeed in paragraph 21 of his affidavit he states: "The assessment of possible injury by the release of the records" [emphasis mine].

In addition, in his cross-examination, Mr. Gagnier expresses a concern about the media misconstruing the Government polls. After making reference to a particular issue, the cross-examination continues:

501. Q. Now, I will stop you right there. That means you are afraid the media will not accurately report these polls.

A. Could.

Q. Might not; could not?

A. Might not.

Q. They might not and that is the danger you are talking about here.

A. I am not saying they would do it maliciously.

Q. Of course not. I have been careful to make sure you are not saying that but you are saying they might.

A. Yes.

While I accept that Mr. Gagnier expresses a serious concern about this issue, his evidence is that this "might" occur. However section 14, as it has been interpreted, requires evidence of probable harm. That

Bien qu'une approche prudente ne soit pas forcément incompatible avec les prescriptions de l'article 14, je note qu'en l'espèce, M. Gagnier a choisi de ne divulguer aucun renseignement de fond qui n'ait été divulgué antérieurement. Pour son affidavit, il n'a pas fait une analyse page par page du document pour savoir si des pages spécifiques pouvaient être divulguées. Voici ce qu'il a déclaré à son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] 166 Q. Bon, qu'avez-vous fait pour le justifier? Vous n'avez toujours pas fait une analyse document par document. Est-ce que vous avez donné quelques exemples dans votre affidavit confidentiel?

R. Oui.

167 Q. Donc il n'y a aucune trace dans le dossier d'une analyse document par document pour ce qui est de ces documents et de l'exception fondée sur l'article 14.

R. Pas dans le dossier.

On peut conclure de son approche que sa volonté était d'éviter tout risque, probable ou possible, pour l'initiative du gouvernement. En fait, au paragraphe 21 de son affidavit, il fait état de [TRADUCTION] «L'appréciation du préjudice possible du fait de la divulgation des documents» [mot non souligné dans le texte].

En outre, M. Gagnier, toujours au cours de son contre-interrogatoire, exprime sa préoccupation quant à une mauvaise interprétation par les médias des sondages commandés par le gouvernement. Après un échange sur une question particulière, le contre-interrogatoire se poursuit comme suit:

[TRADUCTION] 501.Q. Je vous arrête là. Cela signifie que vous craignez que les médias ne rendent pas fidèlement compte de ces sondages.

R. Pourraient ne pas rendre fidèlement compte.

Q. Ne rendraient peut-être pas? Pourraient ne pas rendre?

R. Ne rendraient peut-être pas.

Q. Ils ne rendraient peut-être pas fidèlement compte, et c'est ça le danger que vous redoutez.

R. Je ne dis pas qu'ils le feraient de mauvaise foi.

Q. Certainement pas. J'ai fait bien attention pour m'assurer que vous ne le dites pas, mais vous dites qu'ils ne rendraient peut-être pas fidèlement compte.

R. Oui.

Je veux bien accepter que M. Gagnier exprime une préoccupation sérieuse à ce sujet, mais il témoigne que le préjudice «pourrait peut-être» se produire. Cependant, l'article 14, tel qu'il a été interprété jus-

the media “might” not accurately report polls does not equate to a probability that this will occur.

I conclude that while his motive was undoubtedly well intentioned and honest, and based on a serious concern of what might or possibly would occur, Mr. Gagnier was not, on a specific page-by-page basis, guided by the requirements of section 14.

With respect to Dr. Fletcher, he expressed his view as to the appropriate approach to disclosure in a case under the *Access to Information Act* in his cross-examination.

43 Q. . . . Would you agree with me that the phrase “may reasonably be expected to occur” could refer to the possibility of something happening or the probability of something happening, or, perhaps, somewhere between those two points on the continuum of likelihood. Would you agree with me?

A. I would, yes.

44 Q. At the time you swore this affidavit what was your understanding of where that phrase “may reasonably be expected to occur” fell on that continuum.

A. My earlier answer, I think, wasn't unresponsive to your question. It seems to me that the more critical the situation, the more sensitive the information, the more one would accept some degree of possibility of injury. The less sensitive, the less critical the context, the more one would look to the probable level.

45 Q. So your understanding was that it was a point on the continuum which varied in accordance with the possibility of harm at the other end. Is that a fair way of putting it?

A. That's right. [Emphasis mine.]

Dr. Fletcher's approach seems to be closer to the Australian approach which accepts the possibility of injury as long as it is sufficiently tangible to be expected rather than the Canadian approach which requires a probability of injury. His is a “sliding scale” approach whereby if the consequences of disclosure are very serious, possible rather than probable harm should be accepted to justify confidentiality. In fact, at paragraph 29 of his public affidavit, he goes so far as to say:

The fact that a proposal has been publicly presented or discussed does not necessarily eliminate the possibility of damage . . . . [Emphasis mine.]

qu'ici, requiert la preuve du risque probable. Le fait que les médias ne «rendraient peut-être pas» fidèlement compte des sondages ne signifie pas qu'il est probable que cette éventualité se réalise.

<sup>a</sup> Je conclus que s'il était bien intentionné et de bonne foi, et motivé par une sérieuse inquiétude au sujet de ce qui pourrait se produire, M. Gagnier n'était pas, du point de vue de l'analyse spécifique page par page, guidé par les prescriptions de l'article 14.

Quant à M. Fletcher, il a, au contre-interrogatoire, donné son avis sur l'approche à prendre vis-à-vis de la divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[TRADUCTION] 43 Q. . . . Convendriez-vous avec moi que le membre de phrase «risquerait vraisemblablement de se produire» peut s'entendre à la fois de la possibilité et de la probabilité, ou peut-être d'un état qui se trouve entre ces deux points sur l'échelle des probabilités. En convendriez-vous?

R. Oui.

44 Q. À la date de cet affidavit, à quel point de l'échelle placeriez-vous ce membre de phrase «risquerait vraisemblablement de se produire»?

R. Je pense que ma première réponse passait à côté de votre question. Il me semble que plus la situation est critique, et plus délicats les renseignements, plus on devrait prendre en compte le degré de possibilité du risque. Moins le contexte est délicat et critique, plus on devrait se guider sur le degré de probabilité.

45 Q. Donc à votre avis, il y a un point sur l'échelle qui varie selon la possibilité de préjudice à l'autre extrémité. C'est bien cela, n'est-ce pas?

R. Oui. [Non souligné dans le texte.]

L'approche de M. Fletcher semble plus proche de l'approche australienne qui tient compte du risque possible s'il est suffisamment tangible pour qu'on puisse s'y attendre, au lieu de l'approche canadienne qui requiert la preuve du risque probable. Son approche est celle de l'«échelle mobile», savoir que si les conséquences de la divulgation sont très graves, il faut tenir compte du risque possible, et non pas probable, de préjudice pour justifier la confidentialité. En fait, au paragraphe 29 de son affidavit, il est allé jusqu'à dire:

[TRADUCTION] Le fait qu'une proposition ait été publiquement présentée ou discutée n'élimine pas nécessairement la possibilité de préjudice . . . [Non souligné dans le texte.]

In this context, at paragraph 9 of his public affidavit, Dr. Fletcher makes clear how critical he views the consequences in this case:

The unity negotiations are fundamental, involve substantial risks to the future of the country and are currently at a critical juncture. The environment for these negotiations is volatile and the issues are complex. In short, the sensitivity of these negotiations is at a very high level.

His own words suggest that Dr. Fletcher is concerned with eliminating the possibility of damage. This, however, is not the test under section 14.

Dr. Fletcher admitted in cross-examination that he did not do a question-by-question analysis of the record:

247 Q. Can you say that you have read each and every question and answer that is set out in the materials.

A. No.

Apparently from the analysis he did do, he did not find it appropriate to recommend the disclosure of even one page of the record. This is surprising since, in support of his assertions of harm, he cites two pages (pages 28 and 36) that, apparently unbeknown to him, had previously been released by the Government on June 18, 1992. (Dr. Fletcher simply cites these pages in support of concerns about harm that might occur.) Further, the references in his confidential affidavit to those portions of the record that support the assertions in his public affidavit are often references to large blocks of pages. There is little in the way of specific detailed reference to individual pages (less than a dozen pages including pages 28 and 36 are referred to individually) or indeed individual questions.

Again in the case of Dr. Fletcher, I conclude he used a very cautious approach to disclosure guided by his "sliding scale" approach to the issue. In view of his concerns over the sensitive nature of the subject-matter in this case, his rather general approach to the record, the fact that he did not find even one page that could be disclosed, and his own words in his affidavit, it appears that Dr. Fletcher was prepared to accept possibility rather than probability of harm in order to justify confidentiality.

Dans ce contexte, M. Fletcher souligne, au paragraphe 9 de son affidavit public, à quel point il juge les conséquences critiques en l'espèce:

[TRADUCTION] Les négociations sur l'unité nationale sont fondamentales, elles comportent des risques considérables pour l'avenir du pays et se trouvent actuellement dans une phase critique. Le climat de ces négociations est instable, et les questions complexes. En bref, ces négociations sont extrêmement délicates.

On peut voir des mots mêmes employés par M. Fletcher qu'il veut s'assurer que toute possibilité de préjudice est écartée. Tel n'est cependant pas le critère prescrit par l'article 14.

M. Fletcher reconnaît au cours de son contre-interrogatoire qu'il n'a pas fait une analyse question par question du document:

[TRADUCTION] 247 Q. Pouvez-vous dire que vous avez lu chacune des questions et réponses figurant dans le document?

R. Non.

Il est manifeste qu'à la lumière de l'analyse telle qu'il l'a faite, il ne jugeait pas opportun de recommander la communication d'une seule page du document. Voilà qui est étonnant puisque, à l'appui de ses assertions de préjudice, il cite deux pages (les pages 28 et 36) que, manifestement à son insu, le gouvernement avait divulguées le 18 juin 1992 (M. Fletcher ne cite ces deux pages qu'à l'appui de son appréhension de préjudice). Par ailleurs, les parties de documents invoquées dans son affidavit confidentiel à l'appui des arguments contenus dans son affidavit public sont souvent citées par référence à de gros ensembles de pages. Il n'y a guère de renvoi spécifique et détaillé aux pages individuelles (moins d'une douzaine de pages, dont les pages 28 et 36, sont citées individuellement) ou aux questions individuelles.

Je conclus que M. Fletcher a adopté lui aussi une approche très prudente vis-à-vis de la divulgation, par suite de son approche de l'«échelle mobile» au problème. Vu ses préoccupations au sujet du caractère délicat du sujet en l'espèce, son approche plutôt générale envers le document, et le fait qu'il n'a pas trouvé une seule page qui se prête à la divulgation, et vu les termes mêmes qu'il emploie dans son affidavit, il appert que M. Fletcher est enclin à accepter le préjudice possible, plutôt que le préjudice probable, comme critère de justification de la confidentialité.

I indicated earlier that if the information which the Government sought to keep confidential is already in the public realm, the Government would find it more difficult to justify confidentiality. The jurisprudence indicates, and it stands to reason, that once information is public from another source, the release of the same or similar information by the Government will be less likely to cause harm. If there were harm from disclosure, that harm could reasonably be expected to have arisen from the prior disclosure by others. In such circumstances the Government would have to show specific reasons why its release of the same information would cause harm.

I believe it is significant that with one minor exception, Mr. Gagnier, in his affidavits makes virtually no reference to prior disclosure by others (he makes reference in paragraph 31 of his public affidavit to the fact that Government sponsored polls would have more authority than those of others). That Mr. Gagnier did not deal with this aspect in his affidavit causes me to have doubt that in forming his view that harm could be expected from disclosure of Government information, he took into account all relevant circumstances. In my view, an expectation, not based on all available and relevant information, is not the reasonable expectation called for by section 14.

In the case of Dr. Fletcher, in his affidavit, he speaks to the issue of other polling information being public, but does not deal with this in terms of specific comparisons. Indeed in his cross-examination he was asked:

52 Q. At any time did you look at the survey results in opinion polls other than the opinion polls in issue here which, in fact, have been released.

A. I did not look at those, no.

83 Q. You would agree with me, would you, that if these polls were released that the public would then be able to know what other people think about these issues?

A. Yes. They would make a contribution to that knowledge, or they might. I would have to look very carefully at what other polling information has been available previously to make a final determination of that matter.

J'ai indiqué plus haut que si les renseignements dont le gouvernement cherche à protéger la confidentialité sont déjà du domaine public, il lui serait plus difficile de justifier cette confidentialité. La jurisprudence pose à juste titre qu'une fois les renseignements rendus publics par une autre source, la divulgation par le gouvernement des mêmes renseignements ou de renseignements similaires risque moins de causer un préjudice. S'il y a un préjudice du fait de la divulgation, ce préjudice résulte plus vraisemblablement de la divulgation antérieure par les autres. Dans ce contexte, il faut que le gouvernement démontre exactement pour quelles raisons la divulgation des mêmes renseignements de sa part causerait un préjudice.

Il est à mon avis significatif que sauf une exception mineure, M. Gagnier ne parle pratiquement pas de divulgation antérieure par d'autres (il fait état au paragraphe 31 de son affidavit public du fait que les sondages commandés par le gouvernement seraient plus exacts que ceux des autres). Que M. Gagnier n'en parle pas dans son affidavit me fait douter qu'en décidant que la divulgation des documents de l'administration fédérale causerait vraisemblablement un préjudice, il ait pris en considération tous les faits et circonstances pertinents. À mon avis, un risque dont la prévision n'est pas fondée sur toutes les données disponibles et pertinentes, n'est pas le risque vraisemblable visé à l'article 14.

M. Fletcher, pour sa part, parle bien dans son affidavit de la publication antérieure d'autres sondages, mais il n'a fait aucune comparaison spécifique. Voici les questions et réponses à ce sujet lors de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] 52 Q. Avez-vous examiné les résultats d'autres sondages d'opinion que ceux qui nous intéressent en l'espèce, je parle des autres sondages qui ont été rendus publics?

A. Non, je ne les ai pas examinés.

83 Q. Convierdriez-vous que si ces sondages étaient publiés, les gens seraient en mesure de savoir ce que les autres pensent de ces questions?

R. Oui. Ces sondages y contribueraient, ou pourraient y contribuer. Il faudrait que j'examine très attentivement quels sondages ont été rendus publics jusqu'ici avant de me faire une opinion définitive à ce sujet.

Notwithstanding those answers, he appears to have considered overlap of Government and public polling information in a cursory manner:

75 Q. How long was this morning's conversation with her?

A. Mainly we were sitting in the same room doing other work but there was a brief discussion of an affidavit that had arrived last night or this morning—

76 Q. From Mr. Johnston?

A. No, from Mary Calamai.

77 Q. In the conversation with Ms. Binns this morning did you discuss any information which was related to any of the matters that you have opined on in your Affidavit?

A. I don't think so. The matter that I did ask her about was the extent to which the material in the Angus-Reid polls and the Affidavit overlapped with the materials which we are discussing here.

78 Q. Did you consider that question of how much the overlap was?

A. Yes.

However, that consideration must have been general in nature because Dr. Fletcher admitted that he did not make specific comparisons of the public and Government polls. This leads me to question how an effective comparison of the overlap could have been made.

As I concluded in respect of Mr. Gagnier, Dr. Fletcher's approach causes me to have concern that he also did not adequately take into account all relevant circumstances in forming his view that harm that could reasonably be expected from disclosure of confidential information in this case.

Dr. Fletcher discounts the importance of other polling information being public in an assessment of whether harm could be expected by the release of Government polls. He and Mr. Gagnier assert that Government polls have more authority or credibility than those of others. In particular, Dr. Fletcher says that "it seems likely" that they will have more potential for influencing public perceptions than other polls. No other opinions are cited in support of these assertions. Dr. Johnston, in his affidavit, took the opposite view. While I have no doubt that the views of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher are honestly held, without some further basis of support, this evidence is, in my view, impressionistic or subjective and of

Malgré ces réponses, il appert qu'il a examiné de façon superficielle le chevauchement des données respectives des sondages du gouvernement et de ceux qui ont été rendus publics:

*a* [TRADUCTION] 75 Q. Combien de temps avez-vous parlé avec elle ce matin?

R. À vrai dire, nous travaillions dans la même pièce, et puis il y a eu une brève discussion au sujet d'un affidavit qui était arrivé la nuit avant ou ce matin même . . .

*b* 76 Q. De la part de M. Johnston?

R. Non, de la part de M<sup>me</sup> Calamai.

*c* 77 Q. Au cours de votre conversation de ce matin avec M<sup>me</sup> Binns, avez-vous parlé d'aucun des renseignements qui se rapportaient aux questions sur lesquelles vous avez donné votre avis dans votre affidavit?

R. Je ne pense pas. La seule chose que je lui aie demandé, c'était dans quelle mesure il y avait chevauchement entre les données des sondages Angus Reid et de l'affidavit et les données qui nous occupent en ce moment.

*d* 78 Q. Avez-vous cherché à savoir dans quelle mesure il y a eu chevauchement?

R. Oui.

Cependant, cet examen a dû être de nature générale puisque M. Fletcher reconnaît qu'il n'a pas fait une comparaison spécifique entre les sondages publics et ceux du gouvernement, ce qui me fait douter qu'il ait pu y avoir une comparaison utile du chevauchement.

*f* Tout comme à l'égard de M. Gagnier, je conclus de l'approche adoptée par M. Fletcher qu'il n'a pas tenu proprement compte de tous les faits et circonstances pertinents pour juger que la divulgation des renseignements en l'espèce risquerait vraisemblablement d'être préjudiciable.

Pour décider si la divulgation des sondages du gouvernement risquerait d'être préjudiciable, M. Fletcher ne tient pas compte de ce que les résultats d'autres sondages ont été rendus publics. M. Gagnier et lui-même affirment que les sondages du gouvernement sont plus exacts ou plus crédibles que ceux des autres. En particulier, M. Fletcher dit qu' [TRADUCTION] «il semble probable» qu'ils jouissent d'un plus grand pouvoir d'influencer l'opinion publique que d'autres sondages. Aucune autre opinion n'a été citée à l'appui de ces assertions. M. Johnston, dans son affidavit, dit le contraire. Je ne doute pas de la bonne foi de MM. Gagnier et Fletcher, mais faute de corroboration concrète, leur témoignage est impression-

insufficient weight to satisfy the burden on the Government on this point.

In paragraphs 48 to 50 of his public affidavit, Dr. Fletcher asserts that disclosure of Government-commissioned polls, even if other polls may have been published, involves other special risks. He says that such risks involve disclosure of the Government's negotiating strategy. This would be the case if the confidential record contained negotiating strategy or if such strategy could be inferred from the polling or focus group information itself. Nothing in Dr. Fletcher's material demonstrates that this is the case. Mr. Gagnier, in cross-examination, admitted that the confidential record did not contain strategic or tactical information and that the inferences that others might draw from the information about the Government strategy would be inconclusive (questions 209 to 221).

Without reference to the information itself and an explanation of how release of specific pages or questions would disclose, directly or indirectly, Government strategy, or otherwise harm the Government, I cannot conclude that the evidence on this point is anything more than speculative.

Dr. Fletcher also asserts that certain parties might not approve of some questions being asked by the Government. However, again no reference to specific questions was made by Dr. Fletcher in support of this argument. While caution in this area is justified, I have no way of assessing whether there is a reasonable expectation of harm without being provided with information as to the parties that might be offended, the questions that might offend them, why they would be offended and the effect of similar questions having been asked in other public polls.

In cross-examination, (e.g. questions 494 to 496), Mr. Gagnier expressed concern that release of government information could lead to divisiveness, even though the same subject-matter was canvassed in

niste ou subjectif, et n'est pas suffisamment concluant pour permettre au gouvernement de s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe.

*a* Aux paragraphes 48 à 50 de son affidavit public, M. Fletcher affirme que, même si d'autres sondages ont pu être publiés, la divulgation des sondages commandés par le gouvernement comporte des risques qui leur sont propres, savoir la révélation de sa stratégie de négociation. Il en serait ainsi si le document confidentiel contenait la stratégie de négociation ou si celle-ci pouvait être déduite des résultats des sondages ou des groupes de discussion. Rien dans le témoignage de M. Fletcher ne permet de conclure que tel est le cas. De son côté, M. Gagnier a reconnu au contre-interrogatoire que le document confidentiel ne contenait aucun renseignement sur les orientations ou mesures susceptibles d'être adoptées par le gouvernement, et que les déductions que d'autres auraient pu tirer de ces renseignements au sujet des orientations du gouvernement ne seraient pas concluantes (questions 209 à 221).

*e* En l'absence de toute référence aux renseignements eux-mêmes et de toute explication de la manière dont la divulgation de pages ou de questions spécifiques révélerait, directement ou indirectement, la stratégie du gouvernement ou lui porterait préjudice, je ne peux que conclure que les témoignages sur ce point ne sont que des conjectures.

*g* M. Fletcher affirme encore que certaines parties n'approuveraient pas certaines des questions posées par le gouvernement. Sur ce point encore, il ne cite aucune question spécifique à l'appui de son argument. La prudence est certes justifiée dans ce domaine, mais il m'est impossible de décider s'il y a un risque vraisemblable de préjudice si je ne suis saisi d'aucun élément d'information sur les parties qui pourraient s'en formaliser, sur les questions qui pourraient les offusquer, sur les raisons pour lesquelles elles seraient offusquées, ainsi que sur les conséquences possibles du fait que des questions semblables ont été posées dans le cadre d'autres sondages publics.

*j* Au cours du contre-interrogatoire (par exemple questions 494 à 496), M. Gagnier s'inquiétait de ce que la divulgation des documents de l'administration fédérale pourrait semer la division, bien que le même

public polls. While I accept that the release of information that would probably lead to divisiveness would be harmful to the Government's position, it was not explained why this would occur in the face of the same or similar information having been the subject of public polls. Mr. Gagnier was also of the opinion that release of information in the record that was an updated version of information that was the same as that which had been previously released by the Government at a prior point in time would be harmful. Again it was not explained why, in such circumstances, harm would result.

Dr. Fletcher says that the wording in the Government polls might be different than those in other polls. I accept that this is true. He did not indicate the differences in wording that formed the basis of his concern nor why the specific wording in Government polls as opposed to that in public polls would probably result in harm if disclosed. In his cross-examination (e.g. questions 384 to 393), Mr. Gagnier referred to different questions on the same subject-matter as between the Government and public polls. However, no explanation was given as to why, if indeed a Government poll question was different from a public poll question, disclosure of the Government poll would be injurious.

Perhaps because of their view that extreme caution was warranted, Mr. Gagnier and Dr. Fletcher did not consider it necessary to compare the Government information with information made public by others and explain their views specifically in this context. In my opinion, this was a relevant and essential consideration in the formulation of an opinion as to whether or not harm could reasonably be expected from disclosure of the Government information in this case.

sujet eût déjà fait l'objet d'autres sondages. Je conviens que la divulgation de renseignements susceptibles de semer la division serait préjudiciable à la position du gouvernement, mais les témoins n'ont pu expliquer comment pareille éventualité se produirait alors que les mêmes renseignements ou des renseignements similaires ont fait l'objet d'autres sondages publics. M. Gagnier parle aussi de l'effet préjudiciable de la divulgation de renseignements contenus dans le dossier et qui sont une version mise à jour des mêmes renseignements qui avaient été rendus publics antérieurement par le gouvernement. Sur ce point encore, il n'a pas expliqué comment, dans ces circonstances, il y aurait préjudice.

M. Fletcher déclare que la formulation des questions dans les sondages du gouvernement pourrait être différente de celle des autres sondages. J'en conviens. Il n'a cependant pas expliqué pourquoi les différences de libellé le préoccupent ni comment la formulation spécifique des questions des sondages du gouvernement fait que la divulgation de ces derniers serait préjudiciable, alors qu'il ne serait pas de même des sondages publics. Au contre-interrogatoire (questions 384 à 393), M. Gagnier fait état de la différence dans la formulation des questions sur le même sujet, entre sondages du gouvernement et sondages publics. Il n'a cependant pas expliqué pourquoi, si tant est que les questions des sondages du gouvernement soient différentes de celles des sondages publics, la divulgation des sondages du gouvernement serait préjudiciable.

Peut-être parce que, à leur avis, une extrême prudence était de rigueur, MM. Gagnier et Fletcher n'ont pas jugé nécessaire de comparer les renseignements en la possession du gouvernement avec les données rendues publiques par d'autres, ni d'expliquer spécifiquement leurs vues dans ce contexte. À mon avis, il doit s'agir là d'un facteur pertinent et essentiel à prendre en considération pour former une opinion sur la question de savoir si la divulgation des documents de l'administration fédérale risquerait vraisemblablement d'être préjudiciable en l'espèce.

### 7. Specific References to Pages in the Record

Mr. Gagnier's and Dr. Fletcher's affidavits refer specifically to 56<sup>5</sup> pages in the record and to 182<sup>6</sup> pages only generally. No mention is made of the balance of 323 pages.

I reviewed the 56 pages referred to specifically. These pages consist of polling and focus group results and the scope of work portions of the Decima and Créatec+ contracts. In the absence of public information, including polling information, similar to the Government information, there may well have been reasonable grounds to justify confidentiality of some of these pages. However, the public information must be taken into account. While some of the public information only came into existence after the initial refusal to disclose by the PCO in January 1992, I am of the opinion that all such information is relevant. It was open to the Government, based on new information about public polls and public information, to change its mind up to the time of the hearing.

I compared the specific polling and focus group pages which the Government asserts should be kept confidential to published polls and press articles submitted in the evidence of the applicants to determine the extent to which disclosure of the Government commissioned polls would result in new information being made public. It would not be appropriate for me to disclose the details of the analysis because by doing so I would inadvertently be disclosing the subject-matter and results of the Government-commissioned polls contrary to section 47 of the Act. However, in partial satisfaction of the desirability to explain the basis of my findings, I will briefly outline the approach used.

I first reviewed the specific provisions of Mr. Gagnier's and Dr. Fletcher's public affidavits and the corresponding paragraphs of their confidential affida-

<sup>5</sup> Of the 56 pages specifically referred to, 3 had been previously disclosed.

<sup>6</sup> Of the 182 pages generally referred to, 4 had been previously disclosed.

### 7. Les pages expressément mentionnées du document

Les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher renvoient expressément à 56<sup>5</sup> pages de documents, et de façon générale à 182<sup>6</sup> autres. Il n'y a aucune mention des 323 pages restantes.

J'ai examiné les 56 pages expressément mentionnées. Elles représentent les résultats de sondages d'opinion et de groupes de discussion, ainsi que les clauses des contrats Decima et Créatec+, relatives à la portée des travaux. En l'absence de données publiques, y compris les résultats de sondages, semblables aux données recueillies par le gouvernement, il se peut bien qu'il y ait des motifs raisonnables pour justifier la confidentialité de certaines de ces pages. Cependant, les données qui sont du domaine public doivent être prises en considération. Bien que certaines données ne fussent rendues publiques qu'après que le BCP eut tout d'abord refusé de les divulguer en janvier 1992, j'estime que toutes ces données sont pertinentes. Il était loisible au gouvernement, mis au courant des sondages publics et des données rendues publiques ailleurs, de changer d'avis jusqu'à l'ouverture de l'audition.

J'ai comparé ces pages, expressément mentionnées, de documents sur les sondages et les groupes de discussion et dont le gouvernement soutient qu'elles devraient être gardées confidentielles, aux sondages publiés et aux articles de presse produits en preuve par les requérants, pour voir dans quelle mesure la divulgation des sondages commandés par le gouvernement aurait pour résultat de rendre publiques de nouvelles données. Je ne saurais révéler les détails de l'analyse car pareille révélation reviendrait à divulguer par inadvertance le sujet et les résultats des sondages commandés par le gouvernement, ce qui contreviendrait à l'article 47. Cependant, puisqu'il est souhaitable d'expliquer dans une certaine mesure le fondement de mes conclusions, je donnerai un bref aperçu de la méthode employée.

J'ai examiné en premier lieu les passages portant référence expresse des affidavits publics de MM. Gagnier et Fletcher, et les paragraphes correspon-

<sup>5</sup> Sur les 56 pages individuellement mentionnées, 3 avaient été antérieurement divulguées.

<sup>6</sup> Sur les 182 pages mentionnées collectivement, 4 avaient été antérieurement divulguées.

vits. I next reviewed the pages in the record specifically referred to in the confidential affidavits to ascertain the linkage between the harm alleged in the public affidavits and disclosure of these specific pages in the record. It was at this point that in some cases a *prima facie* case for confidentiality became apparent.

I then reviewed the evidence submitted by the applicants consisting of public polls and press articles relating to polls to determine if there was similarity between them and the specific pages Mr. Gagnier and Dr. Fletcher sought to keep confidential. The following is a table setting forth the analysis made. I have not referred to the specific public polls or press articles by page number because to do so would reveal, by comparison, the material the Government seeks to keep confidential. As an alternative, I have indicated the number of public references I was able to locate that were the same as or similar to the specific references to Government information in Mr. Gagnier's and Dr. Fletcher's confidential affidavits.

**Table of Comparison Between Specific Examples Provided by Mr. Gagnier and Material Provided by the Applicants**

Reference to Paragraph in Dr. Fletcher's Public Affidavit	Corresponding Paragraph in Dr. Fletcher's Confidential Affidavit	Specific Page Reference in the Record and Questions	Number of Examples of Same or Similar information found in Applicant's Material
9	2 (a)	103 Q. # 10	1
9	2 (a)	104 Q. # 13	14
9	2 (b)	158	8
9	2 (b)	200-201	2
		Q. # 1	2
		Q. # 2	2
		Q. # 3	2
		Q. # 4	13
		Q. # 5	4
		Q. # 6	4
		Q. # 7	1
		Q. # 8	2
		Q. # 9	*7
		Q. # 10	4
9	2 (c)	55 and 56	20
9	2 (c)	203	1
		205	7
		207	3
12	3	131 Q. # 108	12
15	4	134 Q. # 117	9
15	4	139 Q. # 4	2
15	4	118-119 Q. # 59-63	8
15	4	449-456	9
		451	20
		452-455	5
		456	4
24	8	103 Q. # 9	1
24	8	103 Q. # 10	8
26 and 32	9	103 Q. # 8	4
26 and 32	9	103 Q. # 9	8
27	10	171	8
29	11	139 Q. # 4	2

dants de leurs affidavits confidentiels. J'ai examiné ensuite les pages du dossier dont il a été fait expressément mention dans ces affidavits confidentiels pour vérifier le lien entre le préjudice invoqué dans les affidavits publics et la divulgation de ces pages expressément mentionnées des documents. C'est à ce stade de l'analyse que certains cas faisaient ressortir une présomption de confidentialité.

Je me suis penché ensuite sur les preuves produites par les requérants, savoir des sondages publics et les articles de presse y relatifs, pour déterminer s'il y avait une similitude entre ces preuves et les pages expressément mentionnées que MM. Gagnier et Fletcher cherchaient à garder confidentielles. Ci-dessous, le tableau récapitulatif l'analyse faite. Je n'ai pas mentionné les sondages ou articles de presse spécifiques par numéro de page afin de ne pas révéler, par comparaison, les données dont le gouvernement cherche à protéger la confidentialité. Par contre, j'ai indiqué le nombre de références publiques que j'ai pu relever et qui sont identiques ou semblables aux mentions expresses des données du gouvernement dans les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher.

**Correspondance entre les exemples expressément cités par M. Gagnier et les documents produits par les requérants**

Numéro de paragraphe dans l'affidavit public de M. Fletcher	Paragraphe correspondant dans l'affidavit confidentiel de M. Fletcher	Mention expresse de page dans le dossier et dans les questions	Nombre d'exemples de données identiques ou semblables dans les documents des requérants
9	2 (a)	103 Q. n° 10	1
9	2 (a)	104 Q. n° 13	14
9	2 (b)	158	8
9	2 (b)	200-201	2
		Q. n° 1	2
		Q. n° 2	2
		Q. n° 3	2
		Q. n° 4	13
		Q. n° 5	4
		Q. n° 6	4
		Q. n° 7	1
		Q. n° 8	2
		Q. n° 9	*7
		Q. n° 10	4
9	2 (c)	55 et 56	20
9	2 (c)	203	1
		205	7
		207	3
12	3	131 Q. n° 108	12
15	4	134 Q. n° 117	9
15	4	139 Q. n° 4	2
15	4	118-119 Q. n° 59-63	8
15	4	449-456	9
		451	20
		452-455	5
		456	4
24	8	103 Q. n° 9	1
24	8	103 Q. n° 10	8
26 et 32	9	103 Q. n° 8	4
26 et 32	9	103 Q. n° 9	8
27	10	171	8
29	11	139 Q. n° 4	2

29	11	139 Q. # 5	3
31	13	47-60	16
33	14	58	4
33	14	128-130	
		128-129 Q. # 93-97	7
		130 Q. # 100	2
		Q. # 101	1
		Q. # 102	1
		Q. # 103	1
		Q. # 104	1
		Q. # 105	1
34	15	124-125	
		Q. 77-82	8
35	16	106 Q. # 16	7
		Q. # 18	1
		Q. # 20	1
38	17	118-119 Q. 59-63	8
39	18	99	4
40	19	139-145	
		Q. # 2	7
		Q. # 3	3
		Q. # 5	3
		Q. # 6	6
		Q. # 21	4

29	11	139 Q. n° 5	3
31	13	47-60	16
33	14	58	4
33	14	128-130	
		128-129 Q. n° 93-97	7
		130 Q. n° 100	2
		Q. n° 101	1
		Q. n° 102	1
		Q. n° 103	1
		Q. n° 104	1
		Q. n° 105	1
34	15	124-125	
		Q. 77-82	8
35	16	106 Q. n° 16	7
		Q. n° 18	1
		Q. n° 20	1
38	17	118-119 Q. 59-63	8
39	18	99	4
40	19	139-145	
		Q. n° 2	7
		Q. n° 3	3
		Q. n° 5	3
		Q. n° 6	6
		Q. n° 21	4

**Table of Comparison Between Examples Provided by Dr. Fletcher and Material Provided by the Applicants**

**Correspondance entre les exemples donnés par M. Fletcher et les documents produits par les requérants**

Reference to Paragraph in Dr. Fletcher's Public Affidavit	Corresponding Paragraph in Dr. Fletcher's Confidential Affidavit	Specific Page Reference in the Record and Questions	Number of Examples of Same or Similar information found in Applicant's Material
16	1	139 Q. # 1	2
		Q. # 2	7
		Q. # 3	3
		Q. # 4	9
		Q. # 5	3
		Q. # 6	6
		Q. # 7	13
		Q. # 8	2
		Q. # 9	2
		Q. # 13	2
		Q. # 21	4
17	2	139 ff	14
20	3	23	
		Q. # 36	14
		Q. # 37	4
		Q. # 38	6
		Q. # 39	8
21	4	55	2
21	4	130	
		Q. # 100	2
		Q. # 101	1
		Q. # 102	1
		Q. # 103	1
		Q. # 104	1
		Q. # 105	1
21	4	172	
		(a)	4
		(b)	8
		(c)	-
		(d)	2
		(e)	-
		(f)	2
		(g)	3
		(h)	11
		(i)	5
		(j)	5
22	5	55	2
22	5	130	
		Q. # 100	2
		Q. # 101	1
		Q. # 102	2
		Q. # 103	1
		Q. # 104	1
		Q. # 105	1
23	6	139-140	
		Q. # 1	2
		Q. # 2	7
		Q. # 3	3
		Q. # 4	9
		Q. # 5	3
		Q. # 6	6
		Q. # 7	13
		Q. # 8	2

Numéro de paragraphe dans l'affidavit public de M. Fletcher	Paragraphe correspondant dans l'affidavit confidentiel de M. Fletcher	Mention expresse de page dans le dossier et dans les questions	Nombre d'exemples de données identiques ou semblables dans les documents des requérants
16	1	139 Q. n° 1	2
		Q. n° 2	7
		Q. n° 3	3
		Q. n° 4	9
		Q. n° 5	3
		Q. n° 6	6
		Q. n° 7	13
		Q. n° 8	2
		Q. n° 9	2
		Q. n° 13	2
		Q. n° 21	4
17	2	139 et s.	14
20	3	23	
		Q. n° 36	14
		Q. n° 37	4
		Q. n° 38	6
		Q. n° 39	8
21	4	55	2
21	4	130	
		Q. n° 100	2
		Q. n° 101	1
		Q. n° 102	1
		Q. n° 103	1
		Q. n° 104	1
		Q. n° 105	1
21	4	172	
		(a)	4
		(b)	8
		(c)	-
		(d)	2
		(e)	-
		(f)	2
		(g)	3
		(h)	11
		(i)	5
		(j)	5
22	5	55	2
22	5	130	
		Q. n° 100	2
		Q. n° 101	1
		Q. n° 102	2
		Q. n° 103	1
		Q. n° 104	1
		Q. n° 105	1
23	6	139-140	
		Q. n° 1	2
		Q. n° 2	7
		Q. n° 3	3
		Q. n° 4	9
		Q. n° 5	3
		Q. n° 6	6
		Q. n° 7	13
		Q. n° 8	2

28	7	Q. # 9	2	28	7	Q. n° 9	2
44	8	50-59	20	44	8	50-59	20
44	8	58	8	44	8	58	8
		128-130				128-130	
		128-129	7			128-129	7
		130 Q. # 100	2			130 Q. n° 100	2
		Q. # 101	1			Q. n° 101	1
		Q. # 102	1	<i>a</i>		Q. n° 102	1
		Q. # 103	1			Q. n° 103	1
		Q. # 104	1			Q. n° 104	1
		Q. # 105	1			Q. n° 105	1
45	9	445	6	45	9	445	6
51	11	139-150		51	11	139-150	
		Q. # 1	2			Q. n° 1	2
		Q. # 2	7			Q. n° 2	7
		Q. # 3	3			Q. n° 3	3
		Q. # 4	9	<i>b</i>		Q. n° 4	9
		Q. # 5	3			Q. n° 5	3
		Q. # 6	6			Q. n° 6	6
		Q. # 7	13			Q. n° 7	13
		Q. # 8	2			Q. n° 8	2
		Q. # 9	2			Q. n° 9	2
		Q. # 10	13			Q. n° 10	13
		Q. # 11	9			Q. n° 11	9
		Q. # 12	9			Q. n° 12	9
		Q. # 13	2	<i>c</i>		Q. n° 13	2
		Q. # 14	11			Q. n° 14	11
		Q. # 15	5			Q. n° 15	5
		Q. # 16	--			Q. n° 16	--
		Q. # 17	--			Q. n° 17	--
		Q. # 18	3			Q. n° 18	3
		Q. # 19	--			Q. n° 19	--
		Q. # 20	8			Q. n° 20	8
		Q. # 21	4	<i>d</i>		Q. n° 21	4
		Q. # 22	1			Q. n° 22	1
		Q. # 23	2			Q. n° 23	2
		Q. # 24	1			Q. n° 24	1
		Q. # 25	10			Q. n° 25	10
		Q. # 26	4			Q. n° 26	4
		Q. # 27	--			Q. n° 27	--
		Q. # 28	9			Q. n° 28	9
		Q. # 29	1			Q. n° 29	1
		Q. # 30	1	<i>e</i>		Q. n° 30	1
		Q. # 31	1			Q. n° 31	1
		Q. # 32	*7			Q. n° 32	*7
		Q. # 33-36	17			Q. n° 33-36	17
		Q. # 37	6			Q. n° 37	6
		Q. # 38	10			Q. n° 38	10
		Q. # 39	6			Q. n° 39	6
		Q. # 40	3			Q. n° 40	3

There are a total of six questions (two of which are duplicates) in the pages referred to specifically by the Government to which I cannot find corresponding questions in the material submitted by the applicants. However, the subject-matter of two of these questions did not appear to be strongly connected to the theme of constitutional reform and national unity. The four subject-matters covered by these questions all appear to have been dealt with within public polls and press articles, at least peripherally. Taken on their own, and without further explanation as to how harm would probably occur by their release, I am not convinced that confidentiality is justified.

<sup>7\*</sup> In these instances, although I was unable to find a single question in the material submitted by the applicants that was the same as or similar to the one in the confidential information, I was able to locate questions whose subject-matter as a group encompassed the subject-matter of the confidential question.

*f* Il y a en tout six questions (dont deux sont des doubles) dans les pages expressément mentionnées par le gouvernement et pour lesquelles je n'ai pu trouver les questions correspondantes dans les documents produits par les requérants. Cependant, le sujet de deux de ces questions ne présente manifestement aucun lien étroit avec le thème de la réforme constitutionnelle et de l'unité nationale. Il appert que les quatre sujets couverts par ces questions ont été tous traités dans les sondages publics et les articles de presse, du moins de façon périphérique. Si on les considère tels quels, sans autre explication de la façon dont leur divulgation causerait probablement un préjudice, je ne pense pas que la confidentialité en soit justifiée.

<sup>7\*</sup> Dans ces deux cas, bien que je n'aie pu trouver dans les documents produits par les requérants une seule question identique ou semblable à celle qui est contenue dans les données confidentielles, j'ai trouvé des questions dont la catégorie englobe celle de la question confidentielle.

While the questions in some of the public and Government polls are identical, more often, a public poll was merely similar but not identical with those commissioned by the Government. There is a high degree of overlap. As I indicated earlier, nothing in the material presented by the Government indicates to me that where the subject-matter is same, the specific wording of a Government poll is so substantially different from a public poll that a negotiating strategy or other sensitive information would be newly disclosed or that other harm would likely result from release of the Government information.

The only other specific reference made by Mr. Gagnier to documents that should be kept confidential was with respect to the scope of work portions on two pages of consulting contracts let to Créatec+ and Decima Research Ltd. I have reviewed the details contained in the scope of work portions of these contracts.

In the cross-examination on his affidavit Mr. Gagnier states in resisting disclosure of these pages:

Q. 654 . . . why can't you get it?

A. Because the scope provides an insight into the parameters which the Government contracted the research firm to investigate and might be amended over time to either add to that field or to drop certain parts from it.

Q. 655 But would you not agree that the work is already completed so why would that still be a concern?

A. It is ongoing. Parts of that scope of work, in the original contract that was let, might be reflected in subsequent contracts. Many times the contracts are simply extended. You would have to ask Federal Provincial Relations Office which they have done. I don't know.

I do not see in Mr. Gagnier's answers any rationale that would enable me to conclude that release of these pages would cause harm to the Government in its federal-provincial negotiations. The fact that the scope of work portion of the contracts provides an insight into the parameters for which the Government contracted does not of itself suggest that harm would befall the Government from its disclosure. That the

Bien que les questions posées dans certains sondages publics et sondages du gouvernement soient identiques, le plus souvent le sondage public n'était que similaire, mais non pas identique, à ceux commandés par le gouvernement. Il y a un chevauchement considérable. Comme noté plus haut, rien dans les documents produits par le gouvernement ne permet de conclure que dans les cas où le sujet est le même, le libellé des questions du sondage du gouvernement est, au fond, si différent de celui du sondage public que la divulgation des données du gouvernement révélerait pour la première fois une stratégie de négociation ou d'autres renseignements secrets ou encore causerait tout autre préjudice.

La seule autre mention expresse, de la part de M. Gagnier, de documents qui devraient être gardés confidentiels se rapporte aux clauses relatives à la portée des travaux, lesquelles occupent deux pages des contrats de services d'expert-conseil conclus avec Créatec+ et Decima Research Ltd. J'ai examiné en détail les clauses de ces contrats relatives à la portée des travaux.

Lors du contre-interrogatoire sur son affidavit, M. Gagnier a défendu comme suit son opposition à la divulgation de ces deux pages:

[TRADUCTION] Q. 654 . . . pourquoi ne peut-on pas y avoir accès?

R. Parce que la clause sur la portée des travaux donne une idée des paramètres au sujet desquels le gouvernement a confié l'enquête à la compagnie et qui pourraient être modifiés au fil du temps pour y ajouter ou pour en éliminer certains éléments.

Q. 655 Mais le travail est terminé, alors pourquoi cela vous préoccupe-t-il encore?

R. Le travail se poursuit toujours. Certains éléments de cette clause sur la portée des travaux, prévue au premier contrat, pourraient se retrouver dans des contrats subséquents. Souvent, les contrats sont tout simplement reconduits. Il vous faudrait demander au Bureau des relations fédérales-provinciales ce qu'il a fait. Moi, je ne sais pas.

Je ne vois dans les réponses de M. Gagnier aucune justification qui me permette de conclure que la divulgation de ces pages serait préjudiciable à la position du gouvernement dans les négociations fédérales-provinciales. Le fait que les clauses contractuelles sur la portée des travaux donnent une idée des paramètres sur lesquels le gouvernement a commandé l'enquête ne signifie pas en soi que leur divul-

scope might be amended over time does not relate to the potential for harm to the Government.

I am unable to conclude that there were reasonable grounds to refuse disclosure of these 56 specifically referred to pages.

#### 8. General References to Pages in the Record

I have already noted the following: in their affidavits and cross-examinations, Mr. Gagnier and Dr. Fletcher referred in total to 238 pages in the record. Fifty-six were referred to specifically and those have been dealt with above. The balance of 182 pages are referred to only generally or in large blocks of pages by the witnesses. Four of these pages had been disclosed voluntarily by the Government—two on January 8, 1992 and two on June 18, 1992.

I will deal now with those 182 pages that are dealt with only generally. (The following paragraphs refer to 226 pages. The number 182 is net of 44 pages that were also dealt with specifically.)

A desirable procedure that has been found helpful is to set out on each page for which exemption from disclosure is sought, the specific injurious effect the release of that page would be likely to cause. In *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.), MacKay J. states at pages 109-110:

I note for the record that the supplementary affidavit filed in confidence on behalf of the respondent did fully set out, with examples, the concerns about specific injurious effects anticipated to the interests of CSIS and efforts toward detecting subversive or hostile activities, if the information were released. In the exhibits to that affidavit which included all information not released to the applicant, including all pages which had been released with deletions, on each page was noted, by reference, the specific injurious effect or effects that release of that page was anticipated to be likely to cause. That thorough, careful analysis and documentation made it possible for the Court to review without difficulty the basis upon which the decision had been made to refuse access or release to the applicant.

gation causerait un préjudice au gouvernement. Que cette portée puisse être modifiée au fil du temps n'a rien à voir avec le risque de préjudice pour le gouvernement.

<sup>a</sup> Il m'est impossible de conclure qu'il y a des motifs raisonnables pour refuser la communication des 56 pages expressément mentionnées.

#### <sup>b</sup> 8. Les pages du document mentionnées de façon générale

<sup>c</sup> J'ai déjà noté le fait suivant: dans leurs affidavits et au cours des contre-interrogatoires respectifs y afférents, MM. Gagnier et Fletcher ont invoqué au total 238 pages du document. Sur ce nombre, 56 étaient expressément mentionnées; leur cas a été réglé ci-dessus. Les témoins ne parlaient des 182 pages restantes que de façon générale ou comme partie intégrante de gros ensembles de pages. Le gouvernement en avait volontairement divulgué quatre—deux le 8 janvier 1992 et deux le 18 juin 1992.

<sup>d</sup> Je me penche maintenant sur ces 182 pages qui n'ont été mentionnées que de façon générale. (Les paragraphes subséquents font état de 226 pages. Le chiffre de 182 exclut les 44 pages qui ont été aussi traitées individuellement.)

<sup>e</sup> Une procédure souhaitable qui a été jugée utile consiste à examiner pour chaque page pour laquelle l'exception à la communication est revendiquée, quel préjudice spécifique sa divulgation risquerait vraisemblablement de causer. Dans *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.), le juge MacKay a fait cette observation aux pages 109 et 110:

<sup>f</sup> Je tiens à faire remarquer en passant que l'affidavit supplémentaire déposé à titre de document confidentiel pour le compte de l'intimé énonçait au complet, avec des exemples, les problèmes que la communication des renseignements posait, en ce qui concerne le préjudice particulier qui risquerait d'être porté aux intérêts du SCRS et aux efforts de détection d'activités hostiles ou subversives. Dans les pièces jointes à cet affidavit, qui comprenaient tous les renseignements non communiqués au requérant, et notamment toutes les pages qui avaient été communiquées mais dans lesquelles des suppressions avaient été faites, il était fait mention sur chaque page, au moyen d'un renvoi, de l'effet ou des effets préjudiciables particuliers que la communication de cette page risquait vraisemblablement d'avoir. Cet examen approfondi et minutieux ainsi que la documentation ont permis à la Cour d'examiner sans difficulté

I am not in that position with respect to these 182 pages of the record in this case. I do not have before me a page-by-page description of the harm that would be probable from disclosure of each page. In the case of these pages in the record to which only general reference has been made in the affidavits, the deponents have, to all intents and purposes, left the documents to speak for themselves as to how they are linked to the arguments made in the public affidavits and why their disclosure could result in harm to the Government. I have reviewed the pages to which general reference is made. I note that the Information Commissioner, who apparently did have extensive meetings and discussions with the PCO with respect to all pages, determined that all these 182 pages should be disclosed.

The pages consist of reports on polling results, polling results themselves and reports on the results of focus groups on a variety of subjects in the national unity and constitutional reform discussions. The pages in this generally referred to category are as follows:

1. Paragraph 7 of the confidential affidavit of Mr. Gagnier refers to Tabs C-5 to C-11, at pages 47-138, some 92 pages, as examples in support of paragraph 23 of his public affidavit which states:

23. Finally, it should be emphasized that the polling data for which release has been sought was collected and analyzed for the sole object of assisting in the development and execution of the policies of the Government of Canada in relation to the conduct of matters respecting the amendment of the Constitution and to the related subject of national unity.

I have no doubt that as deposed to, these polls were commissioned to assist the Government in the development and execution of policies in respect of the Constitution and national unity, but without an explained linkage of a described harm to disclosure of the specific information contained on the relevant pages, I cannot conclude that there were reasonable grounds on which to refuse to disclose them.

2. Paragraph 12 of the confidential affidavit of Mr. Gagnier refers to Tab C-14, at pages 202-310, as an

le motif sur lequel se fondait la décision de refuser de communiquer les renseignements au requérant.

Tel n'est pas le cas des 182 pages du document en l'espèce. Je n'ai été saisi d'aucun exposé page par page du préjudice qui résulterait probablement de la divulgation de chaque page. En ce qui concerne les pages que les affidavits ne mentionnent que de façon générale, les déposants, dans les faits, ont laissé au lecteur le soin de trouver le lien entre les documents et les arguments avancés dans les affidavits publics et de comprendre pourquoi la divulgation en serait préjudiciable au gouvernement. J'ai examiné les pages qui ont été mentionnées de façon générale. Je note que le Commissaire à l'information, qui a eu manifestement de nombreuses rencontres et discussions avec le BCP à ce sujet, a décidé que ces 182 pages devraient être toutes divulguées.

Ces pages comprennent des rapports sur les résultats de sondages, les résultats de sondages eux-mêmes et des rapports sur les groupes de discussion sur une variété de sujets concernant l'unité nationale et les négociations de réforme constitutionnelle. En voici le décompte:

1. Le paragraphe 7 de l'affidavit confidentiel de M. Gagnier cite les languettes C-5 à C-11, aux pages 47 à 138, soit quelque 92 pages, comme exemples à l'appui du paragraphe 23 de son affidavit public, qui porte:

[TRADUCTION] 23. Enfin, il y a lieu de souligner que les résultats des sondages, dont communication était demandée, ont été recueillis et analysés à seule fin de contribuer à la formulation et l'exécution de politiques du gouvernement du Canada dans la conduite des affaires concernant la modification de la constitution et la question connexe de l'unité nationale.

Je ne doute pas que, conformément au témoignage du déposant, ces sondages aient été commandés afin de contribuer à la formulation et à l'exécution des politiques du gouvernement en matière de constitution et d'unité nationale, mais sans une explication du lien entre le préjudice invoqué et la divulgation des renseignements spécifiques contenus dans les pages en cause, je ne peux conclure qu'il y a des motifs raisonnables pour refuser de les divulguer.

2. Le paragraphe 12 de l'affidavit confidentiel de M. Gagnier cite la languette C-14, aux pages 202 à 310,

example in support of paragraph 30 of his public affidavit. This material refers to cross-tabulations of results. Paragraph 12 of the confidential affidavit states (and I set it out because, other than the coded reference, it says essentially the same thing as paragraph 30 of the public affidavit):

With respect to paragraph 30, examination of the extensive analysis contained in C-14, pp. 202-310 will show how results are cross-tabulated. The detailed breakdown shows why release of any of the research information could be injurious and why, if subsequent polls were contaminated, the utility of the research might well be significantly diminished.

In respect of the cross-tabulation of the results, Professor Fletcher in his cross-examination was asked (question 248):

Q. How much time have you spent reviewing the material and I am talking about reviewing the material which is contained in the confidential affidavit of Mr. Tetro?

A. I spent approximately three days looking at them but the cross-tabulations, for example, you can spend an hour trying to understand one, but I have looked at most of the questions and the distribution of opinion on most of them.

No detailed explanation of cross-tabulations were provided. As Professor Fletcher says, "you can spend an hour trying to understand one".

This general reference covers some 109 pages. Indeed the cross-tabulations are not explained and, as indicated by Professor Fletcher, they are not easy to understand. The Government has not satisfied me, on the basis of the evidence, that there were reasonable grounds to refuse disclosure of these pages.

3. Paragraph 7 of Professor Fletcher's confidential affidavit refers to portions of the record in support of paragraph 28 of his public affidavit. Paragraph 28 of his public affidavit states:

While the 70 [*sic*] pages identified by the Information Commissioner as inappropriate for release clearly carry a high probability of damage, other substantive materials in the records also involve similar risks.

Paragraph 7 of the confidential affidavit says in part (and I cite only those portions which disclose the references):

à titre d'exemple à l'appui du paragraphe 30 de son affidavit public. Celui-ci fait état de la tabulation recoupée des résultats. Le paragraphe 12 de l'affidavit confidentiel porte ce qui suit (je le cite puisque, à part la référence codée, il dit essentiellement la même chose que le paragraphe 30 de l'affidavit public):

[TRADUCTION] En ce qui concerne le paragraphe 30, l'examen de l'analyse en profondeur contenue dans les pages 202-310, languette C-14, montrera comment les résultats font l'objet d'une tabulation recoupée. La ventilation détaillée montre pourquoi la divulgation d'une donnée quelconque pourrait être préjudiciable et pourquoi, si les sondages subséquents étaient contaminés, l'utilité des sondages pourrait être bien diminuée.

En ce qui concerne la tabulation recoupée des résultats, voici la question qui a été posée à M. Fletcher et la réponse qu'il y a faite au cours de son contre-interrogatoire (question 248):

[TRADUCTION] Q. Combien de temps avez-vous passé à examiner les documents qui se trouvent dans l'affidavit confidentiel de M. Tetro?

R. J'ai passé à peu près trois jours à les examiner mais les tabulations recoupées, par exemple, cela pourra prendre une heure pour essayer d'en comprendre une, mais j'ai examiné la plupart des questions et la distribution des opinions sur la plupart d'entre elles.

Aucune explication détaillée des tabulations recoupées n'a été produite. Comme l'a fait remarquer M. Fletcher, [TRADUCTION] «cela pourra prendre une heure pour essayer d'en comprendre une».

Cette référence générale couvre quelque 109 pages. Les tabulations recoupées n'ont pas été expliquées et, comme l'a fait observer M. Fletcher, elles ne sont pas faciles à comprendre. Le gouvernement ne m'a pas convaincu par les preuves produites qu'il y avait des motifs raisonnables pour refuser la communication de ces pages.

3. Le paragraphe 7 de l'affidavit confidentiel de M. Fletcher cite des parties du document à l'appui du paragraphe 28 de son affidavit public, lequel porte:

[TRADUCTION] Si les 70 [*sic*] pages identifiées par le Commissaire à l'information comme impropres à la divulgation comportent à l'évidence un haut degré de préjudice probable, les autres renseignements de fond contenus dans le document comportent aussi les mêmes risques.

Le paragraphe 7 de l'affidavit confidentiel porte entre autres (je ne cite que le passage qui donne les références):

With respect to paragraph 28, there are the detailed discussions of (two specific issues in the constitutional reform and national unity discussions). Among many possible examples, C-5, pp. 50-59; C-7 ( ); C-10 ( ); C-12 and much of the focus group material (C-18 ff.).

C-5, C-7 and C-10 were referred to by Mr. Gagnier and have been dealt with above. C-12 and C-18 cover some 25 pages. It is apparent from paragraph 28 of his public affidavit and paragraph 7 of his confidential affidavit, that the references to the record by Dr. Fletcher are very general. There is an overall concern about the risk of disclosure but nothing of any specific nature to assist me to understand why release of specific pages would result in harm. Again I cannot conclude that there were reasonable grounds to refuse to disclose the pages referred to by Dr. Fletcher in paragraph 7 of his confidential affidavit.

Without belabouring the point, in their confidential affidavits, Mr. Gagnier and Dr. Fletcher made reference to subsets of these same blocks of pages in relation to other paragraphs of their public affidavits. There were 11 references. The subsets range from 5 to 39 pages. Essentially, as in the three examples detailed above, the pages are left to speak for themselves. As I have indicated, this is insufficient in my view to establish a right to confidentiality in a complex matter such as the one before me.

In the absence of detailed and understandable explanations as to how and why release of each of the 182 pages which were referred to only generally could reasonably be expected to cause harm, the Government, in my view, has failed to discharge the burden placed on it by section 48 of the Act.

#### 9. Pages not Referred to in the Affidavits of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher

Three hundred and twenty-three confidential pages have not been referred to at all in the affidavits of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher. I expect that it was their intention that all pages should be considered under an "incorporation by reference" approach. Indeed Dr. Fletcher argues that the studies done by the Govern-

[TRADUCTION] En ce qui concerne le paragraphe 28, il y a les discussions détaillées sur (deux questions spécifiques dans les négociations sur la constitution et l'unité nationale). Parmi plusieurs exemples possibles, C-5, pp. 50-59; C-7 ( ); C-10 ( ); C-12 et le gros des renseignements relatifs aux groupes de discussion (C-18 et s.).

Les languettes C-5, C-7 et C-10 étaient citées par M. Gagnier, et leur cas a été réglé ci-dessus. Les languettes C-12 et C-18 comprennent quelque 25 pages. Il ressort du paragraphe 28 de son affidavit public et du paragraphe 7 de son affidavit confidentiel que les renvois que M. Fletcher fait au document sont très généraux. Il exprime dans l'ensemble sa préoccupation au sujet du risque que présente la divulgation, mais n'avance rien de spécifique qui puisse m'aider à comprendre pourquoi la divulgation de telle ou telle page causerait un préjudice. À ce sujet encore, je ne peux conclure qu'il y avait des motifs raisonnables pour refuser de divulguer les pages mentionnées par M. Fletcher au paragraphe 7 de son affidavit confidentiel.

Dans leurs affidavits confidentiels respectifs, MM. Gagnier et Fletcher citent, mais sans trop insister dessus, des sous-ensembles des mêmes blocs de pages à propos d'autres paragraphes de leurs affidavits publics. Il y a 11 renvois. Les sous-ensembles comprennent de 5 à 39 pages. À l'instar des trois exemples analysés ci-dessus, ces pages ne bénéficient essentiellement d'aucune explication. Comme je l'ai noté, voilà qui ne suffit pas pour établir le droit à la confidentialité dans une cause aussi complexe.

Faute d'avoir expliqué, en détail et de façon compréhensible, comment et pourquoi la divulgation des 182 pages qui n'ont été mentionnées que de façon générale risquerait vraisemblablement de causer un préjudice, le gouvernement n'a pas satisfait à la charge de la preuve que lui impose l'article 48 de la Loi.

#### 9. Les pages non mentionnées dans les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher

Les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher passent sous silence 323 pages confidentielles. Je pense que dans leur esprit, toutes les pages doivent être soumises à «l'inclusion par référence». De fait, M. Fletcher soutient que les enquêtes effectuées par le gouvernement en l'espèce doivent être considérées comme

ment in this case should be seen as integrated and considered as a whole. While I accept the documents must be considered in context and in terms of how they relate to one another, this does not justify a general all-encompassing approach to the exclusion of consideration of the record on a page-by-page basis.<sup>8</sup> Nor should the Court be left to analyze complex documents on its own. The Court is not a specialized body with its own experts.

While no specific evidence was led by the Government on these pages, evidence was led by the applicants with respect to some of them.

The information found at pages 576 to 589 of the confidential record is exactly the same as that to which the Court was referred by counsel for Ms. Calamai in the public evidence of the applicants. Mr. Gagnier admitted on cross-examination that these pages were "already public information" (question 599).

A further 17 pages all contain the same descriptive phrase. These are pages 450, 460, 484, 511, 532, 555, 592, 611, 613, 614, 637, 652, 655, 665, 679, 682 and 684. That phrase placed focus group respondents in a specific category which led to their being chosen for the focus groups. This same phrase is contained in a group of documents that was released by the Government pursuant to an access request unrelated to those before me in this application. The 17 pages of the record are referable to various focus groups conducted between May and October 1991. The released material which contains this same phrase is dated within that time period and refers to focus groups. In argument, counsel for the Government stated that the released material containing this phrase was different from the non-released pages which contain the same phrase in that it did not reveal the methodology of the focus groups and was simply a factual statement. However, the subject (focus groups) and timing (mid-1991) of the public information leads me to believe that this phrase is already in the public domain in the same context in which it appears in the 17 pages.

<sup>8</sup> I am not suggesting that an "incorporation by reference" approach may not be appropriate in some cases. Where, for example, it is established that there is repetition of the same information on more than one page, detailed evidence in respect of one page may be sufficient with only brief reference to the other repetitive pages.

intégrées et formant un tout. Bien que j'accepte que les documents doivent être considérés dans leur contexte et à la lumière de leurs rapports réciproques, cela ne justifie par une approche globale qui exclue l'examen du document page par page<sup>8</sup>. Il ne faut pas non plus que la Cour soit obligée d'analyser elle-même des documents complexes. La Cour n'est pas un organisme spécialisé avec ses propres experts.

Si le gouvernement n'a produit aucun témoignage spécifique sur ces pages, les requérants en ont produit à l'égard de certaines d'entre elles.

Les renseignements se trouvant en pages 576 à 589 du document confidentiel sont exactement ceux sur lesquels l'avocat de M<sup>me</sup> Calamai a attiré l'attention de la Cour lors des témoignages publics produits par les requérants. M. Gagnier a reconnu au cours de son contre-interrogatoire que ces pages étaient [TRADUCTION] «déjà du domaine public» (question 599).

Il y a en outre 17 pages qui contiennent toutes la même phrase descriptive. Il s'agit des pages 450, 460, 484, 511, 532, 555, 592, 611, 613, 614, 637, 652, 655, 665, 679, 682 et 684. Cette phrase identifie les participants aux groupes de discussion avec une catégorie particulière qui explique qu'ils aient été choisis pour y participer. La même phrase est contenue dans un groupe de documents divulgués par le gouvernement à la suite d'une demande de communication n'ayant aucun rapport avec les demandes en l'espèce. Ces 17 pages du document se rapportent à divers groupes de discussion réunis entre mai et octobre 1991. Le document divulgué qui contient la même phrase est daté de la même période et se rapporte aux groupes de discussion. Dans son argumentation, l'avocat représentant le gouvernement soutient que le document divulgué qui contient cette phrase est différent des pages non communiquées qui renferment la même phrase, en ce qu'il ne révèle pas la méthodologie adoptée par les groupes de discussion et n'est qu'une relation des faits. Cependant, le sujet (groupes de discussion) et le moment (mi-1991) des

<sup>8</sup> Je ne dis pas que l'approche de l'«inclusion par référence» ne soit pas indiquée dans certains cas. Dans le cas par exemple où il est établi qu'il y a répétition du même renseignement sur plus d'une page, il suffirait de donner un témoignage détaillé à propos d'une seule page, avec brève mention des autres pages répétitives.

In response to a request by the Court, counsel for the Information Commissioner prepared an example of a comparison of information which was in the public realm which he said was similar to the confidential Government information. I have reviewed that table of comparisons and I am satisfied with the similarity of the material.

The foregoing causes me to conclude that in respect of these 323 pages the Government has provided no specific evidence. The applicants have demonstrated that a number of pages are already in the public realm. It is to be remembered that section 48 of the Act places the burden of justifying confidentiality on the Government. For all of the reasons previously indicated, there is no clear, specific and understandable linkage between allegations of harm and the disclosure of these 323 specific pages. The Government has not, in my opinion, demonstrated reasonable grounds on which to refuse disclosure of these pages.

I should note that with respect to these 323 pages, the Information Commissioner recommended that 69<sup>9</sup> pages should not be disclosed in whole or in part. I have reviewed these pages but as I indicated earlier, the Court does not have the expertise of the Information Commissioner and in the absence of evidence, has no basis upon which to conclude that disclosure could reasonably be expected to cause harm to the Government. While the Court should have regard to the findings of the Information Commissioner, this does not equate to blind acceptance. The findings of the Information Commissioner must be brought to the Court in evidence by the party intending to rely upon them so as to enable the Court to understand why the Information Commissioner reached his conclusion in respect of specific pages. This has not been done in this case.

<sup>9</sup> The Information Commissioner recommended that seventy-four pages remain confidential. Of these five were referred to specifically in the evidence. None were referred to generally. Sixty-nine were not referred to at all.

renseignements publiés me portent à croire que cette phrase est déjà du domaine public, dans le même contexte que celui où elle apparaît dans les 17 pages en question.

À la demande de la Cour, l'avocat représentant le Commissaire à l'information a préparé un exemple pour la comparaison des renseignements qui sont du domaine public et qui, à son avis, sont semblables aux renseignements confidentiels du gouvernement. J'ai examiné le tableau des comparaisons et conclu que ces documents sont similaires.

Je conclus de tout qui précède qu'à l'égard de ces 323 pages, le gouvernement n'a produit aucune preuve spécifique. De leur côté, les requérants ont démontré qu'un certain nombre de pages sont déjà du domaine public. Il faut se rappeler que l'article 48 de la Loi fait au gouvernement l'obligation de justifier la confidentialité. Pour toutes les raisons indiquées jusqu'ici, il n'y a aucun lien clair, spécifique et compréhensible entre le préjudice invoqué et la divulgation de ces 323 pages. Le gouvernement n'a pas, à mon avis, démontré qu'il avait des motifs raisonnables pour en refuser la communication.

Il y a lieu de noter qu'à l'égard de ces 323 pages, le Commissaire à l'information a recommandé que 69<sup>9</sup> pages ne soient pas divulguées même en partie. J'ai examiné ces pages mais, comme je l'ai noté plus haut, la Cour ne jouit pas de la même expertise que le Commissaire à l'information et en l'absence de preuves nécessaires, ne peut se fonder sur rien pour conclure que leur divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice au gouvernement. La Cour doit certes tenir compte des conclusions du Commissaire à l'information, mais cela ne signifie pas qu'elle les accepte aveuglément. La partie qui entend se prévaloir des conclusions du Commissaire à l'information doit les produire en preuve pour que la Cour puisse comprendre pourquoi le Commissaire y est parvenu à l'égard de ces pages spécifiques. Il n'en a été rien en l'espèce.

<sup>9</sup> Le Commissaire à l'information a recommandé que 74 pages fussent gardées confidentielles. Sur ce total, 5 pages ont été mentionnées expressément dans les témoignages. Aucune d'entre elles n'était comprise dans les mentions collectives, et 69 n'ont pas été mentionnées du tout.

## H. CONCLUSION

1. The approach of the Government witnesses indicates a well-intentioned attempt to avoid risk rather than to assess a reasonable expectation of harm from disclosure. *a*

2. There is little in the way of clear and specific evidence linking a reasonable expectation of harm to the contents of specific pages. *b*

3. There is only general reference or no express reference by the Government witnesses to approximately 90% of the record. This is insufficient to enable the Court to conclude there were reasonable grounds for confidentiality in respect of this information. *c*

4. There is no specific assessment of overlaps between public and Government information. This is a relevant consideration. A comparison by the Court of Government information specifically referred to and public information reveals a high degree of overlap. The rationale advanced that disclosure of otherwise public information by the Government involves special risks is not persuasive. *d*

I conclude that the head of the government institution did not have reasonable grounds to withhold disclosure of the record sought in this case. Each of the four applications is granted with costs. *e*

## H. CONCLUSION

1. L'approche des témoins cités par le gouvernement révèle un effort bien intentionné d'éviter le risque plutôt que de considérer si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice. *a*

2. Il n'y a guère de preuve claire et spécifique d'un lien entre le risque vraisemblable de préjudice et le contenu de pages spécifiques. *b*

3. Les témoins cités par le gouvernement ne mentionnent que de façon générale, et non pas expresse, quelque 90 % du document. Cela ne suffit pas pour permettre à la Cour de conclure qu'il y avait des motifs raisonnables pour protéger la confidentialité de ces renseignements. *c*

4. Il n'y a aucune évaluation spécifique du chevauchement entre les renseignements du domaine public et les données du gouvernement. Il s'agit là d'un facteur à prendre en considération. Une comparaison faite par la Cour des renseignements du gouvernement expressément mentionnés par les témoins et les renseignements du domaine public a fait ressortir un chevauchement considérable. La justification avancée pour soutenir que la divulgation par le gouvernement de renseignements du domaine public comporte un risque spécial, n'est pas convaincante. *d*

Je conclus que le responsable de l'institution fédérale n'a pas de motifs raisonnables pour refuser la communication des documents recherchés en l'espèce. Chacune des quatre requêtes est accueillie avec dépens. *e*

A-1071-91

A-1071-91

**The Attorney General of Quebec** (*Appellant*)  
(*Intervener*)

**Le procureur général du Québec** (*appelant*)  
(*intervenant*)

v.

a c.

**The Eastmain Band and the Nemaska Band and the Mistassini Band and the Cree Regional Authority and the Grand Council of the Crees (of Quebec) and Chief Kenneth Gilpin and Deputy Chief Lawrence Jimiken and Chief Henry Mianscum and Philip Awashish** (*Respondents*)  
(*Applicants*)

**La bande d'Eastmain et la bande Nemaska et la bande de Mistassini et l'administration régionale crie et le Grand Council of the Crees (du Québec) et le chef Kenneth Gilpin et le chef adjoint Lawrence Jimiken et le chef Henry Mianscum et Philip Awashish** (*intimés*) (*requérants*)

and

c et

**Raymond Robinson and The Honourable Jean Charest and The Honourable Tom Siddon and The Honourable Jean Corbeil and The Honourable John Crosbie** (*Mis en cause*) (*Respondents*)

**Raymond Robinson et l'honorable Jean Charest et l'honorable Tom Siddon et l'honorable Jean Corbeil et l'honorable John Crosbie** (*mis en cause*) (*intimés*)

and

et

**Hydro-Québec** (*Mise en cause*) (*Intervener*)

**Hydro-Québec** (*mise en cause*) (*intervenante*)

*INDEXED AS: EASTMAIN BAND v. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: BANDE D'EASTMAIN c. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Décary and Létourneau J.J.A.—Montréal, October 13, 14, 15, 16; Ottawa, November 20, 1992.

Cour d'appel, juges Marceau, Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 13, 14, 15, 16 octobre; Ottawa, 20 novembre 1992.

*Native peoples — 1975 James Bay and Northern Quebec Agreement confirming construction of hydroelectric project — According to its terms, Agreement confirmed by federal and provincial legislation — 1983 S.C.C. decision holding treaties and statutes relating to Indians to be liberally construed and ambiguities resolved in favour of Indians — Assuming Agreement treaty, principle should not be applied blindly to modern agreements — Historical reasons for development of principle considered — Aboriginals no longer vulnerable — Principles of statutory construction inapplicable as Agreement not statute, but legislated contract — In negotiating land agreements with Aboriginals, Crown must seek compromise between interests of Aboriginals and of society as whole — Fiduciary relationship requires good faith and reasonableness on both sides — To seek and interpret any ambiguity systematically in favour of Aboriginals would distort negotiation process — Aboriginals must be bound by informed commitment now in position to make.*

*Peuples autochtones — Convention de la Baie James et du Nord québécois de 1975 confirmant la réalisation d'un projet hydroélectrique — De par ses termes, la Convention a été approuvée par une loi fédérale et une loi provinciale — Dans une décision de 1983, la C.S.C. concluait que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens — En tenant pour acquis que la Convention est un traité, le principe ne devrait pas être suivi aveuglément en ce qui concerne les traités modernes — Examen des raisons historiques entraînant l'élaboration du principe — Les Autochtones ne sont plus vulnérables — Les principes d'interprétation législative ne s'appliquent pas puisque la Convention n'est pas une loi, mais un contrat ayant reçu force de loi — La Couronne, lorsqu'elle négocie des accords territoriaux avec les Autochtones, doit chercher un compromis entre l'intérêt de ces derniers et celui de la collectivité — La relation de fiducie requiert bonne foi et raisonnablement de part et d'autre — Chercher à tout prix des ambiguïtés et les interpréter systématiquement en faveur des Autochtones fausserait le processus de la négociation — Les Autochtones doivent être tenus à la parole éclairée qu'ils sont maintenant en mesure de donner.*

*Environment — 1975 James Bay and Northern Quebec Agreement confirming construction of hydro-electric development project — When commencement of steps preliminary to construction announced in 1990, Aboriginal parties sought to force Federal Administrator to trigger environmental review provided under Agreement, and under EARPGO, based on probable impact on areas under federal jurisdiction — Eastmain project part of Le Complexe La Grande — Subject to specific provisions in Agreement exempting Le Complexe from environmental regime — Essence of project same as that contemplated in 1975 — Not substantial modification rendering it future project under Agreement and subject to environmental review regime — Under provincial jurisdiction — One review procedure rule; parallel reviews only where project, not consequences, falling within both jurisdictions or partly outside Agreement Territory — EARPGO not applicable as s. 3 providing environmental assessment procedure shall take place before irrevocable decisions taken — James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act irrevocable consent to construction of Le Complexe — Conditions for application of EARPGO not fulfilled — No federal law or other affirmative duty imposing obligation on Ministers to undertake initial assessment.*

This was an appeal by the Attorneys General of Quebec and Canada and Hydro-Québec against an order requiring the respondent Ministers to refer the Eastmain hydro-electric development project (the Project) for the public environmental review provided in the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO). The Aboriginal parties cross appealed from the dismissal of an application for a writ of *mandamus* to force the Federal Administrator to trigger the environmental review regime provided in section 22 of *The James Bay and Northern Quebec Agreement*. The 1975 Agreement was a comprehensive land claim agreement between Québec, Canada, Hydro-Québec and the Cree and Inuit communities of Quebec confirming the construction of Le Complexe La Grande, which included the Eastmain hydro-electric development project then being studied. The Project included construction of a powerplant, dam, spillway, dykes and reservoir. In 1990 Quebec authorized the commencement of preliminary studies for the Project. The Aboriginals argued that the Project will have an environmental impact on matters under federal jurisdiction (fisheries, navigable waters, migratory birds and Indians) and sought federal intervention. The Motions Judge held that the Project was part of Le Complexe La Grande, and was therefore subject to paragraph 8.1.2 of the Agreement, exempting Le Complexe from the environmental review regime established in section 22. He held, however, that the Project was subject to EARPGO, and granted *mandamus* against the Ministers.

*Environnement — La Convention de la Baie James et du Nord québécois de 1975 confirme la réalisation d'un projet d'aménagement hydro-électrique — Lorsque, en 1990, le commencement des travaux préliminaires de la construction a été annoncé, les parties Autochtones ont cherché à forcer l'administrateur fédéral à mettre en branle le régime d'examen environnemental prévu à la Convention et au Décret, invoquant les répercussions probables sur des domaines de compétence fédérale — Le projet d'Eastmain fait partie du complexe La Grande — Il est assujéti aux dispositions précises de la Convention excluant le Complexe du régime environnemental — L'essentiel du projet correspond à celui envisagé en 1975 — Il ne constitue pas une modification substantielle de telle façon qu'il est assimilé à un projet futur dans le cadre de la Convention et assujéti au régime d'examen environnemental — Il relève de la compétence provinciale — La règle appelle un seul examen; les examens parallèles ne sont tenus que là où le projet, et non pas ses conséquences, relève des deux compétences ou déborde le Territoire de la Convention — Le Décret ne s'applique pas puisque l'art. 3 prescrit que le processus d'évaluation environnementale a lieu avant que des décisions irrévocables soient prises — La Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois est un consentement irrévocable à la construction du Complexe — Les conditions du déclenchement du Décret ne sont pas réalisées — Aucune loi ou autre obligation positive fédérale n'impose aux ministres l'obligation d'entreprendre une première évaluation.*

Il s'agit en l'espèce d'un appel du procureur général du Québec, de la procureure générale du Canada et d'Hydro-Québec contre une ordonnance obligeant les ministres intimés à soumettre le Projet de l'aménagement hydro-électrique d'Eastmain (le Projet) à l'examen environnemental public prévu au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret). Les parties Autochtones ont interjeté un appel incident contre le rejet d'une demande de bref de *mandamus* visant à forcer l'administrateur fédéral à mettre en branle le régime d'examen environnemental prévu au chapitre 22 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*. La Convention conclue en 1975, qui constitue un accord détaillé de revendication territoriale entre le Québec, le Canada, Hydro-Québec et les communautés criées et inuit du Québec, confirmait la réalisation du complexe La Grande, qui comprenait le projet de développement hydro-électrique d'Eastmain alors sous étude. Le Projet comprenait la construction d'une centrale hydro-électrique, d'un barrage, d'un évacuateur de crues, de digues et d'un réservoir. En 1990, Québec autorisait la tenue d'études préliminaires sur le Projet. Les Autochtones, invoquant les répercussions environnementales du Projet sur des domaines de compétence fédérale (pêcheries, eaux navigables, oiseaux migrateurs et Indiens), ont demandé l'intervention du fédéral. Le juge des requêtes a conclu que le Projet faisait partie du complexe La Grande et qu'il était, de par les prescriptions du paragraphe 8.1.2 de la Convention, exclu du régime d'examen environnemental prévu au chapitre 22. Il a toutefois conclu que le Projet était soumis au Décret et il a ordonné la délivrance d'un bref de *mandamus* à l'endroit des ministres.

The issues were (1) what principles of interpretation should apply to the Agreement; (2) whether the Project was part of the Complex and exempt from the environmental review regime; (3) whether the Project was a "substantial modification" to Le Complexe rendering it a future project under section 8.1.3 and therefore subject to the environmental review regime; (4) if so, whether the Project is under provincial jurisdiction and outside the Federal Administrator's jurisdiction; (5) whether EARPGO applied to the Project; (6) whether the conditions for the application of EARPGO had been fulfilled.

*Held*, the appeal should be allowed; the cross appeal should be dismissed.

(1) In 1983 the Supreme Court of Canada held that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and ambiguities resolved in favour of the Indians. Assuming the Agreement is a treaty, courts must not blindly apply to modern agreements principles laid down for the analysis of treaties entered into in an earlier era. The principle that ambiguities must be construed in favour of the Aboriginals rests historically on the vulnerability of the Aboriginal parties, who were uneducated, compelled to negotiate with parties in a superior bargaining position, in languages and with legal concepts foreign to them and without adequate representation. In the present case there was no vulnerability. The Agreement was the product of long and difficult negotiations. In recent decisions, the Supreme Court, recognizing that the Indians now have greater negotiation skills than formerly, has favoured a realistic interpretation of documents so as to respect the intention and interests of all the signatories.

In any event, the issue herein did not concern a "statute relating to Indians". While the Agreement was confirmed by legislation, it is fundamentally a "legislated contract . . . that derives all of its legal force even as a contract from the laws which are to give it effect and validity". The federal Act does not express the "will of Parliament", but that of the parties to the Agreement. As to the principle of construing ambiguities in favour of the Aboriginal parties because of the fiduciary relationship between them and the Crown, in negotiating land agreements with the Aboriginals, the Crown must seek a compromise between the interest of the Aboriginals and that of the whole of society. A fiduciary relationship requires good faith and reasonableness on both sides and presumes that each party respects the obligations that it assumes toward the other. To interpret ambiguities systematically in favour of the Aboriginals would encourage the use of vague language so that they might apply to the courts, hopefully to gain more than what had been obtained through negotiation. This would distort the whole negotiation process. When modern treaties are at issue, the Aboriginals must be bound by the informed commitment that they are now in a position to make.

Les questions sont les suivantes: (1) Quels principes d'interprétation sont applicables à la Convention? (2) Le Projet fait-il partie du Complexe et est-il exclu du régime d'examen environnemental? (3) Le Projet constitue-t-il une «modification substantielle» au Complexe de telle façon qu'il est, en raison des dispositions de l'article 8.1.3, assimilé à un projet futur et par le fait même assujéti à ce régime d'examen environnemental? (4) Dans l'affirmative, le Projet est-il de compétence provinciale et exclu de la responsabilité de l'administrateur fédéral? (5) Le Décret s'applique-t-il au Projet? (6) Les conditions de déclenchement du Décret sont-elles réalisées?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

(1) En 1983, la Cour suprême du Canada a conclu que les traités et les lois visant les Indiens devaient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devait profiter aux Indiens. En tenant pour acquis que la Convention est un traité, les tribunaux, lorsqu'il s'agit d'interpréter des documents contemporains, ne doivent pas suivre aveuglément les principes dégagés lors de l'analyse de traités conclus à une époque révolue. Le principe de l'interprétation des ambiguïtés en faveur des Autochtones repose, dans le cas des traités anciens, sur la vulnérabilité de parties autochtones non instruites, contraintes à négocier avec des détenteurs d'un pouvoir de négociation supérieur, dans des langues et avec des concepts juridiques qui leur étaient étrangers et en l'absence de représentation adéquate. Dans le cas présent, cette vulnérabilité n'existe pas. La Convention est le fruit de négociations longues et ardues. Dans des décisions récentes, la Cour suprême, reconnaissant que les Indiens sont aujourd'hui beaucoup plus versés dans l'art de la négociation qu'ils ne l'étaient à l'époque, a préféré une interprétation réaliste des documents de façon à respecter l'intention et les intérêts de tous les signataires.

Quoi qu'il en soit, dans le cas présent, il ne s'agit pas d'une «loi visant les Indiens». Il est vrai que la Convention a reçu confirmation législative, mais elle demeure fondamentalement un «contrat ayant reçu force de loi, qui tire son plein effet juridique même comme contrat des lois qui doivent lui donner force et validité». La Loi fédérale n'exprime pas la «volonté du Parlement», mais celle des parties à la Convention. Quant au principe d'interprétation des ambiguïtés en faveur des parties autochtones qui découle de la relation de fiducie qui existe entre elles et la Couronne, cette dernière, lorsqu'elle négocie des accords territoriaux, doit chercher un compromis entre l'intérêt des Autochtones et celui de l'ensemble de la collectivité. Une relation fiduciaire requiert bonne foi et raisonnablement de part et d'autre et suppose un respect par chacune des parties des obligations qu'elle ont assumées envers l'autre. Interpréter systématiquement toute ambiguïté en faveur des Autochtones serait inviter ceux-ci à utiliser les termes les plus vagues possibles avec l'espoir qu'ils puissent ensuite s'adresser aux tribunaux et la certitude qu'ils obtiendront davantage que les fruits de la négociation. Une telle approche fausserait tout le processus de cette dernière. Lorsqu'il y a des traités modernes, les autochtones doivent être tenus à la parole éclairée qu'ils sont maintenant en mesure de donner.

(2) The Motions Judge correctly held that the Project was an integral part of Le Complexe and therefore not subject to the environmental review regime established by the Agreement. That the parties intended that Le Complexe, construction of which was under way and might continue for decades, would not be subject to the regime established by the Agreement was indicated by the Aboriginals' acknowledgment that some of the potential impacts of the Complexe could not be determined at that time and that remedial measures would be studied during the construction period, agreement not to take any actions which would prevent the construction of Le Complexe, and release of Hydro-Québec from all claims that might arise from the construction, maintenance and operation of Le Complexe in consideration of benefits received by them.

(3) There was no ground for interfering with the Motions Judge's finding of fact that the Project was not a "substantial modification" rendering it a future project and subject to the environmental regime under section 8.1.3. His finding was based on the evidence. The essence of the Project announced in 1990 was the same as that contemplated in 1975. As construction could take decades, it may also be adapted to new technologies, without altering the essence of the compromise reached in respect of it.

(4) The Federal Administrator does not exercise jurisdiction over the project which is under provincial jurisdiction. The Aboriginals argued that once a project under provincial jurisdiction has an environmental impact in an area under federal jurisdiction, both the federal and provincial Administrators have the power and duty to intervene and ultimately to block the project. There were two obstacles to this argument. First, section 22 covers any "development project which might affect the environment or people of the Territory". Therefore any development project has implications in at least one area of federal jurisdiction (Indians and lands reserved for the Indians) and almost certainly in an area of shared jurisdiction (environment). Furthermore, any development project in Quebec will have an impact on areas of provincial jurisdiction, i.e. natural resources, public lands, timber and wood, local works and undertakings and matters of a purely local or private nature. The parties to the Agreement were not so careful to distinguish between the respective roles of each government, only to reach a solution which gives each of them equal decision-making power over every project and automatically creates an overlap and total impasse the moment one government authorizes a project and the other does not. Second, section 22.6.7 provides that the parties may agree to combine the two impact review bodies provided that a project shall not be submitted to more than one impact assessment and review procedure unless it is within jurisdiction of both Canada and Quebec or is located in part in the Territory and in part elsewhere. The parties clearly intended to avoid any overlap. The rule is one review, the exception two parallel reviews, but only where the project and not its consequences falls within both jurisdictions or where it is partly outside the Agreement Territory. The textual arguments also support a finding of a single review, under provin-

(2) Le juge des requêtes a à juste titre conclu que le Projet faisait partie intégrante du Complexe et qu'il n'était par conséquent pas assujéti au régime d'examen environnemental établi par la Convention. Que les parties aient voulu que le Complexe, dont la construction était en cours et pouvait se poursuivre pendant des décennies, échappe au régime établi par la Convention, ressort du fait que les parties autochtones ont reconnu que certaines des répercussions possibles liées au Complexe ne pouvaient être établies à cette époque et que des mesures de correction devraient être étudiées pendant la construction, du fait qu'elles ont convenu de ne prendre aucune mesure de quelque sorte qui empêcherait la construction du Complexe et du fait que, en considération et sous réserve des avantages en leur faveur, elles ont libéré Hydro-Québec de toutes revendications qui découlent de la construction, de l'entretien et de l'exploitation du Complexe.

(3) Il n'y avait aucune raison d'intervenir dans la conclusion de fait du juge des requêtes que le Projet ne constitue pas une «modification substantielle» de telle façon qu'il est, en raison de l'article 8.1.3, assimilé à un projet futur et par le fait même assujéti à ce régime d'environnement. Sa conclusion s'appuyait sur la preuve. L'essentiel du Projet annoncé en 1990 correspondait à celui envisagé en 1975. La construction s'échelonnant sur des dizaines d'années, elle peut aussi être adaptée aux technologies nouvelles sans pour autant que soit dénaturée l'essence du compromis intervenu à son sujet.

(4) L'administrateur fédéral n'exerce pas de fonctions à l'égard du projet qui est de compétence provinciale. Les Autochtones prétendent que dès lors qu'un projet de compétence provinciale a des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale, l'administrateur fédéral, tout autant que l'administrateur provincial, a le pouvoir et le devoir d'intervenir et, à la limite, de bloquer le projet. Cette thèse se heurte à deux obstacles. Premièrement, le chapitre 22 vise tout «projet de développement pouvant toucher l'environnement ou les personnes du Territoire». Donc, tout projet de développement aura des répercussions dans au moins un domaine de compétence fédérale (Indiens et terres réservées aux Indiens) et, à peu près certainement, dans un domaine de compétence partagée, soit l'environnement. Par ailleurs, tout projet de développement en territoire québécois aura des répercussions sur des domaines de compétence provinciale, tels les ressources naturelles, les terres publiques, bois et forêts, les travaux et entreprises d'une nature locale et les matières d'une nature purement locale ou privée. Les parties à la Convention n'ont pas mis tant de soins à distinguer les rôles respectifs de chacun des gouvernements, pour en arriver à une solution qui donne à chacun d'eux un pouvoir égal de décision à l'égard de chaque projet et mène tout droit à un chevauchement systématique et à l'impasse totale pour peu qu'un gouvernement autorise un projet, et l'autre pas. Deuxièmement, l'article 22.6.7 prescrit que les parties peuvent, de consentement mutuel, fusionner les deux comités d'examen des répercussions, pourvu que le projet ne soit pas soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions, sauf si ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec ou se trouve en partie dans le Territoire et en partie ailleurs. Les parties ont clairement eu l'intention d'éviter le chevauchement. La

cial jurisdiction, and of this review being conducted by the provincial Review Committee and the ultimate decision being made by the provincial Administrator or, if need be, by the Lieutenant-Governor in Council of Quebec.

(5) EARPGO does not apply to the Project. Section 8.18 provides that the laws of Canada from time to time in force shall continue to apply to the project. This requires that subsequent law be applicable to the development, and such subsequent law must meet the requirements of section 22.2.3 which provides that all federal and provincial laws of general application respecting environmental and social protection shall apply to the extent that they are not inconsistent with the provisions of the Agreement. The Agreement makes exhaustive provision for environmental studies to which development projects in Agreement territory would be subject. The environmental review regime represents the expression of the consensus reached by the parties, who expressly intended that Le Complexe would be exempt from the application of this regime, just as they intended that the provincial and federal legislation which was intended to give effect to the Agreement would provide that where other legislation is inconsistent with the provisions of the Agreement, the Agreement would prevail. In the context of this consensus, the Government of Canada formally authorized the construction of Le Complexe and legislatively confirmed this consent by adopting the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*. This was an irrevocable consent to the construction of Le Complexe, so that the EARPGO does not apply, since section 3 thereof provides that the environmental assessment procedure shall take place "before irrevocable decisions are taken". Since the irrevocable decision was taken in 1975, EARPGO, which was adopted in 1984, cannot apply.

(6) The conditions which trigger the application of EARPGO were not fulfilled as against any of the Ministers. The Motions Judge's finding that the conditions had been fulfilled was made before the Supreme Court of Canada decision in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* and the Federal Court of Appeal decision in *Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment)*, which set out different guidelines for the application of EARPGO than those followed by the Motions Judge. The review process is preliminary to the making of a decision by an initiating Minister. It should be instigated only where carrying out the project is subject to prior authorization from a federal Minister who has the power and duty, based on a federal statute or on another affirmative federal duty, to give or refuse permission or to impose conditions for carrying out the project.

No federal law or other affirmative duty imposes an obligation on the Minister of Indian Affairs and Northern Develop-

regle: un seul examen. L'exception: deux examens parallèles, mais seulement là où le projet, et non pas ses conséquences, relève de l'une et l'autre compétences ou là où il déborde le Territoire de la Convention. Les arguments de texte appuient également une conclusion en faveur d'un seul examen du projet, relevant de la compétence provinciale, de la tenue de cet examen par le comité provincial d'examen et de la prise de décision ultime par l'administrateur provincial ou, à la rigueur, par le lieutenant-gouverneur en conseil du Québec.

(5) Le Décret ne s'applique pas au Projet. L'article 8.18 prévoit que les lois du Canada en vigueur de temps à autre continuent de s'appliquer au projet. Encore faut-il que la loi ultérieure puisse s'appliquer au développement et qu'elle réponde aux exigences de l'article 22.2.3 qui prescrit que toutes les lois fédérales et provinciales d'application générale qui concernent la protection de l'environnement et du milieu social s'appliquent dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la Convention. Cette dernière prévoit de façon exhaustive la tenue des études environnementales auxquelles sont soumis les projets de développement entrepris en territoire conventionné. Le régime d'examen environnemental représente l'expression du consensus intervenu entre les parties, qui ont expressément voulu que le Complexe échappe à l'application de ce régime, tout comme elles ont voulu que les lois provinciale et fédérale qui allaient mettre en vigueur la Convention prévoient l'une et l'autre que les lois incompatibles avec les dispositions de la Convention devront lui céder le pas. Dans le cadre de ce consensus, le gouvernement du Canada a formellement autorisé la construction du Complexe et il a confirmé législativement ce consentement en adoptant la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*. Il y a là consentement irrévocable à la construction du Complexe, ce qui exclut l'application du Décret puisque son article 3 prescrit que le processus d'évaluation environnementale a lieu «avant de prendre des décisions irrévocables». La décision irrévocable ayant été prise en 1975, le Décret, adopté en 1984, ne saurait trouver application.

(6) Les conditions de déclenchement de l'application du Décret n'ont pas été réalisées à l'égard de l'un ou l'autre ministre. La conclusion du juge des requêtes que les conditions avaient été réalisées a été tirée avant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, et de la Cour d'appel fédérale *Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, lesquels ont établi des balises différentes à l'égard de l'application du Décret de celles sur lesquelles le juge des requêtes s'était aligné. Le processus d'examen est préalable à une prise de décisions par un ministre responsable. Il ne doit être actionné que lorsque la mise en œuvre du projet est sujette à l'obtention préalable de l'autorisation d'un ministre fédéral investi, en vertu d'une loi ou d'une autre obligation positive fédérale, du pouvoir et de l'obligation de donner ou de refuser la permission, ou d'imposer des conditions de mise en œuvre du projet.

Aucune loi ou autre obligation positive fédérale n'impose au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de prendre

ment to make a decision with respect to the carrying out of the Project. The mere possibility of environmental impact on matters relating to Indians and lands reserved for the Indians is not sufficient for the EARPGO to apply. Similarly, the general responsibilities of the Minister of the Environment for environmental issues alone does not trigger application of EARPGO or make the Minister the "initiating minister" within the meaning of EARPGO. The Supreme Court of Canada held in *Oldman River* that the *Fisheries Act* did not trigger application of EARPGO. Even if there were an affirmative duty under subsection 35(2) to regulate, and if it did apply, the Aboriginals have not identified any fact which would trigger such an obligation. Section 35 may only apply to the carrying on of "any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat". As the Project is still at the construction stage, it is premature to speak about carrying on an undertaking. If construction of the Project is covered by section 35, that section is intended to protect "fish habitat", defined as "spawning grounds and nursery rearing, food supply and migration areas on which fish depend directly or indirectly in order to carry out their life processes". There were no allegations that construction of the Project posed any danger to fish habitat. The navigability of a river is an elementary condition for the application of the *Navigable Waters Protection Act*, (imposing an affirmative duty to regulate on the Minister of Transport). The navigability of a river is a question of fact and law. There must be evidence establishing that a river is navigable. As the records herein did not permit such a conclusion, the Minister of Transport cannot exercise any decision-making power.

une décision à l'égard de la mise en œuvre du Projet. La simple éventualité de répercussions environnementales sur des questions relatives aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées ne suffit pas à entraîner l'application du Décret. De même, les responsabilités générales du ministre de l'Environnement à l'endroit des questions environnementales ne sauraient à elles seules déclencher l'application du Décret ni en faire le «ministre responsable» au sens du Décret. La Cour suprême du Canada a jugé dans *Oldman River* que la *Loi sur les pêches* ne donnait pas ouverture à l'application du Décret. Quand bien même il existerait une obligation positive de réglementation en raison du paragraphe 35(2), si celui-ci s'appliquait effectivement, les Autochtones n'ont établi aucun fait pouvant engager cette obligation. L'article 35 ne s'applique qu'à l'exploitation d'«ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson». Puisque le Projet en est encore au stade de la construction, il est prématuré de parler en termes d'exploitation. Si la construction du Projet relève de l'article 35, celui-ci vise à protéger «l'habitat du poisson», défini comme «frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont dépend, directement ou indirectement, la survie des poissons». Il n'y avait aucune allégation que la construction du Projet menaçait l'habitat du poisson. L'état de navigabilité d'une rivière est une condition élémentaire d'application de la *Loi sur la protection des eaux navigables* (qui impose au ministre des Transports une obligation positive de réglementation). Le caractère navigable d'une rivière est une question de fait et de droit. La preuve doit démontrer que la rivière est navigable. Le dossier ne permettant pas de tirer une telle conclusion, le ministre des Transports ne saurait exercer de pouvoir décisionnel.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*, S.Q. 1976, c. 46.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92, 92A.  
*Environment Quality Act*, R.S.Q., 1977 c. Q-2, ss. 22 (as am. by S.Q. 1988, c. 49, s. 4), 153 *et seq.*  
*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, s. 3.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 412(2).  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 2, 20, 21, 22, 29, 30, 35, 37, 40 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 10).  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 87.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2, 3, 33.  
*Interpretation Act*, R.S.Q. 1977, c. I-16, s. 54.  
*James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32.  
*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5.  
 Order in Council 1371-90 (1990), 122 G.O.Q. II 3746.  
*Regulation respecting the administration of the Environment Quality Act*, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention de la Baie James et du Nord québécois*, art. 8, 22.  
 Décret 1371-90 (1990). 122 G.O.Q. II 3746.  
*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 3.  
*Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, ch. 46.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92, 92A.  
*Loi d'interprétation*, L.R.Q. 1977, ch. I-16, art. 54.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2, 3, 33.  
*Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5.  
*Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. 1977, ch. Q-2, art. 22 (mod. par L.Q. 1988, ch. 49, art. 4), 153 *et suiv.*  
*Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, L.C. 1976-77, ch. 32.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 87.

*The James Bay and Northern Québec Agreement*, ss. 8, 22.

*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 2, 20, 21, 22, 29, 30, 35, 37, 40 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 10).

*Règlement relatif à l'administration de la Loi sur la qualité de l'environnement*, R.R.Q. 1981, ch. Q-2, art. 1.

*a Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 412(2).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment)*, [1992] 3 F.C. 316 (C.A.); *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; (1991), 81 D.L.R. (4th) 659; 1 Admin. L.R. (2d) 173 (C.A.); *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *New Zealand Maori Council v Attorney-General*, [1987] 1 NZLR 641 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

## CONSIDERED:

*R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; 52 W.W.R. 193 (B.C.C.A.).

## REFERRED TO:

*Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1992] 1 F.C. 440; (1991), 84 D.L.R. (4th) 51; 47 F.T.R. 251 (T.D.); *Bell v. Quebec (Corporation of)* (1879-80), 5 App. Cas. 84 (P.C.); *Sim E. Bak v. Ang Yong Huat*, [1923] A.C. 429 (P.C.); *Attorney General of Quebec v. Fraser* (1906), 37 S.C.R. 577; confd *sub nom. Wyatt v. Attorney-General of Quebec*, [1911] A.C. 489 (P.C.); *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); *Caterpillar Tractor Co. v. Babcock Allatt Limited*, [1983] 1 F.C. 487; (1982), 67 C.P.R. (2d) 135 (T.D.); *P.G. du Québec c. Société du parc industrielle du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1992] 3 C.F. 316 (C.A.); *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; (1991), 81 D.L.R. (4th) 659; 1 Admin. L.R. (2d) 173 (C.A.); *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *New Zealand Maori Council v Attorney-General*, [1987] 1 NZLR 641 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; 52 W.W.R. 193 (C.A.C.-B.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1992] 1 C.F. 440; (1991), 84 D.L.R. (4th) 51; 47 F.T.R. 251 (1<sup>re</sup> inst.); *Bell v. Quebec (Corporation of)* (1879-80), 5 App. Cas. 84 (P.C.); *Sim E. Bak v. Ang Yong Huat*, [1923] A.C. 429 (P.C.); *Attorney General of Quebec v. Fraser* (1906), 37 R.C.S. 577; conf. sous l'intitulé *Wyatt v. Attorney-General of Quebec*, par [1911] A.C. 489 (C.P.); *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); *Caterpillar Tractor Co. c. Babcock Allatt Limited*, [1983] 1 C.F. 487; (1982), 67 C.P.R. (2d) 135 (1<sup>re</sup> inst.); *P.G. du Québec c. Société du parc industrielle du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.

## AUTHORS CITED

- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
- Lord, G. *Le Droit québécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977.
- La Forest, G. V. and Associates. *Water Law in Canada—The Atlantic Provinces*, Regional Economic Expansion, 1973.

APPEAL from an order requiring the respondent Ministers to refer the Eastmain hydro-electric development project for the public environmental review provided in the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* and cross appeal from the dismissal of an application for a writ of *mandamus* to force the Federal Administrator to trigger the environmental review regime provided in section 22 of *The James Bay and Northern Quebec Agreement (Eastmain Band v. Robinson (1991), 7 C.E.L.R. (N.S.) 230; [1992] 1 C.N.L.R. 90; 49 F.T.R. 241 (F.C.T.D.))*. Appeal allowed; cross appeal dismissed.

## COUNSEL:

- Jean Bouchard and Pierre Lachance* for appellant (intervener).
- James A. O'Reilly, Peter W. Hutchins, Franklin S. Gertler, Kathleen Lawand* for respondents (applicants).
- René LeBlanc and Jean-Marc Aubry* for *mis en cause* (respondents) (Raymond Robinson et al.).
- Sylvain Lussier and Michel Yergeau* for *mise en cause* (intervener) (Hydro-Québec).

## SOLICITORS:

- Attorney General of Quebec*, Montréal, for appellant (intervener).
- Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, and *O'Reilly & Associés*, Montréal, for respondents (applicants).
- Deputy Attorney General of Canada* for *mis en cause* (respondents) (Raymond Robinson et al.).

## DOCTRINE

- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
- Lord, G. *Le Droit québécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977.
- La Forest, G. V. and Associates. *Water Law in Canada—The Atlantic Provinces*, Expansion Économique Régionale, 1973.

APPEL contre une ordonnance obligeant les ministres intimés à soumettre le projet d'aménagement hydro-électrique d'Eastmain à l'examen environnemental public prévu au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* et appel incident contre le rejet d'une demande de bref de *mandamus* visant à forcer l'administrateur fédéral à mettre en branle le régime d'examen environnemental établi au chapitre 22 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois (Bande d'Eastmain c. Robinson (1991), 7 C.E.L.R. (N.S.) 230; [1992] 1 C.N.L.R. 90; 49 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))*. Appel accueilli; appel incident rejeté.

## AVOCATS:

- Jean Bouchard et Pierre Lachance* pour l'appellant (intervenant).
- James A. O'Reilly, Peter W. Hutchins, Franklin S. Gertler, Kathleen Lawand* pour les intimés (requérants).
- René LeBlanc et Jean-Marc Aubry* pour les *mis en cause* (intimés) (Raymond Robinson et al.).
- Sylvain Lussier et Michel Yergeau* pour la *mise en cause* (intervenante) (Hydro-Québec).

## PROCUREURS:

- Procureur général de Québec*, Montréal, pour l'appellant (intervenant).
- Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, et *O'Reilly & Associés*, Montréal, pour les intimés (requérants).
- Le sous-procureur général du Canada* pour les *mis en cause* (intimés) (Raymond Robinson et al.).

*Desjardins, Ducharme, Montréal, and Lavery, de Billy, Montréal, for mise en cause (intervener) (Hydro-Québec).*

*Desjardins, Ducharme, Montréal, et Lavery, de Billy, Montréal, pour la mise en cause (intervenant) (Hydro-Québec).*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

MARCEAU J.A.: My conclusions do not differ from those expressed by Décary J.A. in his reasons for judgment.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Mes conclusions ne diffèrent pas de celles que fait valoir dans ses motifs de jugement Monsieur le juge Décary, J.C.A.

I also feel that the Aboriginal parties' counter-appeal cannot succeed.

Je crois d'abord moi aussi que le contre-appel des parties autochtones ne saurait réussir.

It seems clear to me on reading *The James Bay and Northern Québec Agreement* that the parties to that Agreement intended to make the said Eastmain 1 Project an integral part of the Complexe La Grande (1975), however little progress may have been made at the time on studies to implement this subsidiary hydro-electric project, and hence however little detail may have been available at that time on the technical description of it. As shown by the Trial Judge [(1991), 7 C.E.L.R. (N.S.) 230 (F.C.T.D.)] and accepted by my brother Judge without reservation, reading paragraphs 8.1.2 and 8.1.3 of the Agreement together makes it clear that it could not have been otherwise; and moreover, the evidence as presented does not support the argument that what is to be built now is so different from what was planned and contemplated at the outset that the Project actually constitutes an "addition and/or substantial modification" to the Complexe within the meaning of paragraph 8.1.3 of the Agreement. It is thus clear that, in view of the provisions of paragraph 8.1.2 of the Agreement, the Eastmain 1 Project is not covered by the environmental procedures contained in section 22. The Trial Judge was accordingly right to refuse to order the Federal Administrator, responsible in part for implementing the Agreement, to perform any function derived from the provisions of section 22.

Il m'apparaît évident, à la lecture de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, que les parties à cette Convention entendaient faire du projet dit Eastmain 1 une partie intégrante du complexe La Grande (1975), aussi peu avancées qu'aient été alors les études de mise en œuvre de ce développement hydro-électrique d'appoint et partant, aussi peu détaillée qu'ait été la description technique qu'on en pouvait donner à ce moment. Tel que mis en lumière par le premier juge [(1991), 7 C.E.L.R. (N.S.) 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] et accepté sans réserve par mon collègue, la lecture combinée des alinéas 8.1.2 et 8.1.3 de la Convention ne permet pas de penser qu'il put en être autrement. Et, d'autre part, la preuve telle que présentée n'appuie pas la prétention à l'effet que ce que l'on veut aujourd'hui construire est si différent de ce qu'on avait au départ prévu et envisagé que le projet constitue en fait une «addition ou modification substantielle» au Complexe au sens de l'alinéa 8.1.3 de la Convention. Il est donc clair que ce projet Eastmain 1 n'est pas, vu les dispositions de l'alinéa 8.1.2 de la Convention, assujéti au régime d'environnement prévu au chapitre 22. Le juge de première instance a donc eu raison de refuser d'ordonner à l'administrateur fédéral responsable en partie de l'exécution de la Convention, d'exercer quelque fonction que ce soit, tirée des dispositions de ce chapitre 22.

On the contrary, I feel like Décary J.A. that the appeals by the attorneys general and Hydro-Québec are well-founded.

Je crois, au contraire, comme Monsieur le juge Décary, J.C.A., que les appels des procureurs généraux et de Hydro-Québec sont, eux, bien fondés.

In my opinion, the Trial Judge could not order the respondent ministers to apply to the Eastmain 1 Project the provisions of the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* [SOR/84-467]. My reason for this is simple. It is now accepted, since the Supreme Court's judgment in *Oldman River*,<sup>1</sup> as analyzed by this Court in *Carrier-Sekani*,<sup>2</sup> that the Order applies to any federal Minister required to assume some responsibility regarding a construction project which may have repercussions on areas under federal jurisdiction, responsibility which will exist if the Minister has any positive regulatory power over such project. It was recognized at the time of the Agreement, with the unqualified acquiescence of the federal government, that all governmental approval necessary for carrying out the Complexe La Grande (1975), and so including the Eastmain 1 Project, had been given (subsection 8.18, paragraph 2, read together with paragraph 8.1.2, paragraph 3), with the result that no federal Minister can still be called on to exercise any responsibilities capable of triggering the Order. Moreover, as my brother Judge says, even disregarding this previously confirmed approval, it has not been shown that any of the respondent ministers could have any positive regulatory power affecting the Eastmain 1 Project. It is true that the intervention of the Minister of Fisheries might be required if it turns out that the survival of fish is endangered (section 35 of the *Fisheries Act*),<sup>3</sup> and undoubtedly also that of the Minister of Transport if it were to be established that the Eastmain River must be regarded as navigable within the meaning of section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (section 5 of the *Navigable Waters Protection*

Le juge de première instance ne pouvait pas, à mon avis, ordonner aux ministres intimés d'appliquer à l'égard du projet Eastmain 1 les dispositions du Décret fédéral sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière environnementale [*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation en matière d'environnement*, DORS/84-467]. La raison pour moi est simple. Il est maintenant acquis, depuis l'arrêt de la Cour suprême dans *Oldman River*<sup>1</sup>, tel qu'analysé par cette Cour dans l'arrêt *Carrier-Sekani*<sup>2</sup>, que le Décret s'adresse à tout ministre fédéral appelé à assumer une certaine responsabilité relativement à un projet de construction susceptible de répercussions sur des domaines de juridiction fédérale, responsabilité qui existera si le ministre a quelque pouvoir de réglementation positive à son sujet. Or, il a été reconnu au moment de la Convention, avec l'acquiescement pur et simple de l'autorité fédérale, que toutes les autorisations gouvernementales requises pour la réalisation du complexe La Grande (1975), y compris donc le projet Eastmain 1, avaient déjà été accordées (article 8.18, second paragraphe, lu conjointement avec le troisième paragraphe de l'alinéa 8.1.2), avec le résultat qu'aucun ministre fédéral ne peut être appelé à exercer encore à son sujet quelque responsabilité capable de déclencher l'application du Décret. Et d'ailleurs, comme le dit mon collègue, même sans tenir compte de ces autorisations préalablement confirmées, il n'a pas été démontré que l'un ou l'autre des ministres intimés pouvait avoir, à l'égard du projet Eastmain 1, quelque pouvoir de réglementation positive. Il est vrai que l'intervention du ministre des Pêches pourrait être requise, s'il s'avérait que la survie du poisson était mise en danger (article 35 de la *Loi sur les pêches*<sup>3</sup>), et sans doute aussi celle du ministre des Transports, s'il était acquis que la rivière Eastmain doit être tenue pour navigable au sens de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navi-*

<sup>1</sup> *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

<sup>2</sup> *Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment)*, [1992] 3 F.C. 316 (C.A.).

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. F-14.

<sup>1</sup> *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

<sup>2</sup> *Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1992] 3 C.F. 316 (C.A.).

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. F-14.

Act);<sup>4</sup> but the duty on either of these ministers to act and act now is certainly not clear enough to be a basis for the issuance of the writ of *mandamus* sought.

I would therefore dispose of the appeals and counter-appeal as Décary J.A. suggests.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DÉCARY J.A.:

#### Facts and proceedings

On November 11, 1975, Quebec, Canada, Hydro-Québec and the Cree and Inuit communities of Quebec, together with other parties, signed a land claim agreement known and designated as *The James Bay and Northern Québec Agreement* (the Agreement). By the terms of the Agreement itself (section 2.5), it had to be approved, given effect to and declared valid by an Act of the Parliament of Canada and by an Act of the National Assembly of Quebec; this was done by the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32, and the *Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*, S.Q. 1976, c. 46, respectively.<sup>5</sup>

The Agreement put an end to the legal proceedings brought against the first phases of the development of northern Quebec and, *inter alia*, confirmed the construction of Le Complexe La Grande (the Complexe) which, according to the Attorney General of Quebec (the appellant), included the Eastmain 1 (or EM 1) hydro-electric development project (the Project) then being studied.

On September 26, 1990, the Government of Quebec authorized the *mise en cause*/intervener, Hydro-Québec (Hydro-Québec) to [TRANSLATION] "conduct the preliminary study for the Eastmain 1 hydro-electric development, and to carry out exploration, studies, scientific surveys and all other activities preced-

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. N-22.

<sup>5</sup> See *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533 (C.A.).

*gables*); mais l'existence chez l'un ou l'autre de ces ministres d'une responsabilité d'agir et d'agir maintenant n'est certes pas suffisamment claire pour donner lieu à l'émission du bref de *mandamus* recherché.

Je disposerais donc des appels et du contre-appel comme le suggère Monsieur le juge Décary, J.C.A.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.:

#### Les faits et la procédure

Le 11 novembre 1975, le Québec, le Canada, Hydro-Québec et les communautés crie et inuit du Québec signaient, de concert avec d'autres parties, un accord de revendication territoriale connu et désigné sous le nom de *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (la Convention). Cette Convention, de par ses termes mêmes (article 2.5), devait être approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par une loi du Parlement du Canada et par une loi de l'Assemblée nationale du Québec, ce qui fut fait, respectivement, par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, ch. 32 et par la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, ch. 46<sup>5</sup>.

La Convention mettait fin aux procédures judiciaires intentées à l'encontre des premières phases du développement du Nord québécois et confirmait notamment la réalisation du complexe La Grande (1975) (le Complexe) lequel, aux dires du procureur général du Québec (l'appelant), comprenait le projet de développement hydro-électrique Eastmain 1 (ou EM 1) (le Projet) alors sous étude.

Le 26 septembre 1990, le Gouvernement du Québec autorisait la mise en cause/intervenante, Hydro-Québec (Hydro-Québec), à «réaliser l'avant-projet de l'aménagement hydro-électrique d'Eastmain 1, et [à] effectuer les travaux d'exploration, les études, les relevés scientifiques et toutes les autres activités pré-

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. N-22.

<sup>5</sup> Voir *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.).

ing the development" (Order in Council 1371-90, (1990), 122 G.O.Q. II, at pages 3746-3747).

Construction of the Project includes, *inter alia*, construction of a hydro-electric powerplant on the Eastmain River, a dam, a spillway and a number of dykes, as well as a reservoir of approximately 630 km<sup>2</sup>.

The place where the Project is to be constructed is located in the territory governed by the Agreement.

On May 14, 1991, the respondents/applicants (the Aboriginal parties), arguing the probable environmental impact of the Project on matters under federal jurisdiction such as fisheries, navigable waters, migratory birds, Indians and lands reserved for the Indians, served notice on the *mis en cause*/respondent Federal Administrator appointed under section 22 of the Agreement (the Administrator) and the four *mis en cause*/respondent Ministers (the Ministers) to fulfil the duties imposed on them under section 22, in the case of the Administrator, and under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the Order) (SOR/84-467, 22 June 1984), in the case of the Ministers.

On June 6, 1991, the Aboriginal parties asked the Federal Court, Trial Division to issue a writ of *mandamus* to force the Administrator to trigger the procedure under the environmental review regime (the regime) provided in section 22 of the Agreement, and also to compel the Ministers to refer the Project for the public environmental review provided in the Order.

On October 2, 1991, Mr. Justice Rouleau allowed the motion in part [(1991), 7 C.E.L.R. (N.S.) 230 (F.C.T.D.)]. First, he concluded that the Project is part and parcel of Le Complexe La Grande (1975); that as such it must be subject to the specific provisions for the Complexe set out in the Agreement; and that, by virtue of the provisions of paragraph 8.1.2 of the Agreement, it is exempt from the regime. Accordingly, he dismissed the motion as it related to the Administrator.

Second, he concluded that the Project is subject to the Order and that in this case the conditions for the

cédant le développement». (Décret 1371-90, (1990), 122 G.O.Q. II, aux pages 3746 et 3747).

La réalisation du Projet comprend entre autres la construction d'une centrale hydro-électrique sur la rivière Eastmain, d'un barrage, d'un évacuateur de crue et d'un certain nombre de digues ainsi que la création d'un réservoir d'environ 630 km<sup>2</sup>.

L'endroit où doit être réalisé le Projet est situé dans le territoire régi par la Convention.

Le 14 mai 1991, les intimés/requérants (les parties autochtones), invoquant les répercussions environnementales probables du Projet sur des domaines de compétence fédérale tels les pêcheries, les eaux navigables, les oiseaux migrateurs, les Indiens et les terres réservées aux Indiens, mettaient en demeure l'administrateur fédéral mis en cause/intimé nommé en vertu du chapitre 22 de la Convention (l'administrateur) et les quatre ministres mis en cause/intimés (les ministres) de remplir les obligations qui leur incombaient en vertu dudit chapitre 22, dans le cas de l'administrateur, et en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret) (DORS/84-467, 22 juin 1984), dans le cas des ministres.

Le 6 juin 1991, les parties autochtones demandaient à la Section de première instance de la Cour fédérale d'émettre un bref de *mandamus* visant d'une part à forcer l'administrateur à mettre en branle le régime d'examen environnemental (le régime) prévu au chapitre 22 de la Convention, et d'autre part à obliger les ministres à soumettre le Projet à l'examen environnemental public prévu au Décret.

Le 2 octobre 1991, monsieur le juge Rouleau a accueilli la requête en partie [(1991), 7 C.E.L.R. (N.S.) 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]. Dans un premier temps, il conclut que le Projet fait partie intégrante du complexe La Grande (1975), doit recevoir à ce titre le traitement particulier réservé à ce dernier par la Convention et est, de par les prescriptions de l'alinéa 8.1.2 de la Convention, exclu du régime; il rejette en conséquence la requête en ce qui a trait à l'administrateur.

Dans un deuxième temps, il conclut que le Projet est soumis au Décret et qu'en l'espèce les conditions

Order to apply had been fulfilled; accordingly, he ordered a writ of *mandamus* to issue against each of the four Ministers. However, he dismissed the Aboriginal parties' request that a public review be carried out, considering it premature at that point, and stated that he had no power to suspend the Project.

The Attorney General of Quebec (A-1071-91), the Attorney General of Canada (A-1072-91) and Hydro-Québec (A-1073-91) have appealed the portion of Mr. Justice Rouleau's judgment which was unfavourable to them. The Aboriginal parties have filed a cross appeal. All of these appeals were joined in this case (A-1071-91).

To facilitate reading and comprehension of the reasons which follow, I have followed the sequence of the conclusions reached by Mr. Justice Rouleau, regardless of whether they prompted an appeal or a cross appeal. I have further referred to each party by the same title throughout the reasons, the Attorney General of Quebec being described as the appellant, Hydro-Québec as Hydro-Québec, the Federal Administrator, Mr. Robinson, as the Administrator, the federal Ministers as the Ministers and the Aboriginal parties as the Aboriginal parties. The Administrator and the Ministers were represented by the Attorney General of Canada, to whom I will therefore make reference on occasion.

#### The questions raised

The questions raised by these appeals and this cross appeal, which I shall answer, may be formulated as follows:

#### On the first issue, the *mandamus* issued against the Federal Administrator under the Agreement

1. Is the Eastmain 1 project part of Le Complexe La Grande (1975) such that it is not, by virtue of the provisions of paragraph 8.1.2 of the Agreement, subject to the environmental regime established in section 22 of the Agreement? (cross appeal)

2. If the answer is yes, is the Project an "addition and/or substantial modification" to the Complexe such that it is, by virtue of the provisions of para-

d'application du Décret sont réalisées; il ordonne en conséquence l'émission d'un bref de *mandamus* à l'endroit de chacun des quatre ministres. Il rejette toutefois la demande des parties autochtones en ce qui concerne la tenue d'un examen public, la jugeant prématurée à ce stade, et en ce qui concerne la suspension du Projet, se disant sans compétence pour ce faire.

Le procureur général du Québec (A-1071-91), la procureure générale du Canada (A-1072-91) et Hydro-Québec (A-1073-91) en ont appelé de la partie du jugement du juge Rouleau qui leur était défavorable. Les parties autochtones ont logé un contre-appel. L'ensemble de ces appels a été réuni au sein du présent dossier (A-1071-91).

Pour faciliter la lecture et la compréhension des motifs qui suivent, j'ai suivi la séquence des conclusions auxquelles en est arrivé le juge Rouleau, peu importe qu'elles aient donné lieu à un appel ou à un contre-appel. J'ai donné par ailleurs à chaque partie la même désignation tout au long des motifs, le procureur général du Québec étant décrit comme l'appellant, Hydro-Québec comme Hydro-Québec, l'administrateur fédéral Robinson comme l'administrateur, les ministres fédéraux comme les ministres et les parties autochtones comme les parties autochtones. L'administrateur et les ministres étant représentés par la procureure générale du Canada, il m'arrivera de faire référence à cette dernière.

#### Les questions soulevées

Les questions que soulèvent ces appels et ce contre-appel et auxquelles je répondrai peuvent être formulées comme suit:

#### Quant au premier volet du débat, soit le *mandamus* dirigé contre l'administrateur fédéral en vertu de la Convention

1. Le projet Eastmain 1 fait-il partie du complexe La Grande (1975) de telle façon qu'il n'est pas, en raison des dispositions de l'alinéa 8.1.2 de la Convention, assujéti au régime d'environnement prévu au chapitre 22 de la Convention? (contre-appel)

2. Dans l'affirmative, le Projet constitue-t-il une «addition ou modification substantielle» au Complexe de telle façon qu'il est, en raison des disposi-

graph 8.1.3 of the Agreement, considered to be a future project and therefore subject to that environmental regime? (cross appeal)

3. If the Project is subject to the environmental regime established by the Agreement, is the process placed under the responsibility of the Federal Administrator inapplicable by virtue of the fact that it would be a project under provincial jurisdiction? (cross appeal)

On the second issue, the *mandamus* issued against the Ministers under the Order

4. Could the Guidelines Order be applied to the Project? (appeal)

5. If the answer is yes, have the conditions in which the Order is triggered been fulfilled in the case at bar with respect to one or all of the Ministers? (appeal)

Principles of interpretation of the Agreement

The Aboriginal parties spent considerable time arguing what they contended should be the principles of interpretation of an accord such as the Agreement, to which the Aboriginals are party. They contend the principle is that set out by Dickson J. [as he then was] as follows in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 36:

It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

Treaties

The appellant, Hydro-Québec and the Attorney General of Canada, assuming for the purposes of this case that the Agreement is a "treaty", strictly speaking, on which point I shall express no opinion, argue that while the first element of this rule—liberal construction—applies in the case of a modern treaty, the second element—doubtful expressions should be construed in favour of the Indians—does not apply. The point which they dispute, to borrow the expression used by counsel for Hydro-Québec, is that the Aboriginals have a constitutional right to have any ambiguity resolved in their favour.

tions de l'alinéa 8.1.3 de la Convention, assimilé à un projet futur et par le fait même assujetti à ce régime d'environnement? (contre-appel)

3. Dans l'hypothèse où le Projet est assujetti au régime d'environnement établi par la Convention, le processus mis sous la responsabilité de l'administrateur fédéral de ce régime est-il inapplicable du fait qu'il s'agirait d'un projet de compétence provinciale? (contre-appel)

Quant au deuxième volet du débat, soit le *mandamus* dirigé contre les ministres en vertu du Décret

4. Le Décret sur les lignes directrices pourrait-il être appliqué au Projet? (appel)

5. Dans l'affirmative, les conditions de déclenchement du Décret sont-elles en l'espèce réalisées à l'égard de l'un ou de chacun des ministres? (appel)

Principes d'interprétation de la Convention

Les parties autochtones ont mis beaucoup de temps à exposer ce que devraient être, selon elles, les principes d'interprétation d'une entente, telle la Convention, à laquelle les Autochtones sont partie. Elles soutiennent que le principe est celui exposé en ces termes par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 36:

Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

Les traités

L'appelant, Hydro-Québec et la procureure générale du Canada, en tenant pour acquis pour les fins du débat que la Convention est un «traité» à proprement parler, ce sur quoi je ne me prononce pas, font valoir que si le premier volet de cette règle—l'interprétation libérale—s'applique lorsqu'il s'agit d'un traité moderne, le second volet—toute ambiguïté doit être interprétée en faveur des Indiens—ne s'applique pas. Ce qu'ils contestent, pour reprendre l'expression du procureur d'Hydro-Québec, c'est que les Autochtones aient un droit constitutionnel de voir toute ambiguïté résolue en leur faveur.

We must be careful, in construing a document as modern as the 1975 Agreement, that we do not blindly follow the principles laid down by the Supreme Court in analyzing treaties entered into in an earlier era. The principle that ambiguities must be construed in favour of the Aboriginals rests, in the case of historic treaties, on the unique vulnerability of the Aboriginal parties, who were not educated and were compelled to negotiate with parties who had a superior bargaining position, in languages and with legal concepts which were foreign to them and without adequate representation.<sup>6</sup>

In this case, there was simply no such vulnerability. The Agreement is the product of a long and difficult process of negotiation. The benefits received and concessions made by the Aboriginal parties were received and given freely, after serious thought, in a situation which was, to use their counsel's expression, one of "give and take". All of the details were explored by qualified legal counsel in a document which is, in English, 450 pages long. The scope of the negotiations was such that, in subsection 25.5 of the Agreement, Quebec undertook to pay to the James Bay Crees and the Inuit of Quebec, "as compensation in respect to the cost of the negotiations", the sum of 3.5 million dollars. We have come a long way indeed from the "uneducated Savages" referred to by Norris J.A. in *White and Bob*, *supra*, footnote 6. The comments of Lamer J., who was not yet Chief Justice, in *Sioui* provide a good illustration of this evolution:

The Indian people are today much better versed in the art of negotiation with public authorities than they were when the United States Supreme Court handed down its decision in *Jones*. [*Sioui*, *supra*, footnote 6 at page 1036.]

Moreover, the recent pronouncements of the Supreme Court have already encouraged a certain realism and a respect for the intention and interests of all the signatories, even in relation to historic treaties:

Even a generous interpretation of the document . . . must be realistic and reflect the intention of both parties, not just that of the Hurons. The Court must choose from among the various possible interpretations of the common intention the one which

<sup>6</sup> See *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 142; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at pp. 1036 and 1072; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, (B.C.C.A.) at p. 649.

Il faut prendre garde, lorsqu'il s'agit d'interpréter un document aussi contemporain que la Convention de 1975, de suivre à l'aveuglette les principes dégagés par la Cour suprême lors de l'analyse de traités conclus à une époque révolue. Le principe de l'interprétation des ambiguïtés en faveur des Autochtones repose, dans le cas de traités anciens, sur la vulnérabilité particulière de parties autochtones non instruites contraintes à négocier avec des détenteurs d'un pouvoir de négociation supérieur, dans des langues et avec des concepts juridiques qui leur étaient étrangers et en l'absence de représentation adéquate<sup>6</sup>.

Dans le cas présent, cette vulnérabilité n'existe tout simplement pas. La Convention est le fruit de négociations longues et ardues. Les avantages reçus et les concessions faites par les parties autochtones l'ont été librement, après mûre réflexion, dans une situation, pour reprendre l'expression de leur procureur, de «donnant, donnant». Tous les détails ont été explorés par des procureurs qualifiés dans un document qui fait, dans sa version française, 480 pages. L'ampleur des négociations fut telle qu'à l'article 25.5 de la Convention, le Québec s'est engagé à verser aux Cris de la Baie James et aux Inuit du Québec, «à titre d'indemnité pour les frais des négociations», une somme de 3.5 millions de dollars. Nous sommes bien loin de ces TRADUCTION «sauvages sans instruction» auxquels référerait le juge d'appel Norris dans *White and Bob*, *supra*, note 6. Les propos du juge Lamer, non encore juge en chef, dans *Sioui*, illustrent bien cette évolution:

Les peuples indiens sont aujourd'hui beaucoup plus versés dans l'art de la négociation avec les autorités publiques qu'ils ne l'étaient à l'époque où la Cour suprême des États-Unis rendait sa décision dans *Jones*. [*Sioui*, *supra*, note 6 à la page 1036.]

Les enseignements récents de la Cour suprême nous invitent déjà, d'ailleurs, même en ce qui a trait à des traités anciens, à un certain réalisme et au respect de l'intention et des intérêts de tous les signataires:

Même une interprétation généreuse du document . . . doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle des Hurons. Il s'agit de choisir, parmi les interprétations de l'intention commune qui s'offrent à nous, celle qui concilie

<sup>6</sup> Voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 142; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, aux p. 1036 et 1072; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, (C.A.C.B.) à la p. 649.

best reconciles the Hurons' interests and those of the conqueror. [*Sioui, supra*, footnote 6 at page 1069.]

Defining the common intent of the parties on the question of territory in this way makes it possible to give full effect to the spirit of conciliation, while respecting the practical requirements of the British. [*Sioui, supra*, footnote 6 at page 1071.]

### Statutes relating to Indians

The Aboriginal parties contend that the principle of construing ambiguities favourably also applies when statutes relating to Indians are to be interpreted, and that the Agreement, by virtue of being adopted by the Parliament of Canada, is a statute relating to Indians.

This rule, which is set out in *Nowegijick, supra*, in which the issue was the interpretation of section 87 of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6], seems to me to have been substantially diluted by the Supreme Court in *Mitchell, supra*, footnote 6, in which La Forest J. stated, at page 143:

But as I view the matter, somewhat different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians. Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretive method.

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

In any event, the issue in this case does not, strictly speaking, concern a "statute relating to Indians". While the Agreement has been confirmed by legislation, as this Court has concluded (see *Cree Regional Authority, supra*, footnote 5), which makes it an Act of the Parliament of Canada for the purpose of giving the Federal Court jurisdiction, nonetheless it is, fundamentally, "a legislated contract, one that derives all of its legal force even as a contract from the laws which are to give it effect and validity" (*Cree*

le mieux les intérêts des Hurons et ceux du conquérant. [*Sioui, supra*, note 6 à la page 1069.]

Définir ainsi l'intention commune des parties sur la question du territoire permet de donner plein effet à l'esprit de conciliation tout en respectant les exigences pratiques des Britanniques. [*Sioui, supra*, note 6 à la page 1071.]

### Les lois visant les Indiens

Les parties autochtones soutiennent que le principe d'interprétation favorable des ambiguïtés vaut également lorsqu'il s'agit d'interpréter les lois visant les Indiens et que la Convention, de par son adoption par le Parlement du Canada, est une loi visant les Indiens.

Cette règle exprimée dans *Nowegijick, supra*, où il s'agissait d'interpréter l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6], me paraît avoir été sensiblement diluée par la Cour suprême dans l'affaire *Mitchell, supra*, note 6 où le juge La Forest s'est exprimé comme suit, à la page 143:

Mais selon ma conception de l'affaire, des considérations quelque peu différentes doivent s'appliquer dans le cas des lois visant les Indiens. Alors qu'un traité est le produit d'une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l'expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu'il soit particulièrement utile d'essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale.

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

Quoi qu'il en soit, dans le cas présent, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une «loi visant les Indiens». Il est vrai, comme l'a conclu cette Cour (voir *Administration régionale crie, supra*, note 5), que la Convention a reçu confirmation législative, ce qui en fait une loi du Parlement du Canada aux fins de conférer compétence à la Cour fédérale, mais elle n'en demeure pas moins, fondamentalement, «un contrat ayant reçu force de loi, qui tire son plein effet juridique même comme contrat des lois qui doivent

*Regional Authority, supra*, footnote 5 at pages 551-552). It would be an error to consider the Agreement to be such a statute, in order to import into it the principles of interpretation which apply to statutes relating to Indians. The federal Act here does not express "the will of Parliament"; rather, it expresses the will of the parties to the Agreement.

### The fiduciary relationship

The Aboriginal parties further contend that the principle of construing ambiguities in their favour derives from the fiduciary relationship which they contend exists between them and the Crown. Here again, we must be careful not to speak in absolute terms. When the Crown negotiates land agreements today with the Aboriginals, it need not and cannot have only their interests in mind. It must seek a compromise between that interest and the interest of the whole of society, which it also represents and of which the Aboriginals are part, in the land in question. This brings us back, in other words, to what the Supreme Court had to say in *Sioui*.

Even if we ascribe a fiduciary character to the relationship between the Crown and the Aboriginals, it requires good faith and reasonableness on both sides and presumes that each party respects the obligations that it assumes toward the other. On this point, I adopt the comments of Cooke P., of the New Zealand Court of Appeal, in *New Zealand Maori Council v Attorney-General*, [1987] 1 NZLR 641, at page 664, with respect to a treaty dating from 1840:

In this context the issue becomes what steps should be taken by the Crown, as a partner acting towards the Maori partner with the utmost good faith which is the characteristic obligation of partnership, to ensure that the powers in the State-Owned Enterprises Act are not used inconsistently with the principles of the Treaty. It was argued for the applicants that whether in any instance the transfer of a particular asset would be inconsistent with the principles of the Treaty is a question of fact. That is so, but it does not follow that in each instance the question will admit of only one answer. If the Crown acting reasonably and in good faith satisfies itself that known or foreseeable Maori claims do not require retention of certain land, no principle of the Treaty will prevent a transfer.

lui donner force et validité». (*Administration régionale crie, supra*, note 5, aux pages 551 et 552.) Ce serait une erreur, aux fins d'y importer les principes d'interprétation relatifs aux lois visant les Indiens, de considérer la Convention comme une telle loi. La Loi fédérale n'exprime pas, ici, «la volonté du Parlement», elle exprime plutôt la volonté des parties à la Convention.

### b La relation de fiducie

Les parties autochtones soutiennent par ailleurs que le principe de l'interprétation des ambiguïtés en leur faveur découle de la relation de fiducie qui existerait entre elles et la Couronne. Encore là, il faut prendre garde de parler en termes absolus. La Couronne, lorsqu'elle négocie aujourd'hui des accords territoriaux avec les autochtones, n'a pas et ne peut pas n'avoir que l'intérêt de ces derniers en vue. Elle doit chercher un compromis entre cet intérêt et celui de la collectivité qu'elle représente aussi et dont font partie les Autochtones, relativement aux territoires en question. Cela nous ramène, en d'autres mots, à ce que la Cour suprême nous enseigne dans *Sioui*.

Les relations entre la Couronne et les Autochtones, quand bien même on leur attribuerait une nature fiduciaire, requièrent bonne foi et raisonnablement de part et d'autre et supposent un respect par chacune des parties des obligations qu'elle a assumées envers l'autre. Je fais miens, à cet égard, ces propos du juge Cooke, président de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, dans *New Zealand Maori Council v Attorney-General*, [1987] 1 NZLR 641, à la page 664, relativement à un traité datant de 1840:

[TRADUCTION] Dans le présent contexte, il s'agit de déterminer les mesures que doit prendre la Couronne agissant à l'endroit de son partenaire Maori en toute bonne foi comme le requiert une telle association, pour faire en sorte que les pouvoirs prévus à la State-Owned Enterprises Act ne soient pas exercés contrairement aux principes du Traité. Selon les requérants, il s'agit d'une question de fait que de se demander, dans un cas quelconque, si la cession d'un bien particulier est contraire aux principes du Traité. Certes, mais cela ne signifie pas que, dans chaque cas, la question n'appellera qu'une seule réponse. Si la Couronne, agissant raisonnablement et de bonne foi, s'assure que les réclamations connues ou prévisibles du peuple Maori ne commandent pas la conservation de certaines terres, aucun principe du Traité n'en interdira la cession.

What has already been said amounts to acceptance of the submission for the applicants that the relationship between the Treaty partners creates responsibilities analogous to fiduciary duties. Counsel were also right, in my opinion, in saying that the duty of the Crown is not merely passive but extends to active protection of Maori people in the use of their lands and waters to the fullest extent practicable. There are passages in the Waitangi Tribunal's Te Atiawa, Manukau and Te Reo Maori reports which support that proposition and are undoubtedly well-founded. I take it as implicit in the proposition that, as usual, practicable means reasonably practicable. It should be added, and again this appears to be consistent with the Tribunal's thinking, that the duty to act reasonably and in the utmost good faith is not one-sided. For their part the Maori people have undertaken a duty of loyalty to the Queen, full acceptance of her Government through her responsible Ministers and reasonable co-operation. [My emphasis.]

Thus while the interpretation of agreements entered into with the Aboriginals in circumstances such as those which prevailed in 1975 must be generous, it must also be realistic, reflect a reasonable analysis of the intention and interests of all the parties who signed it and take into account the historical and legal context out of which it developed. To seek ambiguities at all costs—and there will always be room for this in documents of such magnitude—and to interpret any ambiguity systematically in favour of the Aboriginal parties, would be to invite those parties to use the vaguest possible terms in the hope that they might then apply to the courts and the certainty that, by so doing, they would gain more than the actual fruit of the negotiations. This sort of approach would distort the entire process of negotiating treaties, and the result would be that the courts, on the pretext of interpreting the terms of the compromise reached, would renegotiate that compromise for the benefit of the Aboriginal parties and to the detriment of the governments which, it must be recalled, are accountable to the public as a whole and not only to the Aboriginals. In all fairness to all the contracting parties, how could a court, faced with such an important compromise as that set out in the Agreement, claiming to find ambiguity, put the "concessions" made by the Aboriginals back on the table without also putting the benefits they have obtained back on the table as well?

When it is modern treaties that are at stake, the Aboriginal party must now, too, be bound by the

Les propos qui précèdent s'assimilent à l'acceptation des prétentions des requérants selon lesquelles la relation entre les parties au Traité crée des obligations analogues aux obligations fiduciaires. À mon sens, les avocats ont à bon droit soutenu que l'obligation de la Couronne n'est pas simplement passive, mais elle comprend, dans la mesure du possible, la protection active du peuple Maori lorsqu'il utilise ses terres et ses eaux. Certains passages des recueils de Te Atiawa, Manukau et Te Reo Maori du tribunal Waitangi, qui soutiennent cette proposition, sont sans aucun doute bien fondés. À mon avis, il ressort implicitement de cette proposition que, comme d'habitude, le terme «possible» signifie «raisonnablement possible». Il convient d'ajouter, et cela aussi paraît être conforme à l'opinion du tribunal, que l'obligation d'agir raisonnablement et en toute bonne foi n'est pas exclusive à la Couronne. Pour sa part, le peuple Maori a assumé, envers la Reine, l'obligation d'être loyal, d'accepter pleinement son Gouvernement représenté par ses ministres responsables, et de coopérer raisonnablement. [Mes soulignements.]

Même généreuse, donc, l'interprétation des ententes conclues avec les Autochtones dans des circonstances comme celles qui prévalaient en 1975 doit être réaliste, refléter une analyse raisonnable de l'intention et des intérêts de toutes les parties signataires et tenir compte du contexte historique et juridique qui leur a donné naissance. Chercher à tout prix des ambiguïtés—il y en aura toujours dans des documents d'une telle ampleur—et interpréter systématiquement toute ambiguïté en faveur des parties autochtones, serait inviter celles-ci à utiliser les termes les plus vagues possibles avec l'espoir qu'elles puissent ensuite s'adresser aux tribunaux et la certitude que, ce faisant, elles obtiendraient davantage que les fruits réels de la négociation. Une telle approche fausserait tout le processus de la négociation des traités et amènerait les tribunaux, sous le couvert d'une interprétation des termes du compromis atteint, à renégocier ce compromis au profit des parties autochtones et au détriment des gouvernements qui, est-il nécessaire de le rappeler, sont redevables à toute la population et pas seulement aux Autochtones. En toute équité à l'égard de toutes les parties contractantes, comment un tribunal, en présence d'un compromis aussi important que celui qu'exprime la Convention, pourrait-il, sous prétexte d'ambiguïté, remettre en question les «concessions» faites par les Autochtones sans également remettre en question les avantages par eux obtenus?

Lorsqu'il y va de traités modernes, la partie autochtone doit être désormais tenue, elle aussi, à la

informed commitment that it is now in a position to make. No serious and lasting political compromise or business agreement can be entered into in an atmosphere of distrust and uncertainty. Thus La Forest J. stated in *Mitchell*:

I think it safe to say that businessmen place a great premium on certainty in their commercial dealings, and that, accordingly, the greatest possible incentive to do business with Indians would be the knowledge that business may be conducted with them on exactly the same basis as with any other person. Any special considerations, extraordinary protections or exemptions that Indians bring with them to the market-place introduce complications and would seem guaranteed to frighten off potential business partners. [*Supra*, footnote 6 at page 147.]

I also think it safe to say that it is in the interests of the Aboriginals themselves to interpret the agreements which they sign today in such a way that the other signing parties will not feel themselves at the mercy of constant attempts to renegotiate in the courts.

Question 1: Is the Eastmain 1 project part of Le Complexe La Grande (1975) such that it is not, by virtue of the provisions of paragraph 8.1.2 of the Agreement, subject to the environmental regime established in section 22 of the Agreement? (cross appeal)

The Motions Judge concluded that the Project is part of the Complexe and that, by virtue of the provisions of paragraph 8.1.2,<sup>7</sup> it is not subject to the regime. This Court is not bound in all respects by this

<sup>7</sup> 8.1.2 *Le Complexe La Grande (1975)*

La Société d'énergie de la Baie James and Hydro-Québec may construct, operate and maintain Le Complexe La Grande (1975) substantially as described herein, in whole or in part, with or without LA 1 and EM 1, at their option.

The components of Le Complexe La Grande (1975) which are constructed shall substantially conform to and be those components contemplated by the Description Technique—Le Complexe La Grande (1975) dated October 20, 1975 attached hereto as Schedule 1 of this Section of the Agreement.

The parties to the Agreement acknowledge that the Le Complexe La Grande (1975) is already under construction and therefore shall not be subject to the environmental regime established by the Agreement and further agree not to take any actions whatsoever which would prevent the construction of the said complex.

parole éclairée qu'elle est maintenant en mesure de donner. Il n'est pas de compromis politique ou d'entente commerciale sérieuse et durable qui puisse se faire sous le signe de la méfiance et de l'incertitude.

a Ainsi que le disait le juge La Forest dans *Mitchell*:

Je ne pense pas me tromper en affirmant que les gens d'affaires accordent beaucoup d'importance à l'élément de certitude dans leurs opérations commerciales et que, par conséquent, ce qui les inciterait le plus à faire affaires avec les Indiens serait de savoir que les affaires peuvent se dérouler avec eux de la même façon qu'avec toute autre personne. Toutes considérations spéciales, protections ou exemptions extraordinaires que les Indiens apportent avec eux sur le marché suscitent des complications et sembleraient à coup sûr éloigner des partenaires commerciaux éventuels. [*Supra*, note 6, à la page 147.]

c

Je ne pense pas, non plus, me tromper en affirmant qu'il est dans l'intérêt des Autochtones eux-mêmes d'interpréter les conventions qu'ils signent aujourd'hui de telle manière que les autres signataires ne se sentiront pas à la merci de tentatives perpétuelles de renégociation par le biais des tribunaux.

d

Question 1: Le projet Eastmain 1 fait-il partie du complexe La Grande (1975) de telle façon qu'il n'est pas, en raison des dispositions de l'alinéa 8.1.2 de la Convention, assujéti au régime d'environnement prévu au chapitre 22 de la Convention? (contre-appel)

f

Le juge des requêtes a conclu que le Projet fait partie du Complexe et que, de par les dispositions de l'alinéa 8.1.2<sup>7</sup>, il n'est pas assujéti au régime. Cette Cour n'est pas liée à tous égards par cette conclusion

<sup>7</sup> 8.1.2 *Le complexe La Grande (1975)*

La Société d'énergie de la Baie James et l'Hydro-Québec peuvent construire, exploiter et entretenir le complexe La Grande (1975) substantiellement comme il est décrit ci-dessous, en tout ou en partie, avec ou sans LA 1 et EM 1, à leur gré.

Les éléments du complexe La Grande (1975) qui sont ou seront construits doivent ou devront être substantiellement conformes aux éléments visés dans la Description technique—Le Complexe La Grande (1975), du 20 octobre 1975, jointe à l'annexe 1 qui fait partie intégrante du présent chapitre de la Convention.

Les parties à la Convention reconnaissent que le complexe La Grande (1975) est déjà en cours de construction et n'est donc pas assujéti au régime d'environnement établi par la Convention. Elles conviennent de plus de ne prendre aucune mesure de quelque sorte qui empêcherait la construction dudit complexe.

conclusion, which is of both fact and law, but I have no difficulty in adopting it.

From all appearances, the parties to the Agreement intended that the Complexe, construction of which was under way and might go on until at least December 31, 1996 (paragraph 25.1.13), would have a unique status and would not be subject to the regime established by the Agreement. Clearly, their intention was to exempt both what was then built and what would be built over the years from that regime, to the extent, as regards future construction, that it was substantially consistent with the description of it given in Schedule 1 of section 8. I acknowledge that this was a very long term commitment, but the Aboriginal parties agreed to it with full knowledge of the facts, and agreed, in paragraph 8.9.1, to the fact that some of the potential impacts of the Complexe “cannot be determined at this time” and “that remedial measures shall need to be studied, planned and executed during the construction and operation period” of the Complexe. They had themselves, in paragraph 8.1.2, further agreed “not to take any actions whatsoever which would prevent the construction of the said complex.” Moreover, in subsection 8.17, “[i]n consideration of and subject to the benefits and undertakings” in their favour, they released Hydro-Québec “in respect to Le Complexe La Grande (1975) . . . of all claims, damages, inconvenience and impacts of whatever nature . . . that may be caused by the construction, maintenance and operation” of the Complexe. Their undertaking and long term release were in proportion to the favours granted to them, and they extended even to the maintenance and operation phases of the Complexe; this indicates the point to which the years did not matter to them.

The expressions used by the parties to the Agreement in section 8 and Schedule 1 of that section clearly indicate that the Project forms part of the Complexe. In fact, “EM-1” is mentioned in paragraph 8.1.2, which is entitled “*Le Complexe La Grande (1975)*”. The words “in whole or in part, with or without LA-1 and EM-1, at their option” are meaningless unless EM-1 is part of the Complexe. The “whole” or “part” includes EM-1, if Hydro-Québec so wishes and at whatever time Hydro-Québec may

qui en est une à la fois de fait et de droit, mais je n’ai aucune difficulté à la faire mienne.

Les parties à la Convention ont de toute évidence voulu que le Complexe, dont la construction était en cours et pouvait se poursuivre à tout le moins jusqu’au 31 décembre 1996 (alinéa 25.1.13), jouisse d’un statut particulier et échappe au régime établi par la Convention. Leur intention, clairement, était de soustraire à ce régime aussi bien ce qui était alors construit que ce qui le serait au fil des ans, dans la mesure, en ce qui concerne les constructions à venir, où celles-ci seraient substantiellement conformes à la description qui en était faite à l’annexe 1 du chapitre 8. C’était là, je le reconnais, un engagement à très long terme, mais les parties autochtones l’ont contracté en toute connaissance de cause, elles qui ont accepté, à l’alinéa 8.9.1, le fait que certaines des répercussions possibles liées au Complexe «ne peuvent être établies à l’heure actuelle» et «que des mesures de correction devront être étudiées, planifiées et exécutées pendant la construction et l’exploitation» du Complexe. Elles avaient elles-mêmes convenu, à l’alinéa 8.1.2, «de plus de ne prendre aucune mesure de quelque sorte qui empêcherait la construction dudit complexe». Par surcroît, à l’article 8.17, «[e]n considération et sous réserve des avantages et engagements» en leur faveur, elles ont libéré Hydro-Québec, «en ce qui concerne le complexe La Grande (1975), de toutes revendications, tous dommages, inconforts et répercussions de quelque nature . . . qui découlent de la construction, de l’entretien et de l’exploitation» du Complexe. Leur engagement et leur quittance à long terme étaient à la mesure des favours qui leur étaient accordées, et ils s’étendent même aux stades de l’entretien et de l’exploitation du Complexe, ce qui indique à quel point, pour elles, les années ne comptaient plus.

Les termes utilisés par les parties à la Convention au chapitre 8 et à l’annexe 1 de ce chapitre indiquent clairement que le Projet fait partie du Complexe. De fait, «EM-1» est mentionné à l’alinéa 8.1.2, dont le titre est «*Le complexe La Grande (1975)*». Les mots «en tout ou en partie, avec ou sans LA-1 et EM-1, à leur gré», n’ont de sens que si EM-1 fait partie du Complexe. Le «tout» ou la «partie» comprend EM-1, pour peu qu’Hydro-Québec le veuille et quel que soit le moment où Hydro-Québec le voudra, car les élé-

wish, because the components of the Complexe include those which "are constructed" both now and in future ("*sont ou seront construits*" in the French version of the Agreement), as well as those which "shall substantially conform" ("*doivent ou devront*" in the French version of the Agreement). This definition is undeniably both present and prospective.

There is more. In the area of hydro-electricity, the Agreement provides two types of hydroelectric developments: "Le Complexe La Grande (1975)" in paragraph 8.1.2, and "*Other Projects*" in paragraph 8.1.3.<sup>8</sup> These "*Other Projects*" are "future" projects. Two of them are "known": the N.B.R. Complex and Great Whale Complex. If EM-1, a known project, had been intended to be considered a future project, it would have had to be put in paragraph 8.1.3 rather than paragraph 8.1.2.

I further note that the expression "Complex" in paragraph 8.1.3 refers to hydro-electric powerplant development on several rivers and is not restricted to a single powerplant developed on a single river.

Subsection 8.18<sup>9</sup> refers to the "project and its components, as presently described in Schedule 1" (my emphasis). What do we find in Schedule 1? A title,

<sup>8</sup> 8.1.3 *Other Projects*

It is recognized that there exists a possibility of future hydroelectric developments in the Territory. Studies are being carried out in relation to the N.B.R. Complex dealing with the development of the Nottaway, Broadback and Rupert Rivers hereinafter referred to as the N.B.R. Complex and in relation to the Great Whale Complex for the development of the Great Whale, Little Whale and Coast Rivers hereinafter referred to as the Great Whale Complex.

It is agreed that these known projects and any additions and/or substantial modifications to Le Complexe La Grande (1975), if built, shall be considered as future projects subject to the environmental regime only in respect to ecological impacts and that sociological factors or impacts shall not be grounds for the Crees and/or Inuit to oppose or prevent the said developments.

<sup>9</sup> 8.18 Application of Laws of Canada

Notwithstanding anything in this Section, the laws of Canada, from time to time in force, shall continue to apply to all development contemplated within the terms of this Section insofar as such laws are applicable to such development.

(Continued on next page)

ments du Complexe comprennent aussi bien ceux qui «sont» que ceux qui «seront» construits, et ceux qui «doivent» que ceux qui «devront être substantiellement conformes». Il s'agit, indiscutablement, d'une définition qui est à la fois actuelle et prospective.

Il y a davantage. En matière hydro-électrique, la Convention prévoit deux types d'aménagement hydroélectrique: «le complexe La Grande (1975)», à l'alinéa 8.1.2, et les «*autres projets*», à l'alinéa 8.1.3.<sup>8</sup> Ces «*autres projets*» sont des projets «futurs». Deux d'entre eux sont «connus»; il s'agit du complexe N.B.R. et du complexe Grande-Baleine. Si l'on avait voulu que EM-1, projet connu, soit considéré comme un projet futur, c'est à l'alinéa 8.1.3 qu'il eût fallu le placer, plutôt qu'à l'alinéa 8.1.2.

Je note de plus qu'à l'alinéa 8.1.3, l'expression «complexe» désigne l'aménagement de centrales hydro-électriques sur plusieurs rivières et n'est pas restreinte à une seule centrale aménagée sur une seule rivière.

L'article 8.18<sup>9</sup> réfère au «projet et ses éléments, tels que présentement décrits à l'annexe 1» (mon soulignement). Or, que trouve-t-on dans cette annexe 1?

<sup>8</sup> 8.1.3 *Autres projets*

Il est admis qu'il existe une possibilité d'aménagements hydro-électriques futurs dans le Territoire. Des études sont faites sur l'aménagement des rivières Nottaway, Broadback et Rupert, ci-après désigné sous le nom de complexe N.B.R., et sur l'aménagement de la Grande rivière de la Baleine, de la Petite rivière de la Baleine et de la rivière Coast, ci-après désigné sous le nom de complexe Grande Baleine.

Il est convenu que ces projets déjà connus et toute addition ou modification substantielle, ou les deux, au complexe La Grande (1975), s'ils sont construits, sont considérés comme des projets futurs assujettis au régime d'environnement uniquement en ce qui concerne leurs répercussions écologiques et que les Cris ou les Inuit, ou les deux, ne peuvent invoquer des facteurs ou répercussions sociologiques pour s'opposer auxdits aménagements ou les empêcher.

<sup>9</sup> 8.18 Application des lois du Canada

Nonobstant le contenu du présent chapitre, les lois du Canada en vigueur de temps à autre continuent de s'appliquer à tout développement visé aux dispositions du présent chapitre dans la mesure où ces lois s'appliquent audit développement.

(Suite à la page suivante)

which reads as follows: “Le Complexe La Grande (1975), Technical Description, October 20, 1975”. A category, entitled “*Other Powerplants*”, which necessarily deals with other powerplants in the Complexe, and which specifies that EM 1 is one “of further hydroelectric development projects on the rivers and tributaries of the La Grande Complexe”. A plate, Plate No. 2, headed “Map and Profiles, Complexe La Grande”, on which “Site EM-1” is drawn, with its dykes, and illustrating the [TRANSLATION] “longitudinal profile from LG-2 to EM-1 (Powerstation)” and its elevation (935 feet), and showing the [TRANSLATION] “contribution of the basins” of the Complexe, including the Eastmain basin (15,550 square miles). The Aboriginal parties made much of note 1, found at the bottom of the Plate, which reads as follows: [TRANSLATION] “The EM-1 and LA-1 powerstations are not part of Le Complexe La Grande and are only at the preliminary study stage”. This note does not have the significance attributed to it by the Aboriginal parties. It simply means, in my opinion, that on October 20, 1975 (the date of the description), no final decision had yet been made with respect to the construction of these powerstations in the context of Le Complexe La Grande (1975). I would further point out that note 3, which relates specifically to the elevation of EM-1, reads as follows: [TRANSLATION] “value subject to modification according to the results of detailed studies”, which confirms that detailed studies were then under way.

Paragraph 25.1.13, which deals with the terms of payment of the compensation to be paid to the Aboriginals and the schedule of payments, contains the words “Le Complexe La Grande (1975) exclusive of Laforge-1 (LA-1) and Eastmain-1 (EM-1)”. It seems to me that one only excludes something that would otherwise be included.

(Continued from previous page)

Canada acknowledges that the project and its components, as presently described in Schedule 1, are in substantial conformity with the requirements of applicable federal laws and regulations and consents to its construction in accordance with said description in so far as such consent is required.

Un titre, qui se lit comme suit: «Le complexe La Grande (1975), Description technique, 20 octobre 1975». Une catégorie, qui s’intitule «*Autres centrales*», qui vise nécessairement d’autres centrales du Complexe et qui précise que EM-1 est une parmi «d’autres centrales sur les rivières et affluents du complexe La Grande». Une planche, la Planche n° 2, coiffée du titre «Plan et profil d’aménagement, Complexe La Grande», où se trouve dessiné «le site EM-1», avec ses digues, où se trouve illustré «le profil en long de LG-2 à EM-1» avec indication du «site EM-1 (Centrale)» et de son degré d’élévation (935 pieds) et où la «contribution des bassins» du Complexe, dont le bassin Eastmain (15,550 milles carrés), est mentionnée. Les parties autochtones ont fait grand état de la note 1 que l’on retrouve au bas de la Planche et qui se lit ainsi: «les centrales EM-1 et LA-1 ne font pas partie du complexe La Grande et ne sont qu’à l’état d’étude préliminaire». Cette note n’a pas l’importance que lui prêtent les parties autochtones. Elle signifie simplement, à mon avis, qu’au 20 octobre 1975 (date de la description), aucune décision finale n’avait encore été prise relativement à leur construction dans le cadre du complexe La Grande (1975). Je remarque d’ailleurs que la note 3, qui vise expressément le niveau d’élévation de EM-1, se lit comme suit: «valeur sujette à modification selon les résultats des études détaillées», ce qui confirme que des études détaillées étaient dès lors en cours.

L’alinéa 25.1.13, qui traite des modalités de paiement de la compensation à être versée aux Autochtones et de l’échéancier, contient les mots «au complexe La Grande (1975), à l’exclusion de Laforge-1 (LA-1) et Eastmain-1 (EM-1)». On n’exclut, me semble-t-il, que ce qui serait par ailleurs inclus.

(Suite de la page précédente)

Le Canada reconnaît que le projet et ses éléments, tels que présentement décrits à l’annexe 1, sont substantiellement conformes aux exigences des lois et règlements fédéraux applicables et consent à sa construction en conformité avec cette description dans la mesure où ce consentement est nécessaire.

The Aboriginal parties pointed to some variations between the French and English versions of the Agreement, but none of them appeared to me to be significant.

Finally, and to counter the arguments of the Aboriginal parties to the effect that they could not in advance waive what they did not know—an argument which does not stand up in light of the passages examined above—Hydro-Québec introduced in evidence a map used in 1974 [TRANSLATION] “for the purposes of the discussions with the aboriginals” which bears the signature of an Aboriginal representative. This map describes the “EM-1 powerstation” with its “spillway”.

In short, the Motions Judge was correct in concluding that the EM-1 project was at that time considered to be an integral part of Le Complexe La Grande and that the technical description thereof was [at page 236] “as adequate and complete a technical description of the EM-1 Project as can be expected, considering that it was still under study.” The Project, as part of the Complexe, is therefore not subject to the regime established by the Agreement, subject, of course, to the answer to the following question.

Question 2: If the answer is yes, is the Project an “addition and/or substantial modification” to the Complexe such that it is, by virtue of the provisions of paragraph 8.1.3 of the Agreement, considered to be a future project and therefore subject to that environmental regime? (cross appeal)

However, the Aboriginal parties submit, if the Project is part of the Complexe, it is an “addition and/or substantial modification” to the Complexe and, by the operation of paragraph 8.1.3, it loses the exemption that it had earned under paragraph 8.1.2.

The Motions Judge said that he disagreed with this argument. This time, we have a finding of fact, which could only be challenged in this Court if it were shown that it was patently unreasonable. The Aboriginal parties have failed in this task. Hydro-Québec has clearly established that the essence of the Project announced in 1990 was the same as was contemplated in 1975. Meagre and terse though the 1975

Les parties autochtones ont noté quelques variantes entre les versions française et anglaise de la Convention, mais aucune ne m’est apparue significative.

Enfin, et pour contrecarrer les prétentions des parties autochtones à l’effet qu’elles ne pouvaient d’avance renoncer à ce qu’elles ne connaissaient pas—argument qui ne tient pas à la lumière des textes analysés plus haut—Hydro-Québec a déposé en preuve une carte utilisée en 1974 «aux fins des pourparlers avec les autochtones» et qui porte la signature d’un représentant autochtone. Cette carte décrit la «centrale EM-1» avec son «évacuateur de crue».

Bref, le juge de requêtes a eu raison de conclure que le projet EM-1 était alors considéré comme une partie intégrante du complexe La Grande et que la description technique qui en était faite était [à la page 236] «aussi suffisante et complète que l’on puisse attendre du projet EM-1, étant donné qu’il était encore à l’étude». Le Projet, en tant que partie du Complexe, n’est donc pas assujéti au régime établi par la Convention, sous réserve bien sûr de la réponse à la question qui suit.

Question 2: Dans l’affirmative, le Projet constitue-t-il une «addition ou modification substantielle» au Complexe de telle façon qu’il est, en raison des dispositions de l’alinéa 8.1.3 de la Convention, assimilé à un projet futur et par le fait même assujéti à ce régime d’environnement? (contre-appel)

Cependant, nous disent les parties autochtones, si le Projet fait partie du Complexe, il constitue une «addition ou modification substantielle» au Complexe et, par le jeu de l’alinéa 8.1.3, perd l’exemption qu’il s’était méritée à l’alinéa 8.1.2.

Le juge de requêtes s’est dit en désaccord avec cette prétention. Il s’agit, cette fois, d’une conclusion de fait, laquelle ne saurait être attaquée devant nous que s’il était démontré qu’elle est manifestement déraisonnable. Les parties autochtones ont failli à cette tâche. Hydro-Québec a clairement démontré que l’essentiel du Projet annoncé en 1990 correspondait à celui envisagé en 1975. Aussi mince et laconique

description of the Project being studied may have been, nonetheless this essential information was known and described. The changes made during the study to a number of dykes, the maximum retention level of the reservoir and the maximum marling could not be considered to be a “substantial modification” within the meaning of paragraph 8.1.3. By adopting the test of “substantial conformity”, the parties intended to take a realistic position in respect of the actual long-term construction of the components of the Complexe. The Complexe is to be constructed over a period of decades, and so it may also be adapted to new technologies, but still without the essence of the compromise reached in respect of it being altered.

The conclusion of the Motions Judge was based on the evidence. There is no ground for interfering.

Question 3: If the Project is subject to the environmental regime established by the Agreement, is the process placed under the responsibility of the federal Administrator inapplicable by virtue of the fact that it would be a project under provincial jurisdiction? (cross appeal)

The Court finds itself here in an unusual position, to say the least. This case was heard in the first instance at the same time as a motion in which the Aboriginal parties sought to have a writ of *mandamus* issued against the Federal Administrator for the Great Whale project. The Motions Judge allowed the motion on September 10, 1991 (*Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1992] 1 F.C. 440 (T.D.)) (the *Great Whale* case) and his decision was appealed. In the reasons for the decision which he rendered in the present case on October 2, 1991, the Motions Judge incorporated some of the reasons for his decision in the *Great Whale* case, with the result that in some respects, while this Court is not seized with the judgment in that case, it is seized with part of the reasoning which led to it.

In order to succeed in their cross appeal, the Aboriginal parties found it necessary, *inter alia*, to argue again before us the same thing they had successfully argued in the *Great Whale* case. Con-

qu’ait été la description en 1975 de ce Projet sous étude, il n’en reste pas moins que ces données essentielles étaient connues et décrites. Les changements apportés en cours d’étude au nombre de digues, au niveau maximal de retenue du réservoir et au marnage maximal, ne sauraient être considérés comme une «modification substantielle» au sens de l’alinéa 8.1.3. Les parties, en adoptant un critère de «conformité substantielle», ont voulu faire preuve de réalisme face à la réalisation effective, à long terme, des éléments du Complexe. La construction du Complexe s’échelonnant sur des dizaines d’années, elle peut ainsi être adaptée aux technologies nouvelles sans pour autant que soit dénaturée l’essence du compromis intervenu à son sujet.

La conclusion du juge de requêtes s’appuyait sur la preuve. Il n’y a pas matière à intervention.

Question 3: Dans l’hypothèse où le Projet est assujéti au régime d’environnement établi par la Convention, le processus mis sous la responsabilité de l’administrateur fédéral de ce régime est-il inapplicable du fait qu’il s’agirait d’un projet de compétence provinciale? (contre-appel)

La Cour se trouve ici dans une situation pour le moins inusitée. La présente affaire a été entendue en première instance en même temps qu’une requête dans laquelle les parties autochtones demandaient que soit émis un bref de *mandamus* contre l’administrateur fédéral dans le cadre du projet Grande-Baleine. Le juge de requêtes a accueilli la requête le 10 septembre 1991 (*Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1992] 1 C.F. 440 (1<sup>re</sup> inst.)) (le dossier Grande-Baleine) et sa décision a été portée en appel. Dans les motifs de la décision qu’il rendait dans cette affaire-ci le 2 octobre 1991, le juge de requêtes a incorporé certains des motifs de sa décision dans le dossier Grande-Baleine, avec le résultat qu’à certains égards la Cour, à défaut d’être ici saisie du jugement dans ce dossier, est saisie d’une partie du raisonnement qui y a conduit.

Pour réussir dans leur contre-appel, les parties autochtones ont dû, entre autres, plaider de nouveau devant nous ce qu’elles avaient plaidé avec succès dans le dossier Grande-Baleine. À l’inverse, l’appe-

versely, in order to have the cross appeal dismissed, Hydro-Québec and the Attorney General of Canada had to argue before us that the Motions Judge erred on September 10, 1991 in deciding that the Federal Administrator was required to inquire into a project under provincial jurisdiction.

Since I conclude on another point that the Project is not subject to the regime, I could dispense with answering this third question. However, in a case such as this where the outcome of one question depends on the answer given to the preceding question, it may be in the interest of the proper administration of justice to proceed as if that answer were wrong. The parties devoted considerable time and energy to debating this third question, which I could, strictly speaking, have decided to answer first. Accordingly, in the circumstances, I have decided to answer it.

At the outset, section 22, in paragraph 22.1.1 thereof, defines the word "Administrator":

22.1.1 "Administrator" shall mean:

- (i) In the case of matters respecting provincial jurisdiction, the Director of the Environmental Protection Service or his successor, or any person or persons authorized from time to time by the Lieutenant-Governor in Council to exercise functions described in this Section.
- (ii) In the case of matters involving federal jurisdiction, any person or persons authorized from time to time by the Governor in Council to exercise functions described in this Section.
- (iii) In the case of proposed development in Category 1, the Cree Local Government Administrator responsible for the protection of the environment.

In order properly to understand the role of these administrators, it will be useful to provide an outline of what happens when a proponent such as Hydro-Québec comes in with a project under provincial jurisdiction, in this case a hydro-electric development project which, under the terms of Schedule 1 itself, is automatically subject to the assessment procedure.

The assessment procedure established by the Agreement consists of three stages. In the first stage, the proponent submits to the Administrator (one or the other or both of them, or even the third . . . this is the question) the preliminary information concerning its proposed development (22.5.11). The Administrator transmits this information to the Evaluating Committee (22.5.12), which recommends the extent of

lant, Hydro-Québec et la procureure générale du Canada ont dû, pour faire rejeter le contre-appel, soutenir entre autres devant nous que le juge des requêtes a erré, le 10 septembre 1991, en décidant que l'administrateur fédéral était tenu d'enquêter sur un projet de compétence provinciale.

Puisque j'en arrive par ailleurs à la conclusion que le Projet n'est pas assujéti au régime, je pourrais me dispenser de répondre à cette troisième question. Cependant, dans un cas comme celui-ci où le sort d'une question dépend de la réponse donnée à la question qui précède, il peut être dans l'intérêt d'une saine administration de la justice de faire comme si cette réponse était erronée. Les parties ont consacré beaucoup de temps et d'énergie à débattre de cette troisième question, à laquelle j'aurais pu, à la rigueur, décider de répondre en premier lieu. Aussi, dans les circonstances, ai-je décidé d'y répondre.

Le chapitre 22, d'entrée de jeu, définit à l'alinéa 22.1.1 le mot «administrateur»:

22.1.1 «administrateur»,

- i) le directeur des services de protection de l'environnement ou son successeur ou toute (s) personne (s) autorisée (s) en tout temps par le lieutenant-gouverneur en conseil à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence provinciale,
- ii) toute (s) personnes (s) autorisée (s) en tout temps par le lieutenant-gouverneur en conseil à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence fédérale,
- iii) l'administrateur de l'Administration locale crie chargée de la protection de l'environnement, dans le cas de projets de développement dans les terres de la catégorie 1,

Il sera utile, pour bien comprendre le rôle de ces administrateurs, de donner un aperçu de ce qui se passe lorsqu'un promoteur tel Hydro-Québec s'amène avec un projet de compétence provinciale, en l'espèce un projet de développement hydro-électrique qui, de par les termes mêmes de l'annexe 1, est automatiquement soumis au processus d'évaluation.

Le processus d'évaluation établi par la Convention comporte trois étapes. Dans une première étape, le promoteur fournit à l'administrateur (l'un ou l'autre ou les deux ou même le troisième . . . c'est là la question . . .) les renseignements préliminaires concernant son projet (22.5.11). L'administrateur transmet ces renseignements au comité d'évaluation (22.5.12), lequel fait des recommandations concernant la portée

impact assessment and whether or not a preliminary and/or a final impact statement should be done (22.5.14). Armed with these recommendations, the Administrator alone decides whether to do an assessment and review (22.5.4, 22.5.14) and, where necessary, gives instructions or makes the appropriate recommendations to the proponent (22.5.4, 22.5.16). The proponent then prepares, in conformity with Schedule 3, a statement of the environmental and social impacts (“impact statement”), “especially those on the Cree populations potentially affected” (22.6.8). This report must provide considerable detail as to the impact of the project on, *inter alia*, land and water vegetation and fauna, harvesting of wild life resources and social conditions, and must “equally consider their ecological relationships, their interaction, and when appropriate, their scarcity, sensitivity, productivity, variety, evolution, location, etc.”

Then the second stage begins. The proponent submits its impact statement to the Administrator, who transmits it forthwith “to the [provincial] Review Committee or the [federal] Review Panel” (22.6.10), which transmits (or transmit, this again being the question) it in turn to the Cree Regional Authority (22.6.11). The Authority may then “make representations to the Review Committee or the Review Panel” (22.6.12). On the basis of the said impact statement and other information before it, the Review Committee or the Review Panel shall recommend whether or not the development should proceed and, if so, under what terms and conditions (22.6.15). The decision of the Administrator is transmitted to the proponent (22.6.18), which is bound by that decision and shall give effect to it (22.6.19). If authorization is given, the proponent “shall before proceeding with the work obtained [*sic*] where applicable the necessary authorization or permits from responsible Government Departments and Services” (22.7.1).

There is still the third stage, which is a political one: “the Lieutenant-Governor in Council or Governor in Council may for cause authorize a develop-

de l'étude des répercussions et la nécessité pour le promoteur de faire un rapport préliminaire ou final ou les deux, sur les répercussions (22.5.14). Fort de ces recommandations, l'administrateur décide, seul, s'il faut procéder à l'évaluation et à l'examen (22.5.4, 22.5.14) et, le cas échéant, donne des instructions ou fait des recommandations en conséquence au promoteur (22.5.4, 22.5.16). Le promoteur prépare alors, en conformité avec l'annexe 3, un rapport des répercussions sur l'environnement et le milieu social («rapport des répercussions»), «et, plus particulièrement les répercussions sur les populations crie pouvant être touchées» (22.6.8). Ce rapport doit décrire avec force détails, «[en] ten[ant] compte de leurs rapports écologiques, de leur interaction et, s'il y a lieu, de leur rareté, fragilité, productivité, variété, évolution, emplacement, etc . . . », les répercussions du projet sur, notamment, la végétation et la faune terrestres et aquatiques, sur l'exploitation de la faune et sur le milieu social.

Commence alors la deuxième étape. Le promoteur soumet son rapport des répercussions à l'administrateur qui le transmet sans délai «au comité provincial d'examen ou au comité fédéral d'examen» (22.6.10), lequel (ou lesquels, c'est là, aussi, la question) le transmet à son tour à l'Administration régionale crie (22.6.11). Celle-ci peut alors «faire des représentations au comité provincial d'examen ou au comité fédéral d'examen» (22.6.12). «En se fondant sur ledit rapport des répercussions et sur les autres renseignements dont il dispose, le comité provincial d'examen ou le comité fédéral d'examen recommande d'autoriser ou de ne pas autoriser le développement, et le cas échéant, à quelles conditions» (22.6.13). Cette recommandation est transmise à l'administrateur (22.6.14), qui décide, seul, si le développement doit être autorisé et, le cas échéant, à quelles conditions (22.6.15). L'administrateur transmet sa décision au promoteur (22.6.18), lequel est lié par cette décision et doit y donner suite (22.6.19). Si l'autorisation est accordée, le promoteur «doit, avant d'entreprendre les travaux, obtenir s'il y a lieu les autorisations ou les permis nécessaires des ministères et services gouvernementaux responsables» (22.7.1).

Il reste une troisième étape, politique celle-là: «le lieutenant-gouverneur en conseil ou le gouverneur en conseil peut pour d'autres raisons autoriser un déve-

ment which has not been authorized pursuant to Sub-Section 22.6 or alter the terms and conditions established by the Administrator pursuant to Sub-Section 22.6" (22.7.2).

The issue before this Court is as follows. Relying on the decision rendered on this point in the *Great Whale* case, the Aboriginal parties argue that once a project under provincial jurisdiction has an environmental impact in an area under federal jurisdiction, both the Federal Administrator and the provincial Administrator have the power and duty to intervene and, ultimately, to block the project; that the proponent is required to submit the preliminary information concerning its proposed development and its impact statement to both the Federal Administrator and the provincial Administrator; that both the federal Review Panel and the provincial Review Committee are seized of the case and that both the Governor in Council and the Lieutenant-Governor in Council have the power to reverse the decision of the Administrator. The appellant, Hydro-Québec and the Attorney General of Canada contend, on the contrary, that the assessment procedure is not a parallel procedure, but is a single procedure, and that once the project falls under provincial jurisdiction (as opposed to under federal jurisdiction) it is the provincial side of the procedure which is set in motion, regardless of whether the project has an environmental impact in an area under federal jurisdiction, and that the federal Administrator, the federal Review Panel and the Governor in Council then have no active role to play.

Apart from the textual arguments which I shall discuss in greater detail later, the Aboriginal parties' position immediately runs up against two obstacles which appear to me to be insurmountable. The first is that section 22 covers any development project "which might affect the environment or people of the Territory" (22.1.4); by definition, therefore, any development project has implications in at least one area of federal jurisdiction, that is, Indians and lands reserved for the Indians (*Constitution Act, 1867*, subsection 91(24)), and almost certainly in an area of shared jurisdiction, that is, the environment. Furthermore, it is self-evident that any development project in Quebec will have an impact on areas of provincial

veloppement qui n'a pas été autorisé en vertu de l'article 22.6 ou modifier les conditions posées par l'administrateur en vertu de l'article 22.6» (22.7.2).

a

Le litige, devant nous, est le suivant. Les parties autochtones, s'appuyant sur la décision rendue sur ce point dans le dossier Grande-Baleine, prétendent que dès lors qu'un projet de compétence provinciale a des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale, l'administrateur fédéral, tout autant que l'administrateur provincial, se voit confier le pouvoir et le devoir d'intervenir et, à la limite, de bloquer le projet; que le promoteur se voit contraint de soumettre les renseignements préliminaires concernant son projet et son rapport des répercussions aussi bien à l'administrateur fédéral qu'à l'administrateur provincial; que le comité d'examen fédéral, tout autant que le comité d'examen provincial, se voit saisi du dossier et que le gouverneur en conseil, tout autant que le lieutenant-gouverneur en conseil, se voit investi du pouvoir de renverser la décision de l'administrateur. L'appelant, Hydro-Québec et la procureure générale du Canada soutiennent, au contraire, que le processus d'évaluation n'est pas un processus parallèle mais un processus unique et qu'à compter du moment où il s'agit d'un projet de compétence provinciale (par opposition à un projet de compétence fédérale), c'est le volet provincial du processus qui est déclenché, peu importe que le projet ait des retombées environnementales dans un domaine de compétence fédérale, et que l'administrateur fédéral, le comité fédéral d'examen et le gouverneur en conseil n'ont alors aucun rôle actif à jouer.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Outre des arguments de texte que je développerai plus loin, la thèse des parties autochtones se heurte au départ à deux obstacles qui m'apparaissent insurmontables. Le premier: le chapitre 22 vise tout projet de développement «pouvant toucher l'environnement ou les personnes du Territoire» (22.1.4); par définition, donc, tout projet de développement a des implications dans au moins un domaine de compétence fédérale, soit les Indiens et les terres réservées aux Indiens (*Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphe 91(24)), et, à peu près certainement, dans un domaine de compétence partagée, soit l'environnement. Il va de soi, par ailleurs, que tout projet de développement en territoire québécois aura des répercussions sur des

jurisdiction, such as natural resources (92A) [as enacted by the *Constitution Act, 1982*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44, s. 50], public lands, timber and wood (92(5)), local works and undertakings (92(10)) and matters of a purely local or private nature in the province (92(16)). The parties to the Agreement did not take so much care in distinguishing between the respective roles of each government only to arrive at a solution which gives each of them equal decision-making power over every project, and automatically creates an overlap and a total impasse, the moment one government authorizes a project and the other does not. What can be said of a proponent who would, under paragraph 22.6.19, be bound by two contradictory decisions and obliged to give effect to each of them, or who, under paragraph 22.7.2, would have to choose between an order given to it by the Governor in Council and an opposing order given to it by the Lieutenant-Governor in Council?

The second obstacle, which is an extension of the first, derives from the text of the Agreement itself. Section 22.6.7 provides as follows:

22.6.7 The Federal Government, the Provincial Government and the Cree Regional Authority may by mutual agreement combine the two (2) impact review bodies provided for in this Section and in particular paragraphs 22.6.1 and 22.6.4 provided that such combination shall be without prejudice to the rights and guarantees in favour of the Crees established by and in accordance with this Section.

Notwithstanding the above, a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdiction of both Quebec and Canada or unless such project is located in part in the Territory and in part elsewhere where an impact review process is required.

The intention of the parties, which could not be clearer, is to avert any overlap. The rule is one review. The exception is two parallel reviews, but only where “the project”, and not its consequences, falls within both jurisdictions (for example, a federal airport and provincial highway infrastructure), or where “the project” is partly outside the Agreement Territory. Even where parallel reviews are possible, the parties to the Agreement intended that it would be possible to “combine the two impact review bod-

domains de compétence provinciale, tels les ressources naturelles (92A [édicte par la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 44, art. 50]), les terres publiques, bois et forêts (92(5)), les travaux et entreprises d’une nature locale (92(10)) et les matières d’une nature purement locale ou privée dans la province (92(16)). Les parties à la Convention n’ont pas mis tant de soins à distinguer les rôles respectifs de chacun des gouvernements, pour en arriver à une solution qui donne à chacun d’eux un pouvoir égal de décision à l’égard de chaque projet et mène tout droit à un chevauchement systématique et à l’impasse totale pour peu qu’un gouvernement autorise un projet, et l’autre pas. Que dire du promoteur qui, de par l’alinéa 22.6.19, serait lié par deux décisions contradictoires et tenu de donner suite à chacune d’elles ou qui, de par l’alinéa 22.7.2, aurait à choisir entre l’ordre que lui donnerait le gouverneur en conseil et celui, à l’opposé, que lui donnerait le lieutenant-gouverneur en conseil?

Le second obstacle, qui se situe dans le prolongement du premier, vient du texte même de la Convention. L’alinéa 22.6.7 prescrit ce qui suit:

22.6.7 Le Canada, le Québec et l’Administration régionale crie peuvent, de consentement mutuel, fusionner les deux comités d’examen prévus au présent chapitre, et plus particulièrement aux alinéas 22.6.1 et 22.6.4, pourvu que cette fusion ne porte pas atteinte aux droits et aux garanties établis en faveur des Cris par le présent chapitre.

Nonobstant les dispositions précédentes, un projet ne peut être soumis à plus d’un processus d’évaluation et d’examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec ou à moins que le projet se trouve en partie dans le Territoire et en partie ailleurs où un processus d’évaluation et d’examen des répercussions est requis.

L’intention on ne peut plus claire des parties est d’éviter le chevauchement. La règle: un seul examen. L’exception: deux examens parallèles, mais seulement là où «le projet», et non pas ses conséquences, relève de l’une et l’autre compétences (par exemple, aéroport fédéral et infrastructure routière provinciale) ou encore là où «le projet» déborde le Territoire de la Convention. Et même en cas de possibilité d’examen parallèles, les parties à la Convention ont voulu qu’il soit possible de «fusionner les deux comités

ies”.<sup>10</sup> If we were to accept the position of the Aboriginal parties we would be making the exception into the rule.

There is no lack of textual arguments. The actual mandate of the various bodies is significant. “[M]atters of” (my emphasis) exclusive provincial, exclusive federal or mixed or joint federal and provincial “jurisdiction are . . . dealt with by” the Advisory Committee (22.3.4), and the right of the members appointed by Canada and the members appointed by Quebec to vote is simply taken away from them when the matter being dealt with is under exclusive provincial or federal jurisdiction, as the case may be.

“[D]evelopment projects of” (my emphasis) exclusive provincial, exclusive federal or mixed or joint federal and provincial jurisdiction “are . . . dealt with” by the Evaluating Committee (22.5.7). Here again, the right of the members appointed by Canada and the members appointed by Quebec to vote is simply taken away from them when the matter being dealt with is under the exclusive jurisdiction of the other level of government.

The mandate of the provincial Review Committee, which is made up of members appointed by Quebec and by the Aboriginals and has no members appointed by Canada, is to deal with “development projects . . . involving provincial jurisdiction” (my emphasis) (22.6.1). On the other hand, the mandate of the federal Review Panel, which is made up of members appointed by Canada and by the Aboriginals and has no members appointed by Quebec, is to deal with “development projects . . . involving Federal jurisdiction” (my emphasis) (22.6.4).

From all appearances, it is the nature of the matters in issue which determines the respective responsibilities of the federal and provincial members of the

<sup>10</sup> This is how I understand the first paragraph of paragraph 22.6.7, which is also careful not to permit the two Administrators to be “combined”. The committee and the panel, which are not decision-making bodies, may be combined if necessary, to avoid conducting two investigations at once, but each Administrator retains his or her decision-making power, which is to be expected, since the project in question is hypothetically within both federal and provincial jurisdiction.

d’examen»<sup>10</sup>. Retenir la thèse des parties autochtones ferait de l’exception, la règle.

*a* Les arguments de texte ne manquent pas. Le mandat même des différents organismes est significatif. Le Comité consultatif est «saisi de questions de compétence» (mon soulignement) (22.3.4) exclusivement provinciale, exclusivement fédérale ou mixte ou qui peuvent relever à la fois de compétences fédérale et provinciale, et le droit de vote des membres nommés par le Canada et par le Québec leur est tout simplement retiré lorsque la question débattue est de compétence exclusivement provinciale ou fédérale, selon le cas.

*b* Le comité d’évaluation, quant à lui, est «saisi de projets de développement» (mon soulignement) (22.5.7) qui peuvent être de compétence exclusivement provinciale, exclusivement fédérale, ou mixte, ou qui peuvent relever à la fois de compétences fédérale ou provinciale. Là aussi, les membres nommés par le Canada et par le Québec se voient privés de leur droit de vote lorsque le projet étudié est de la compétence exclusive de l’autre ordre de gouvernement.

*c* En ce qui concerne le comité provincial d’examen, composé de membres nommés par le Québec et par les Autochtones et d’aucun nommé par le Canada, il a mandat d’examiner les «projets de développement de compétence provinciale» (mon soulignement) (22.6.1). À l’inverse, le comité fédéral d’examen est composé de membres nommés par le Canada et par les Autochtones et d’aucun nommé par le Québec, et il a mandat d’examiner les «projets de développement qui relèvent de la compétence fédérale» (mon soulignement) (22.6.4).

*d* De toute évidence, c’est la nature des questions soulevées qui détermine les attributions respectives des membres canadiens et québécois du comité con-

<sup>10</sup> C’est ainsi que je comprends le premier paragraphe de l’alinéa 22.6.7, qui se garde bien, par ailleurs, de permettre la «fusion» des deux administrateurs. Les comités, instances non décisionnelles, peuvent à la rigueur être fusionnés, pour éviter de mener deux enquêtes à la fois, mais chaque administrateur conserve son pouvoir décisionnel, ce qui serait normal puisqu’il s’agirait par hypothèse d’un projet de compétences à la fois fédérale et provinciale.

Advisory Committee, it is the nature of the development project which determines the respective responsibilities of the federal and provincial members of the Evaluating Committee and it is the nature of the development project which determines which of the provincial Review Committee and the federal Review Panel will deal with the project.

Throughout subsection 22.6, which describes the procedure for review by the provincial Review Committee and the federal Review Panel, and paragraph 22.7.3, there are references to “the Review Committee or the Review Panel” (my emphasis) (22.6.10, 22.6.11, 22.6.12, 22.6.13, 22.6.14, 22.6.15, 22.6.17). Throughout section 22, the word “Administrator” is used in the singular, which is understandable because it is defined in paragraph 22.1.1 sometimes as one and sometimes as the other. Throughout the section, whether the issue is “a project description” (22.5.1), “preliminary information” (22.5.11), “a preliminary and/or final impact statement” (22.5.14, Schedule 3), or an “impact statement” (22.6.8, 22.6.10, 22.6.11, 22.6.13, 22.6.15, Schedule 3), the singular is used. In no case is it suggested that the proponent submit more than one report or that it submit the same report to each Administrator, or that it submit a separate report to each of them. Moreover, Schedule 3, which describes the “contents of an environmental and social impact statement”, requires that the proponent state all the impacts, regardless, therefore, of whether they involve the jurisdiction of one government rather than of another.

The Motions Judge in *Great Whale* relied, at page 455, on subsection 33(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that “[w]ords in the singular include the plural, and words in the plural include the singular.” With respect, I do not believe that this Act applies to the Agreement, which is not an “enactment”, that is, “an Act or regulation” within the meaning of subsections 3(1) and 2(1) of the Act.<sup>11</sup> As I explained earlier, the Agreement did have legislative effect, by virtue of being enacted by the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, *supra*, to the extent that the Federal Court may take jurisdiction, but it is nonetheless not an “Act” within the meaning of the *Interpretation*

<sup>11</sup> The result would be the same if we were to apply the *Quebec Interpretation Act*, R.S.Q. 1977, c. I-16, s. 54.

sultatif, c’est la nature du projet de développement qui détermine les attributions respectives des membres canadiens et québécois du comité d’évaluation et c’est aussi la nature du projet de développement qui détermine lequel, du comité provincial d’examen ou du comité fédéral d’examen, entreprend l’examen du projet.

Tout au long de l’article 22.6, qui décrit le processus d’examen par les comités provincial et fédéral d’examen, ainsi qu’à l’alinéa 22.7.3, référence est faite au «comité provincial d’examen ou [au] comité fédéral d’examen» (mon soulignement) (22.6.10, 22.6.11, 22.6.12, 22.6.13, 22.6.14, 22.6.15, 22.6.17). Tout au long du chapitre 22, le mot «administrateur» est employé au singulier, ce qui se comprend car il est défini à l’alinéa 22.1.1 tantôt comme l’un, tantôt comme l’autre. Tout au long du chapitre, qu’il s’agisse d’«une description du projet» (22.5.1), de «renseignements préliminaires» (22.5.11), de «rapport préliminaire ou final» (22.5.14, annexe 3) ou de «rapport des répercussions» (22.6.8, 22.6.10, 22.6.11, 22.6.13, 22.6.15, annexe 3), c’est le singulier qui est employé. En aucun cas n’est-il suggéré que le promoteur soumette plus d’un rapport ou qu’il soumette le même rapport à chacun des administrateurs ou qu’il soumette un rapport distinct à chacun d’eux. Qui plus est, l’annexe 3, qui décrit le «contenu d’un rapport des répercussions», exige du promoteur qu’il fasse état de toutes les répercussions, peu importe, donc, qu’elles affectent la compétence d’un gouvernement plutôt que d’un autre.

Le juge de requêtes s’est appuyé, dans le dossier Grande-Baleine, à la page 455, sur le paragraphe 33(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui prévoit que «[le] pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité». Je ne crois pas, avec égards, que cette loi soit applicable à la Convention qui n’est pas un «texte», i.e. «une loi ou un règlement» au sens des paragraphes 3(1) et 2(1) de la Loi<sup>11</sup>. Comme je l’ai expliqué plus haut, la Convention a certes un effet législatif du fait de son adoption par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, *supra*, au point d’asseoir la compétence de la Cour fédérale, mais elle n’en est pas pour autant

<sup>11</sup> Le résultat serait le même si l’on voulait appliquer la *Loi d’interprétation* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. I-16, art. 54.

Act. In any event, the rule of singularity and plurality is a guide which is to be used only where the context so permits (see P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1991, at page 68). In this case, the context does not allow a singular to be given plural meaning; it is neither conceivable nor realistic to read, each time we see the word "Administrator" in section 22, the words "provincial Administrator", "federal Administrator" and "Aboriginal Administrator".

Moreover, section 22 imposes specific time limits in the case of a "development[t] being carried out by or on behalf of Federal Government departments or agencies" (22.5.16, 22.6.12, 22.6.14), and this indicates that the duties and powers of the Federal Administrator, in paragraphs 22.5.16 and 22.6.12, and of the federal Review Panel, in paragraph 22.6.14, are not on all fours with those of the provincial Administrator and those of the provincial Review Committee, and reinforces the theory that there are two reviews which are mutually exclusive.

In short, despite some insignificant minor differences between the English and French versions and some clumsiness in the use of certain words, including "jurisdiction", which is put to all-purpose service, the textual arguments also militate in favour of holding a single review of the Eastmain 1 project, which is under provincial jurisdiction, and of this review being conducted by the provincial Review Committee and the ultimate decision being made by the provincial Administrator or, if need be, by the Lieutenant-Governor in Council of Quebec. When paragraph 22.1.1 ii), which defines "federal Administrator", provides that "in the case of matters involving federal jurisdiction" that Administrator exercises "functions described in this Section", it is referring, somewhat clumsily, to the functions assigned to the Administrator in the Section which, by necessity, relate to either matters involving federal jurisdiction which are referred to the Advisory Committee or projects under federal jurisdiction which are referred to the Evaluating Committee and the federal Review Panel. The Aboriginal parties are ill-advised to dispute today what they had themselves contributed to creating in 1975.

une «loi» au sens de la *Loi d'interprétation*. Quoi qu'il en soit, la règle de l'unité et de la pluralité est un guide qui ne sert que là où le contexte le permet (voir P. A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 1990 à la p. 75). En l'espèce, le contexte ne permet pas d'attribuer au singulier valeur de pluriel; il n'est ni pensable ni réaliste de lire, chaque fois qu'on voit le mot «administrateur» au chapitre 22, les mots «administrateur provincial», «administrateur fédéral» et «administrateur autochtone».

Par surcroît, le chapitre 22 impose des délais particuliers lorsqu'il s'agit d'un «développement mis en œuvre par les organismes ou les ministères fédéraux ou en leur nom» (22.5.16, 22.6.12, 22.6.14), ce qui indique que les obligations et pouvoirs de l'administrateur fédéral, aux alinéas 22.5.16 et 22.6.12, et du comité fédéral d'examen, à l'alinéa 22.6.14, ne sont pas en tous points semblables à ceux de l'administrateur provincial et à ceux du comité provincial d'examen et ce qui renforce la théorie qu'il s'agit de deux examens qui s'excluent l'un l'autre.

Bref, les arguments de texte, en dépit de quelques nuances non significatives entre les versions anglaise et française et de quelques maladresses dans l'emploi de certains mots, dont «compétence», qui est utilisé à toutes les sauces, militent eux aussi en faveur de la tenue d'un seul examen du projet de compétence provinciale Eastmain 1, en faveur de la tenue de cet examen par le comité provincial d'examen et en faveur de la prise de décision ultime par l'administrateur provincial ou, à la rigueur, par le lieutenant-gouverneur en conseil du Québec. Lorsque l'alinéa 22.1.1. ii) qui définit «administrateur fédéral», prescrit que celui-ci exerce «les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence fédérale», il réfère, un peu maladroitement, aux fonctions que lui attribue le chapitre et qui, de toute nécessité, ont trait ou bien aux questions de compétence fédérale qui sont soumises au comité consultatif ou bien aux projets de compétence fédérale qui sont soumis au comité d'évaluation et au comité fédéral d'examen. Les parties autochtones sont malvenues à remettre en question aujourd'hui ce qu'elles avaient elles-mêmes contribué à mettre sur pied en 1975.

I therefore conclude that the Federal Administrator does not exercise functions with respect to a development project such as the Eastmain 1 hydro-electric project, which is a project under provincial jurisdiction.

I would hasten to note that this conclusion does not prejudice the Aboriginals. They are a party to the procedure, whether it be federal or provincial, and may make their concerns known, where necessary, while participating in the complete study of the impact of a project, as members of the Evaluating Committee and the Review Committee or Review Panel. On this point I note that paragraph 22.5.7 is careful to ensure that the Aboriginals have half of the votes on the Evaluating Committee, regardless of the nature of the project being considered, and that paragraphs 22.5.8 and 22.5.9 provide that every two years the Aboriginals will have the deciding vote where the votes are equally divided.

Question 4: Could the Guidelines Order be applied to the Project? (appeal)

In answering this question in the affirmative, the Motions Judge merely referred to subsection 8.18 of the Agreement (*supra*, footnote 9) and deduced from it that [at page 238] “[t]his section appears to permit the application of subsequently-enacted law, such as the . . . Order, to all developments contemplated under s. 8 of the JBNQ Agreement.”

I do not share this opinion. It is still necessary, in fact, under the provisions of subsection 8.18 itself, that subsequent law be applicable to the development, and it is still necessary that such subsequent law meet the requirements of paragraph 22.2.3, which reads as follows:

22.2.3 All applicable federal and provincial laws of general application respecting environmental and social protection shall apply in the Territory to the extent that they are not inconsistent with the provisions of the Agreement and in particular of this Section. [My emphasis.]

The Agreement makes detailed and exhaustive provision for the nature and extent of the environmental studies to which the parties agreed that devel-

J’en arrive donc à la conclusion que l’administrateur fédéral n’exerce pas de fonctions à l’égard d’un projet de développement, tel le projet hydro-électrique Eastmain 1, qui est un projet de compétence provinciale.

Cette conclusion, je m’empresse de le préciser, ne cause aucun préjudice aux Autochtones. Ces derniers, en effet, sont partie au processus, que ce dernier soit fédéral ou qu’il soit provincial, et peuvent, le cas échéant, veiller à faire connaître leurs préoccupations tout en participant, au sein du comité d’évaluation et au sein du comité d’examen, à l’étude complète des répercussions d’un projet. Je note à cet égard que l’alinéa 22.5.7 prend bien soin de s’assurer que les autochtones posséderont la moitié des droits de vote au sein du comité d’évaluation quelle que soit la nature du projet considéré, et que les alinéas 22.5.8 et 22.5.9 font en sorte que les autochtones, une année sur deux, ont une voix prépondérante en cas d’égalité.

Question 4: Le Décret sur les lignes directrices pourrait-il être appliqué au Projet? (appel)

Pour répondre par l’affirmative à cette question, le juge des requêtes s’est contenté de se référer à l’article 8.18 de la Convention (*supra*, note 9) et d’en déduire que [à la page 238] «[c]et article semble permettre l’application d’une loi promulguée ultérieurement, savoir le Décret . . . , à tous les développements envisagés par l’article 8 de la Convention».

Je ne suis pas de cet avis. Encore faut-il, en effet, selon les termes mêmes de l’article 8.18, que la loi ultérieure puisse s’appliquer au développement, et encore faut-il que cette loi ultérieure réponde aux exigences de l’alinéa 22.2.3, qui se lit comme suit:

22.2.3 Toutes les lois fédérales et provinciales applicables qui sont d’application générale concernant la protection de l’environnement et du milieu social s’appliquent dans le Territoire, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la Convention et, en particulier, du présent chapitre. [Mes soulignements.]

La Convention prévoit de façon détaillée et exhaustive la portée et la nature des études environnementales auxquelles les parties ont convenu de

opment projects undertaken in Agreement Territory would be subject. The regime that was established represents the expression of the specific consensus reached by the parties, and the parties expressly intended that one Complexe, Le Complexe La Grande (1975), would be exempt from the application of this regime, just as they intended, in subsection 2.5, that the provincial and federal legislation which was to give effect to the Agreement would both provide that where other legislation is inconsistent with the provisions of the Agreement, the Agreement will prevail.

In the context of this consensus, the Government of Canada formally authorized the construction of the Complexe, in the second paragraph of subsection 8.18 of the Agreement, and gave legislative confirmation of this consent by adopting the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, *supra*. In my opinion, this is an irrevocable consent to the construction of the Complexe, with the result that the Order does not apply, since under the terms of section 3 of the Order itself it provides that the environmental assessment procedure shall take place “before irrevocable decisions are taken”. Since the irrevocable decision was taken in 1975, the Order, which was adopted in 1984, cannot apply. The Order cannot apply retroactively to decisions validly made by the Government of Canada and confirmed by Parliament prior to its coming into force.

I conclude that the Order does not apply to the Project.

Question 5: If the answer is yes, have the conditions in which the Order is triggered been fulfilled in the case at bar with respect to one or all of the Ministers? (appeal)

As I did in the case of question 3, I have decided to answer this question even though it is not strictly necessary to do so.

In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 (*Oldman River*), the Supreme Court, and in *Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment)*, [1992] 3 F.C. 316 (C.A.) (*Carrier-Sekani*), this Court examined in great detail the circumstances in which

soumettre les projets de développement entrepris en territoire conventionné. Le régime mis en place représente l'expression du consensus particulier intervenu entre les parties, et les parties ont expressément voulu qu'un complexe, le complexe La Grande (1975), échappe à l'application de ce régime, tout comme elles ont voulu, à l'article 2.5, que les lois provinciale et fédérale qui allaient mettre en vigueur la Convention stipulent l'une et l'autre que les lois incompatibles avec les dispositions de la Convention devront lui céder le pas.

Or, dans le cadre de ce consensus, le gouvernement du Canada, au second paragraphe de l'article 8.18 de la Convention, a formellement autorisé la construction du Complexe et il a confirmé législativement ce consentement en adoptant la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, *supra*. Il y a là, à mon avis, consentement irrévocable à la construction du Complexe, ce qui exclut l'application du Décret puisque celui-ci, de par les termes mêmes de son article 3, prescrit que le processus d'évaluation environnementale ait lieu «avant de prendre des décisions irrévocables». La décision irrévocable ayant été prise en 1975, le Décret, adopté en 1984, ne saurait trouver application. Le Décret ne peut s'appliquer rétroactivement à des décisions valablement prises par le gouvernement du Canada et confirmées par le Parlement antérieurement à son entrée en vigueur.

Je conclus que le Décret est inapplicable au Projet.

Question 5: Dans l'affirmative, les conditions de déclenchement du Décret sont-elles en l'espèce réalisées à l'égard de l'un ou de chacun des ministres? (appel)

Tout comme en ce qui a trait à la question 3, j'ai décidé de répondre à cette question même si cela n'était pas strictement nécessaire.

La Cour suprême, dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 (*Oldman River*) et cette Cour, dans *Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1992] 3 C.F. 316 (C.A.), ont examiné avec force détails les conditions de

the Order is triggered, and I do not intend to go into this debate again. I take from these two decisions and from my analysis of the Order that the environment is not the prerogative of one level of government alone, and that it is not open to the federal government systematically to interfere in a project that falls within provincial jurisdiction on the pretext of environmental concerns. The Order is not routinely triggered; on the contrary, when it is, it results in the implementation of a complex administrative scheme which should not be used lightly. The review process is ancillary and preliminary to the making of a decision by an initiating Minister. It should be instigated against a business or activity only where carrying out the project is subject to the proponent obtaining prior authorization from a federal Minister who has the power and duty to give or refuse permission, or to impose conditions for carrying out the project. This power and duty must be based on a federal statute or on another affirmative federal duty.

The Aboriginal parties submit that in this case the Minister of Indian Affairs and Northern Development, the Minister of the Environment, the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of Transport must give their consent before Hydro-Québec may carry out the Project. The Motions Judge found for the Aboriginal parties, but his judgment was rendered before the two decisions referred to above, which laid down different guidelines from those which he followed. I would note that the evidence on which we are deciding this case is the very same as was before the Motions Judge, with the result that the Aboriginal parties perhaps had not presented all the evidence at trial that they would have presented if they had known of the changes which would be made in this respect by the decisions in *Oldman River* and *Carrier-Sekani*.

The Minister of Indian Affairs and Northern Development

While the federal Government owes a fiduciary duty to the Aboriginals, one of the essential conditions for the Order to apply is missing: there is no federal law or other affirmative duty which imposes an obligation on the Minister of Indian Affairs and Northern Development to make a decision with

déclenchement du Décret et je n'ai pas l'intention de reprendre le débat. Je retiens de ces deux arrêts et de l'analyse que je fais du Décret que l'environnement n'est pas l'apanage d'un seul ordre de gouvernement et que le gouvernement fédéral n'a pas le loisir absolu de s'immiscer dans un projet de compétence provinciale sous le couvert de préoccupations environnementales. Le déclenchement du Décret n'est pas affaire de routine et entraîne au contraire la mise en place d'un important mécanisme administratif qu'on ne doit pas utiliser à la légère. Le processus d'examen est accessoire et préalable à une prise de décision par un ministre responsable. Il ne doit être actionné à l'égard d'une entreprise ou d'une activité que lorsque la mise en œuvre de celle-ci est sujette à l'obtention préalable, par le promoteur, de l'autorisation d'un ministre fédéral investi du pouvoir et de l'obligation de donner ou de refuser la permission, ou d'imposer des conditions de mise en œuvre. Ce pouvoir et cette obligation doivent s'appuyer sur une loi fédérale ou sur une autre obligation positive fédérale.

Les parties autochtones soumettent qu'en l'espèce, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Transports doivent donner leur consentement avant qu'Hydro-Québec puisse procéder à la réalisation du Projet. Le juge des requêtes leur a donné raison, mais son jugement a été rendu avant les deux arrêts précités, lesquels ont établi des balises différentes de celles sur lesquelles il s'était aligné. Je précise que la preuve sur laquelle nous jugeons ce dossier est celle-là même qui était devant le juge des requêtes, avec le résultat que les parties autochtones n'avaient peut-être pas fait, en première instance, toute la preuve qu'elles auraient faite si elles avaient su les changements qu'apporteraient à cet égard les arrêts *Oldman River* et *Carrier-Sekani*.

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien

Bien que le gouvernement fédéral soit tributaire d'une obligation de nature fiduciaire envers les autochtones, l'une des conditions essentielles d'application du Décret fait défaut: aucune loi ou autre obligation positive fédérale n'impose au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de prendre

respect to the carrying out of the Project. The mere possibility of environmental impact on matters relating to Indians and lands reserved for the Indians (subsection 91(24), *Constitution Act, 1867*) is not sufficient for the Order to apply.

This argument had been made before the Supreme Court in *Oldman River*. Because the Supreme Court did not deal with it, I assume that it did not accept it. In any event, I do not accept it. The interest of a Minister, or even of a government, is not sufficient to trigger application of the Order.

#### The Minister of the Environment

Similarly, the general responsibilities of the Minister of the Environment for environmental issues cannot alone trigger application of the Order or make the Minister the "initiating minister" within the meaning of the Order. That Minister has no independent decision-making power over the carrying out of the Project. In fact, he would play no role in this case unless the Order applied. Thus, La Forest J. noted in *Oldman River*, "[i]t cannot have been intended that the *Guidelines Order* would be invoked every time there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction" (at page 47).

#### The Minister of Fisheries and Oceans

The Supreme Court of Canada held in *Oldman River* that the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, did not operate to trigger application of the Order. It is true, as the Aboriginal parties contend, that the Supreme Court seemed to be giving more consideration to subsection 35(1) than to subsection 35(2) of the Act when it concluded, at page 48, that there is no regulatory scheme under that Act which is applicable to the Project. However, we cannot assume that it did not also base its decision on subsection 35(2). I do not believe that it is then for this Court to decide that the Supreme Court did not decide what it appears to have decided.

In any event, even if there were an affirmative duty under subsection 35(2) to regulate, it is not certain that section 35 applies in this case, and even if it did

une décision à l'égard de la mise en œuvre du Projet. La simple éventualité de répercussions environnementales sur des questions relatives aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées (paragraphe 21(14), *Loi constitutionnelle de 1867*) ne suffit pas à entraîner l'application du Décret.

Cet argument avait été proposé à la Cour suprême dans *Oldman River*. Comme la Cour suprême n'en a pas disposé, je suppose qu'elle ne l'a pas retenu. Quoi qu'il en soit, je ne le retiens pas. L'intérêt d'un ministre, voire d'un gouvernement, ne suffit pas à déclencher l'application du Décret.

#### Le ministre de l'Environnement

De même, les responsabilités générales du ministre de l'Environnement à l'endroit des questions environnementales ne sauraient à elles seules déclencher l'application du Décret ni en faire le «ministre responsable» au sens du Décret. Ce ministre n'exerce aucun pouvoir décisionnel indépendant à l'égard de la mise en œuvre du Projet. En fait, il ne jouerait un rôle en l'espèce que si le Décret s'appliquait. Ainsi que le soulignait le juge La Forest dans *Oldman River*, «[o]n n'a pas pu vouloir que le *Décret sur les lignes directrices* soit invoqué chaque fois qu'il existe certaines possibilités de répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale» (à la page 47).

#### Le ministre des Pêches et des Océans

La Cour suprême du Canada a jugé dans *Oldman River* que la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, ne donnait pas ouverture à l'application du Décret. Il est exact, comme le soutiennent les parties autochtones, que la Cour suprême a paru se pencher davantage sur le paragraphe 35(1) que sur le paragraphe 35(2) de la Loi pour conclure, à la page 48, que cette Loi ne renferme pas de disposition de réglementation qui serait applicable au Projet. Mais on ne peut exclure qu'elle a aussi statué sur le paragraphe 35(2). Je ne crois pas qu'il appartienne alors à cette Cour de décider que la Cour suprême n'a pas décidé ce qu'elle semble avoir décidé.

De toute façon, quand bien même il existerait une obligation positive de réglementation en raison du paragraphe 35(2), il n'est pas certain que l'article 35

apply, the Aboriginal parties have not identified any fact which would trigger such an obligation.

In fact, on the one hand, it is not clear that section 35 applies to anything other than the carrying on (“*exploitation*” in the French) of “any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.” We are here still at the stage of construction of the Project, and it seems to me to be premature to be speaking already about carrying on an undertaking. Counsel for Hydro-Québec has unearthed a pleiad of statutes which distinguish between the “construction” and “carrying on” of an undertaking. Since, by virtue of section 40 [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 10], any contravention of section 35 is a criminal offence, section 35 must be narrowly construed, and the text of the Act itself provides some support for the distinction suggested by Hydro-Québec.<sup>12</sup>

It could in fact be that in section 35 Parliament was solely interested in the “carrying on” of a work or undertaking. The word “construction” is found in sections 20, 21, 22, 29 and 30, and this may indicate that when Parliament referred to “carrying on” in section 35 it did not intend to include “construction”. I further note that when Parliament wanted to deal with the period of construction or the period when construction is being planned, it did so expressly: see subsection 22(2), “during the period of construction thereof”, and subsection 37(1), “[w]here a person carries on or proposes to carry on any work or undertaking”. It therefore might be that section 37 deals with stages which section 35 does not cover.

Similarly, when an “obstruction” (which, by virtue of section 2, includes a “dam”) impedes the free passage of fish, what Parliament has provided, in section 20, is not that the owner of the dams amend the plans or halt the construction thereof, but rather that it construct a “fish-way or canal” or, if it is not feasible to do so, that it reimburse the Minister such sums of money required “to construct, operate and maintain [a] complete fish hatchery establishment”. I note the

<sup>12</sup> I have found no decision where, in applying section 35 to the “construction” of an undertaking, the distinction suggested by Hydro-Québec was brought to the attention of the court.

s’applique en l’espèce et même s’il s’appliquait, les parties autochtones n’ont identifié aucun fait pouvant engager cette obligation.

a D’une part, en effet, il n’est pas évident que l’article 35 s’applique à autre chose qu’à l’exploitation («*carrying on*») d’«ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson». Or, nous en sommes encore au stade de la construction du Projet et il me paraît prématuré de parler, déjà, en termes d’exploitation. Le procureur d’Hydro-Québec a déniché une pléiade de lois qui distinguent entre la «construction» et l’«exploitation» d’une entreprise. Puisque toute contravention à l’article 35 constitue, de par l’article 40 [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 10], une infraction pénale, l’article 35 doit être interprété de façon restrictive et la distinction suggérée par Hydro-Québec trouve un certain appui dans le texte même de la Loi<sup>12</sup>.

Il se pourrait en effet qu’à l’article 35 le Parlement se soit uniquement intéressé à l’«exploitation» d’ouvrages ou d’entreprises. Le mot «construction» se retrouve, aux articles 20, 21, 22, 29 et 30, ce qui pourrait indiquer que le Parlement, quand il a fait mention d’«exploitation» à l’article 35, n’entendait pas viser la «construction». Je note de plus que le Parlement, lorsqu’il a voulu viser la période de construction ou la période de planification d’une construction, l’a fait expressément: voir le paragraphe 22(2), «pendant la construction de ces ouvrages», et le paragraphe 37(1), «[l]es personnes qui exploitent ou se proposent d’exploiter des ouvrages ou entreprises». Il se pourrait donc que l’article 37 vise des étapes que l’article 35 ne vise pas.

h De même, lorsqu’un «obstacle» (qui comprend, de par l’article 2, un «barrage») gêne la circulation des poissons, ce que le Parlement a prévu, à l’article 20, ce n’est pas que le propriétaire des barrages en modifie les plans ou en arrête la construction, mais plutôt qu’il construise une «échelle à poissons ou passe migratoire» ou, si cela s’avère impossible, qu’il rembourse au ministre les sommes d’argent requises pour «construire, exploiter et entretenir une écloserie». Je

<sup>12</sup> Je n’ai retracé aucune décision où, dans l’application de l’art. 35 à la «construction» d’un ouvrage, la nuance suggérée ici par Hydro-Québec avait été portée à l’attention de la cour.

distinction which Parliament itself has made in subsection 20(2) among construction, operation (“*exploitation*”, in the French) and maintenance.

Is it necessary to recall that the Agreement itself distinguishes almost systematically among “construct, operate and maintain” (see paragraph 8.1.2, subsection 8.17, and so on)?

The suggested distinction between “operation” and “construction” is therefore not so surprising, upon reflection, as it might have appeared at first glance. However, I shall draw no firm conclusion from this, because the question was raised only at the hearing and the aboriginal parties did not really have an opportunity to make argument against the interpretation proposed by Hydro-Québec.

On the other hand, if the “construction” of the Project is covered by section 35, it appears that that section is intended to protect “fish habitat”, which is defined in section 34 as “spawning grounds and nursery, rearing, food supply and migration areas on which fish depend directly or indirectly in order to carry out their life processes.” It was not alleged in the proceedings that the construction of the Project threatens the spawning grounds and so on, on which fish depend to carry out their life processes. A party cannot simply make vague assertions concerning fish or fisheries and thereby trigger the so-called decision-making power of the Minister.

#### The Minister of Transport

In *Oldman River*, the Supreme Court of Canada found an affirmative duty to regulate in section 5 of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, which justifies the Minister of Transport in undertaking the initial assessment of a project which is subject to his approval.

However, in *Oldman River*, the parties had acknowledged that the Oldman River was in fact navigable (at page 54). The navigability of a river is an elementary condition for this Act to apply, and in the case at bar the appellant and Hydro-Québec vigorously dispute the navigability of the river.

The navigability of a river is a question of fact and of law. The Court cannot assume that it is navigable,

note la distinction que le Parlement, au paragraphe 20(2), fait lui-même entre construction, exploitation et entretien.

Est-il nécessaire de rappeler que la Convention elle-même distingue presque sur une base systématique entre «construire, entretenir et exploiter» (voir l’alinéa 8.1.2 l’article 8.17 . . .).

La nuance suggérée entre «exploitation» et «construction» n’est donc pas aussi étonnante, après réflexion, qu’elle pouvait le paraître au premier regard. Je m’abstiens cependant de tirer une conclusion ferme, car la question n’a été soulevée qu’à l’audience et les parties autochtones n’ont pas eu réellement la chance de faire valoir des arguments à l’encontre de l’interprétation proposée par Hydro-Québec.

D’autre part, dans l’hypothèse où la «construction» du Projet serait visée à l’article 35, il appert que cet article veuille protéger «l’habitat du poisson», lequel est défini à l’article 34 comme «Frayères, aires d’alevinage, de croissance et d’alimentation et routes migratoires dont dépend, directement ou indirectement, la survie des poissons». Or, il n’y a aucune allégation devant nous à l’effet que la construction du Projet menace des frayères etc. dont dépend la survie des poissons. Une partie ne peut se contenter de vagues allégués relatifs aux poissons ou aux pêches, pour qu’entre en jeu le soi-disant pouvoir décisionnel du ministre.

#### Le ministre des Transports

Dans *Oldman River*, la Cour suprême du Canada a trouvé à l’article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, une obligation positive de réglementation justifiant le ministre des Transports d’entreprendre l’évaluation initiale d’un projet soumis à son approbation.

Cependant, dans *Oldman River*, les parties avaient reconnu que la rivière Oldman était en fait navigable (à la page 54). L’état de navigabilité d’une rivière est une condition élémentaire d’application de cette Loi et en l’espèce, cet état est vigoureusement contesté par l’appellant et par Hydro-Québec.

Le caractère navigable d’une rivière est question de fait et de droit. La Cour ne peut en présumer

and must be in a position to conclude from the evidence submitted that it is in fact navigable (*Bell v. Quebec (Corporation of)* (1879-80), 5 App. Cas. 84 (P.C.) at page 93; *Sim E. Bak v. Ang Yong Huat*, [1923] A.C. 429 (P.C.) at page 433; *Attorney General of Quebec v. Fraser* (1906), 37 S.C.R. 577, at page 596, *confd sub nomine Wyatt v. Attorney-General of Quebec*, [1911] A.C. 489 (P.C.); G. V. La Forest and Associates, *Water Law in Canada—The Atlantic Provinces*, Regional Economic Expansion, 1973, at page 180; G. Lord, *Le Droit québécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977, at page 61).

In this case, the Aboriginal parties were content with vague statements in the sworn declarations which they entered into evidence, which statements were more in the nature of statements of principle and conclusions of law than of precise and useful narratives of fact on which the Court could base a finding. The Court knows nothing of the characteristics of the Eastmain River, either of its general course or of the area where the dam will be constructed. The fact that it is used as a border on geographic maps does not establish that it is navigable. The assertion that it has been used as a mode of transportation by Aboriginals is too general and too isolated for the Court to act on it.

The arguments of the aboriginal parties run up against Rule 412(2) of the Rules of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], which provides that "Raising a question of law or an express assertion of a conclusion of law—such as an assertion of title to property—shall not be accepted as a substitute for a statement of material facts on which the conclusion of law is based." (See *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291 (C.A.); *Caterpillar Tractor Co. v. Babcock Allatt Limited*, [1983] 1 F.C. 487 (T.D.)) To assert that the waters are navigable or that the dam will affect navigable waters is, it seems to me, to assert a legal consequence.

The Aboriginal parties are so aware of the inadequacy of their evidence that they referred in their memorandum to a study which had not been placed

à l'existence et doit être en mesure de conclure, à partir de la preuve offerte, que la rivière est effectivement navigable (*Bell v. Quebec (Corporation of)* (1879-80), 5 App. Cas. 84 (P.C.) à la page 93; *Sim E. Bak v. Ang Yong Huat*, [1923] A.C. 429 (P.C.) à la page 433; *Attorney-General of Quebec v. Fraser* (1906), 37 R.C.S. 577 à la page 596, confirmé *sub nom. Wyatt v. Attorney-General of Quebec*, [1911] A.C. 489 (P.C.); G. V. La Forest and Associates, *Water Law in Canada—The Atlantic Provinces*, Expansion Économique Régionale, 1973 à la p. 180; G. Lord, *Le Droit québécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public, Univ. de Mtl, Éditeur officiel du Québec, 1977 à la p. 61).

Les parties autochtones, en l'espèce, se sont satisfaites de vagues affirmations dans les déclarations assermentées qu'elles ont mises en preuve, affirmations qui tiennent davantage d'énoncés de principe et de conclusions de droit que d'exposés de faits précis et utiles sur lesquels la Cour pourrait appuyer une conclusion. La Cour ne sait rien des caractéristiques de la rivière Eastmain, que ce soit sur son parcours général ou à l'endroit où sera construit le barrage. Le fait qu'elle serve de frontière sur des cartes géographiques n'établit pas la navigabilité. L'allégation qu'elle a servi de mode de transport pour les Autochtones est trop générale et trop isolée pour que la Cour puisse y donner suite.

Les prétentions des parties autochtones heurtent de front la Règle 412(2) des Règles de cette Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], qui prescrit que «Le fait de soulever une question de droit ou d'affirmer expressément une conséquence juridique—comme, par exemple, la revendication d'un titre à la propriété—ne doit pas être accepté comme remplaçant un exposé des faits essentiels sur lesquels se fonde la conséquence juridique». (Voir *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291 (C.A.); *Caterpillar Tractor Co. c. Babcock Allatt Limited*, [1983] 1 C.F. 487 (1<sup>re</sup> inst.)) Affirmer que les eaux sont navigables ou que le barrage affectera des eaux navigables, c'est affirmer, ce me semble, une conséquence juridique.

Les parties autochtones sont tellement conscientes de l'insuffisance de leur preuve, qu'elles ont référé dans leur mémoire à une étude qui n'avait pas été

in evidence and to facts set out in judgments rendered in other places, as if the Court could take notice of these facts and as if these facts could be set up against the other parties automatically. I understand that the Aboriginal parties were caught short by the decisions in *Oldman River* and *Carrier-Sekani*, but that does not do anything to make up for the problems in the case before us. We need only read the judgments which have decided whether watercourses were navigable to be persuaded that the Court would not have enough evidence in this case, even with the best intentions in the world, to be able to decide the issue one way or the other.

The so-called finding of fact made by the Motions Judge on the issue of navigability on which the Aboriginal parties rely is found in the *Great Whale* case, and is therefore of no assistance to them in respect of the Eastmain 1 Project. In the case on appeal, the Motions Judge simply stated that [at page 233] “[t]he environmental consequences of this project on navigable waters . . . can hardly be disputed”, without stopping to explain what these waters were and in what sense they were navigable. This is not a finding of fact which is binding on this Court and, as I noted at the outset, the question of navigability is, as well, a question of law.

I therefore conclude that the record as it stands does not allow the Court to conclude that the primary condition for the *Navigable Waters Protection Act*, *supra*, to apply, that is, the navigability of the Eastmain River, has been established. The Minister of Transport could not exercise any decision-making power which would trigger the application of the Order before being persuaded of the navigability of the watercourse.

On the matter as a whole, I conclude that the conditions which trigger the Order have not been fulfilled in this case as against any of the mis en cause Ministers.

Before closing, I would like to refer to a piece of evidence which is in the record and which provides a proper perspective for viewing this case.

mise en preuve et à des faits énoncés dans des jugements rendus en d'autres lieux, comme si la Cour pouvait prendre connaissance de ces faits et comme si ces faits pouvaient être opposés d'office aux autres parties. Je comprends que les parties autochtones aient été prises de court par les arrêts *Oldman River* et *Carrier-Sekani*, mais cela ne bonifie pas pour autant le dossier qui est devant nous. Il suffit de lire ces arrêts qui ont décidé de la navigabilité des cours d'eau pour se convaincre que la Cour, en l'espèce, même avec la meilleure volonté du monde, ne disposerait d'aucune preuve lui permettant de trancher le débat dans un sens ou dans l'autre.

La soi-disant conclusion de fait du juge de requêtes sur la question de navigabilité qu'invoquent les parties autochtones se trouve dans le dossier Grande Baleine et ne leur est donc d'aucun recours en ce qui a trait au Projet Eastmain 1. Dans le dossier sous appel, le juge de requêtes s'est contenté de déclarer [à la page 233] qu'«[o]n ne saurait guère contester les conséquences environnementales de ce projet sur les eaux navigables», sans s'attarder à expliquer quelles étaient ces eaux et en quoi elles seraient navigables. Ce n'est pas là une conclusion de fait qui lie cette Cour et, comme je le rappelais au départ, la question de navigabilité est, aussi, une question de droit.

J'en viens donc à la conclusion que le dossier tel que constitué ne permet pas à la Cour de conclure que la condition première d'application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, *supra*, savoir la navigabilité de la rivière Eastmain, a été remplie. Le ministre des Transports ne saurait exercer de pouvoir décisionnel entraînant l'application du Décret avant de s'être convaincu de la navigabilité du cours d'eau.

Sur le tout, je conclus que les conditions de déclenchement du Décret ne se sont en l'espèce réalisées à l'égard d'aucun des ministres mis en cause.

Avant de terminer, j'aimerais faire état d'un élément de preuve qui est au dossier et qui permet de situer le présent débat dans une juste perspective.

It appears that while Hydro-Québec believes that the Project is not subject to the regime or to the environmental impact assessment and review process set out in sections 153 *et seq.* of Chapter II of the *Environment Quality Act*, R.S.Q. 1977, c. Q-2 (the Quebec Act), it nonetheless considers the Project to be subject to Quebec laws of general application, and more particularly to Division IV of Chapter I of the Quebec Act. In this respect, Hydro-Québec sent a letter to the Quebec Minister of the Environment on June 11, 1990, informing him of the preliminary studies concerning the Project. On March 18, 1991 the Minister sent a guide to Hydro-Québec indicating the nature, scope and extent of the environmental impact study, for the purpose of the preparation of the environmental impact study which Hydro-Québec must file in support of its application for a certificate of authorization under section 22 [as am. by S.Q. 1988, c. 49, s. 4] of the Quebec Act.<sup>13</sup> As of July 5, 1991, Hydro-Québec was in the process of finalizing the impact study which it prepared in accordance with the reference guide, the requirements of section 22 of the Quebec Act and the *Regulation respecting the administration of the Environment Quality Act* [R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 1].

I would allow the three appeals and would dismiss the cross appeal by the Aboriginal parties, with costs at trial and on appeal to the Attorney General of Quebec and Hydro-Québec. The Attorney General of Canada would be entitled to her costs only in respect of the cross appeal, since she did not seek costs in respect of her appeal.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

<sup>13</sup> S. 22 of the *Environment Quality Act* reads as follows:

22. No one may erect or alter a structure, undertake to operate an industry, carry on an activity or use an industrial process or increase the production of any goods or services if it seems likely that this will result in an emission, deposit, issuance or discharge of contaminants into the environment or a change in the quality of the environment, unless he first obtains from the Minister a certificate of authorization\*.

\* (On the interpretation of this section, see *P.G. du Québec c. Société du parc industrielle du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.)

Il appert qu'Hydro-Québec, tout en considérant que le Projet n'est pas soumis au régime non plus qu'au processus d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement et le milieu social prévu aux articles 153 et suivants du chapitre II de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. 1977, ch. Q-2 (la Loi québécoise), considère néanmoins que le Projet est soumis aux lois d'application générale du Québec et plus particulièrement à la section IV du chapitre I de la Loi québécoise. À ce titre, Hydro-Québec, le 11 juin 1990, a fait parvenir au ministre de l'Environnement du Québec, une lettre l'informant des études d'avant-projet relatives au Projet. Le 18 mars 1991, ce ministre faisait parvenir à Hydro-Québec un guide indiquant la nature, la portée et l'étendue de l'étude des répercussions environnementales, en vue de la préparation de l'étude de répercussions environnementales qu'Hydro-Québec doit déposer au soutien de sa demande de certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 [mod. par L.Q. 1988, ch. 49, art. 4] de la Loi québécoise<sup>13</sup>. Hydro-Québec, à la date du 5 juillet 1991, était à finaliser l'étude d'impact qu'elle a préparée conformément au guide de référence, aux exigences de l'article 22 de la Loi québécoise et au *Règlement relatif à l'administration de la Loi sur la qualité de l'environnement* [R.R.Q. 1981, ch. Q-2, r. 1].

J'accueillerais les trois appels et rejetterais le contre-appel des parties autochtones, avec dépens en première instance et en appel en faveur du procureur général du Québec et d'Hydro-Québec. La procureure générale du Canada n'aurait droit à ses dépens qu'en ce qui a trait au contre-appel, puisqu'elle ne les a pas demandés en ce qui a trait à son appel.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'y souscris.

<sup>13</sup> L'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* se lit comme suit:

22. Nul ne peut ériger ou modifier une construction, entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ni augmenter la production d'un bien ou d'un service s'il est susceptible d'en résulter une émission, un dépôt, un dégagement ou un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement, à moins d'obtenir préalablement du ministre un certificat d'autorisation.\*

\* (Sur l'interprétation de cet art. 22, voir *P.G. du Québec c. Société du parc industrielle du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.)

# 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.*

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Application to remove Bereskin & Parr as solicitors for plaintiff based on possible conflict on interest—Timothy J. Sinnott practising with Barrigar & Oyen, Toronto in 1988 when conducted discovery of officer of plaintiff company as agent for Barrigar & Oyen, Vancouver, solicitors for defendant—Received instructions disclosing litigation strategy—In 1991 joined Bereskin & Parr—Peter R. Everitt, having conduct of plaintiff's action, swearing no communication or involvement by Sinnott in relation to file—Application dismissed—Application of guidelines to avoid conflicts of interest outlined in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235—Sinnott remembering little if anything of previous involvement—No information of confidential nature disclosed except instructions for discovery—Little could be used to defendant's detriment—As to misuse of information, Sinnott neither acting nor actively engaged in file—Too strict to impute his knowledge to others in firm, and unrealistic in era of mega-firms—All reasonable measures taken by other members of law firm—Defendant's solicitors aware of situation for long time before seeking protection—Unreasonable to require plaintiff to instruct new counsel at this late date and bear additional expense.

FEHERGUARD PRODUCTS LTD. v. ROCKY'S OF B.C. LEISURE LTD. (T-1602-86, Rouleau J., order dated 7/10/92, 5 pp.)

Application by defendants to set aside order dismissing application for order staying action until plaintiffs retain alternate counsel and order directing removal of plaintiffs' present counsel as solicitors of record ([1993] 3 F.C. 774 (T.D.))—Plaintiffs' counsel herein also acting for plaintiff Eli Lilly Canada, Inc. in another action—As result of execution of Anton Piller order in Eli Lilly action, plaintiffs' solicitors obtained information not in public record as to defendants' operations—Defendants arguing since seizure under Anton Piller proceedings carrying with it undertaking not to use documents for any other purpose, plaintiffs' solicitors in untenable position and cannot continue to act—Application dismissed—Test for determining whether disqualifying conflict of interest set out in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235—Basis for test exceptional nature of solicitor-client relationship—Documentation herein obtained through adversarial process (Anton Piller proceeding)—No previous confidential relationship between present solicitors and aggrieved defendants—All documentation or information obtained must be

## BARRISTERS AND SOLICITORS— Concluded

known to party from whom seized, which seizure almost certainly resisted by them.

MERCK & CO. v. INTERPHARM INC. (T-1160-92, Jerome A.C.J., order dated 18/1/93, 5 pp.)

## CHARITIES

Appeal from denial of charitable status—Appellant non-profit organization formed to promote Canadian unity—Arguing charitable as purposes included advancement of education and other purposes beneficial to community—M.N.R. holding mere provision of information not educational—Activity must involve element of training or instruction—Holding no legal precedent establishing promotion of national unity or personal exchanges between Canadians beneficial to community in way law deems charitable—Appeal dismissed—Nature of appellant's objects and intended activities virtually indistinguishable from those considered in *Toronto Volgograd Committee v. M.N.R.*, [1988] 3 F.C. 251 (C.A.) wherein Court holding inherently political nature of organization's objects and activities precluded finding fell under third or fourth charitable heads developed under federal law—Contrary finding herein would constitute not only evolution of concepts, but complete transformation—*Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 471 (C.A.) distinguished as Society's activities directed towards native persons holding special position in Canadian society.

THE CANADA UNI ASSN. v. M.N.R. (A-145-92, Marceau J.A., judgment dated 1/12/92, 5 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application to declare decision of Employment and Immigration Commission to remove applicant from Canada unlawful—At time of removal, applicant subject to undertaking and order to appear in Provincial Court of British Columbia in rela-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

tion to traffic in cocaine—Decision in *Williams v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 269, applied—Declaration to which applicant entitled may have practical effect—Not moot question—Declaration sought proper remedy—Application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 50(1).

GARCIA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1507-92, Dubé J., order dated 20/1/93, 4 pp.)

### *Immigration Inquiry Process*

Application to set aside finding no credible basis for Convention refugee claim, deportation order—Hearing postponed less than two months to allow applicant to retain representative—Applicant present on appointed date with seven-month-old child, but representative failing to appear, allegedly due to car accident—Request for another adjournment denied essentially as adjudicator knew, from past experience and from another hearing over which presided same day, immigration consultant unreliable—Application allowed—Denial of adjournment deprived applicant of right to fair hearing in circumstances, i.e. unquestionable intention of applicant to proceed, applicant having no reason to question reliability of consultant until failed to appear, only adjournment granted thus far had been to allow appointment of representative, applicant not at fault for not being ready, adjudicator considered factor unknown to applicant and therefore irrelevant (adjudicator's experience same day in another case and consultant's history of poor behaviour), adjudicator neither inquiring into length of adjournment sought nor offering short adjournment to enable applicant to find new representative, no indication short adjournment would affect immigration system or needlessly delay, impede or paralyse conduct of inquiry—Adjournment refused because applicant had misfortune of retaining irresponsible consultant and additional misfortune of facing Adjudicator who had long-standing dislike for consultant—Denial of right to fair hearing always rendering decision invalid: *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1) (as am. by SOR/89-38, s. 13(1)).

SILCH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-88-92, Décary J.A., judgment dated 11/1/93, 6 pp.)

### IMMIGRATION PRACTICE

Application to extend time to file and serve written submissions in response to application for leave pursuant to s. 82.1 to commence s. 18.1 proceeding—Delay by adjudicator in forwarding transcript of hearing not justifiable—In requesting extension, respondent essentially using own conduct as ground for delay—No good reasons why tapes could not be used to avoid delay arising as result of waiting for preparation of transcript—Continually arising delays becoming endemic to system intended to operate quickly—Had applicant requested copy of tape and not been provided with one, extension would have been refused and application decided on basis of material on file—Since applicant requested transcript, not tape, and respondent seeking extension, application granted—Immigra-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

tion Act, R.S.C., c. I-2, s. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

SUBUNCUO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1555, Reed J., order dated 4/12/92, 2 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees*

Appeal from decision respondent Convention refugee—Respondent, Philippine national, policeman in home country—Fleeing Philippines as marked for death by communist terrorist guerilla group—Refugee Division finding well-founded fear of persecution by reason of political opinion and membership in particular social group—Appeal allowed—Refugee Division's finding not automatically leading to determination of refugee status—Convention refugee defined as person outside country of nationality by reason of well-founded fear of persecution and "is unable, or by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country"—In more common type of refugee claim, government itself persecuting agent or accomplice in persecution, through condonation, tolerance or deliberate inaction—In such cases claimant clearly unwilling, by reason of fear, to avail himself of state protection—Where claimant himself agent of state, cannot be said to be unwilling to seek state's protection—Claim can only succeed if shows unable to do so—Refugee Division failing to address question of whether respondent unable to seek state's protection or even to recognize problem existed—To establish unable to avail oneself of protection of one's own state, claimant must show either physically prevented from seeking government's aid or government itself in some way prevented from giving it—Terrorism in name of some warped ideology scourge afflicting many societies today—Victims of terrorism not Convention refugees simply because governments unable to suppress evil—Where state so weak, and control over all or part of its territory so tenuous as to make it government in name only, refugee may justly claim to be unable to avail himself of protection: *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (C.A.)—Situations of civil war, invasion or total collapse of internal order normally required to support claim of inability—Where state in effective control of territory, has military, police and civil authority in place and makes serious efforts to protect citizens from terrorist activities, mere fact not always successful in doing so insufficient to justify claim victims of terrorism unable to avail themselves of such protection—Since Board failed to ask itself crucial question, matter returned for new hearing—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. VILAFRANCA (A-69-90, A-70-90, Hugessen J.A., judgment dated 18/12/92, 4 pp.)

Application to set aside finding of credible basis tribunal—Applicant, Sikh pharmacist, fleeing India in 1984—Testifying police and mob harassment of Sikhs occurring in all major cit-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

ies in India and could not think of going elsewhere—Indicating situation worse now—Credible basis tribunal (access tribunal) holding no evidence of ongoing daily mob violence throughout India; many other areas of India where could live in relative safety—Application allowed—Access tribunal having jurisdiction to consider issue of internal flight alternative: *Virk v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-863-90, Linden J.A., judgment dated 14/2/92, 8 pp., not yet reported—Jurisdiction limited to deciding whether evidence impossible for Refugee Division to allow claim—Burden on Minister to prove internal flight alternative—Not easy burden at second level and even more difficult at first level—Access tribunal applied wrong test in imposing burden on applicant not his to assume—Ignored credible and trustworthy evidence i.e. applicant's testimony internal flight alternative uncertain—Assessment of evidence leading access tribunal to conclusion applicant could live in relative safety in India outside Punjab.

BINDRA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-208-92, Déary J.A., judgment dated 17/12/92, 4 pp.)

Application to set aside finding no credible basis for refugee claim—Applicant victim of four or five crimes in Trinidad—Tribunal's finding based on lack of credible evidence as to fear of persecution or, if such credible evidence exists, its lack of relationship to any ground in definition of Convention refugee—Application allowed—Applicant putting refugee claim on ground of racial persecution—Although Tribunal observing "many East Indians are the victims of crime", dealing with issue on ground of crime, not race, as if claim based on persecution as result of crime—Failure to take account of applicant's case error of law—Finding of lack of credibility as to fear of persecution if returned to Trinidad based on Tribunal's view of illogic of six-month return to Trinidad between two trips abroad—Applicant's explanation of delay in making refugee claim should have been put to second-level tribunal for evaluation—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

JAIPAULSINGH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-661-92, MacGuigan J.A., judgment dated 25/11/92, 3 pp.)

## COPYRIGHT

Appeal and cross-appeal from Trial Division decision ([1990] 3 F.C. 489) prohibiting Copyright Board from proceeding with adoption of tariff covering royalties to be paid to performing rights societies—Appeal dismissed for reasons given in *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, A-340-90, Létourneau J.A., judgment dated 5/1/93, F.C.A., to be reported in [1993] 2 F.C.—Cross-appeal by Copyright Board dismissed.

CTV TELEVISION NETWORK LTD. V. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (A-329-90, Létourneau J.A., judgment dated 5/1/93, 2 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### CUSTOMS ACT

Motion to extend time for filing statement of claim to commence action to appeal under Customs Act, s. 135(1)—Minister's decision, dated March 31, 1992, mailed to applicant's former address—Although applicant had written to Minister on letterhead showing new address, not specifically mentioning change—Applicant's solicitors received copy of decision and advised applicant of content on April 16—On July 14 applicant's solicitors advised Minister instructed to file appeal—On July 21 attempted to file statement of claim, but Registry indicating out of time—Motion to extend filed August 20—Motion allowed—Under s. 135(2), Federal Court Act and Federal Court Rules applicable to ordinary actions apply in respect of actions instituted under s. 135(1)—Federal Court Rules necessarily apply to all aspects of action, i.e. its institution, not only after instituted—Within Court's jurisdiction to extend time for filing appeal under s. 135—Crown aware appeal to be filed no more than two weeks after, and possible two days before, statement of claim should have been filed—Crown not unduly prejudiced if leave granted to file statement of claim late—Applicant's solicitors attempted to file statement of claim fairly promptly after so instructed, but when unable to do so faced with long vacation—Delays in view of intervention of long vacation not significant—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 135 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 49).

DAWE V. CANADA (92-T-1284, Giles A.S.P., order dated 8/12/92, 4 pp.)

## FEDERAL COURT JURISDICTION

Appeal from trial judgment holding Trial Division lacked jurisdiction to entertain application for leave to appeal decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT)—Appeal dismissed—Customs Act, s. 68 giving right of appeal with leave on question of law to any party to s. 67 appeal to Federal Court within ninety days after date decision made under s. 67—Federal Court Act, s. 18.5 providing where express provision in Act of Parliament for appeal to Court from decision of federal board, commission or other tribunal, decision not subject to review to extent may be appealed—S. 24 giving Trial Division exclusive jurisdiction to hear and determine all appeals that under Act of Parliament may be taken to Court "except as otherwise provided"—S. 28 giving Court of Appeal jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of CITT—Court of Appeal jurisdiction in any matter precluding Trial Division jurisdiction—As decision in issue subject of appeal expressly provided for in Customs Act, s. 68 not subject of judicial review in either Division of Court under Federal Court Act, s. 18.5—Since not "otherwise provided" by any Act of Parliament, appeal within exclusive jurisdiction of Trial Division under s. 24—As ninety-day period within which appeal under s. 68 to be commenced not subject to enlargement, even on consent, leave to appeal application now moot—S. 52(b)(i) not giving Court power to order *nunc pro tunc* notice of appeal to be filed within prescribed ninety days—Trial Division having exclusive jurisdiction to deal with appeals under Customs Act, s. 68—Court of Appeal having

## FEDERAL COURT JURISDICTION— Concluded

original jurisdiction to deal with CITT decisions on applications for judicial review, such review being precluded when and to extent right to appeal—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 68—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.5 (as am. *idem*, s. 5), 24 (as am. *idem*, s. 6), 28 (as am. *idem*, s. 8), 30 (as am. *idem*), 52(b)(i).

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE V. PHILIPS ELECTRONICS LTD. (A-1166-92, Mahoney J.A., judgment dated 20/1/93, 4 pp.)

### APPEAL DIVISION

Motion to quash application for review under Federal Court Act, s. 28 against order of Tax Court of Canada setting hearing date of applicant's tax appeal—Where appeal proceeding informally under Tax Court of Canada Act, F.C.A. having s. 28 judicial review jurisdiction only as to matters finally affecting applicant's rights—Motion allowed.

SILBERNAGEL V. CANADA (A-1277-92, Pratte J.A., judgment dated 17/11/92, 2 pp.)

## INCOME TAX

Appeal from reassessment of income taxes owed by plaintiff's father in respect of 1978-1981 taxation years—Reassessment made under Income Tax Act, s. 160(1) on transfer of one-half section of land in Saskatchewan to plaintiff for consideration less than fair market value—Separation agreement executed between plaintiff's parents—Transfer of property registered on March 23, 1982, title issued to plaintiff—Enforcement action taken by defendant against plaintiff under s. 160(1) for income tax owed by father—S. 160(1)(c) added in 1983, only applicable to transfers of property after November 12, 1981—Issue whether transfer to plaintiff prior to November 12, 1981—For purposes of s. 160(1), land transferred to plaintiff when separation agreement executed by father on September 8, 1981—Separation agreement transfer "either . . . indirectly, by means of a trust or by any other means whatever" within meaning of s. 160(1)—As of signing of separation agreement, father holding transferred property in trust for plaintiff—Property transferred prior to November 12, 1981—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 160(1)(c) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 107).

KOSTIUK V. CANADA (T-2887-89, Strayer J., judgment dated 17/12/92, 9 pp.)

### INCOME CALCULATION

Appeal from reassessment—In 1978 plaintiff and wife purchasing home through housing program offered by employer—Long-term agreement for sale pursuant to which made monthly payments, but would not acquire legal title until entire purchase price paid—Would not have accepted employment in remote and isolated mining town without such program—Housing provided not improvement over what plaintiff

## INCOME TAX—Continued

previously occupied—In 1984 employer seeking to withdraw from housing program—Instituting program whereby in return for release from liability to "buy-back" property, paid employee sum representing real estate commission employee might now have to pay on any sale of property, and transferred ownership of land to employee—Decision to enter new program at employee's option—Regular remuneration for services not affected—Minister including payment of \$7,240 to plaintiff in income pursuant to Income Tax Act, s. 6(1)(a), (b), (3)—S. 6(1)(a) providing value of benefits of any kind received in course of employment shall be included in income—S. 6(1)(b) including in income amounts received as allowance for personal or living expenses or as allowance for any other purpose—S. 6(3) deeming payments from employer to employee as consideration for accepting employment to be remuneration for payee's services—Appeal allowed—Payment not taxable pursuant to s. 6(1)(a)—Reference to cases discussing purpose of s. 6(1)(a), meaning of "benefit"—Payment made as result of contracts extraneous to plaintiff's employment relating to ownership of land, not prerequisites of plaintiff's employment, and not affecting or changing employment—Program not upgrading plaintiff or making him more valuable employee or creating opportunity for promotion—Payment not allowance for purpose of s. 6(1)(b)—Payment in satisfaction of obligation to indemnify or reimburse someone or to defray actual expenses not allowance: *R. v. Pascoe*, [1976] 1 F.C. 372 (C.A.)—Concept of allowance not applicable to payment herein—Payment in satisfaction of contractual obligation on employer and not intended for employee's personal gain or to underwrite personal extravagances—Designed to reimburse them for loss of rights under contract—Nothing suggesting payment made as remuneration for services under contract of employment pursuant to s. 6(3)(d)—Contract of employment separate from housing transaction and plaintiff separately and fully remunerated for services—1978 Agreement and contract of employment separate and unrelated documents—Payment not made pursuant to 1978 Agreement, but pursuant to 1984 Agreement, executed to release employer from original housing agreement—Rendering of services in accordance with terms of contract of employment not part of business transaction resulting in payment—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 5, 6 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1).

BLANCHARD V. CANADA (T-2373-86, Jerome A.C.J., judgment dated 22/10/92, 15 pp.)

### Deductions

Respondent electing to forward average under Income Tax Act, s. 110.4(1) in 1982—Election claiming maximum deduction and deduction for \$5,500 RRSP contribution—Reported income supporting RRSP contribution of only \$238—Minister refusing to increase amount elected to be forward averaged by \$5,262 RRSP deduction disallowed—S. 110.4(7) providing if amount deducted pursuant to election greater than amount deductible, deduction deemed to be reduced and taxable income for year increased accordingly—No other provision authorizing election once made—Tax Court holding since Minister's assessment resulting in greater amount being eligible, amendment of election merely matter of Minister completing assessment—Trial Judge dismissing appeal—Appeal allowed—Taxpayer having option to forward average all, some

## INCOME TAX—Continued

or none of eligible amount—No basis for allowing Minister, absent legislative authority, to impose choice on taxpayer, even if taxpayer considered it beneficial—Minister had no power to amend forward averaging election for same reason powerless to reassess after expiration of limitation period even if taxpayer wanted reassessment, absent fraud, misrepresentation or timely waiver: *Canadian Marconi Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 655 (C.A.)—Finding Minister had such power would not be limited to particular taxpayer and could oblige other taxpayers to object to amendment of elections and perhaps to litigate—Forward averaging election required to be made not later than date on which relevant tax return required to be filed and to be filed with return as no provision for late election—Parliament clearly intended taxpayer to make election based on circumstances as existed, and as only he could know, at time filed return—Act not contemplating election based on changed circumstances resulting from assessment or reassessment—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 110.4 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 69), 178(2) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64; 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2).

MILLER V. M.N.R. (A-782-90, Mahoney J.A., judgment dated 18/12/92, 4 pp.)

Appeal from trial judgment dismissing appeal from income tax reassessments—Appellant overhauling airplane engines—Rebuilt engines returned to original owner with numerous parts replaced, so that after three overhauls engine completely replaced—Replacement parts manufactured by appellant, parent company, subcontractors, or generally available on market—Trial Judge holding appellant not engaged as primary purpose in processing of goods for sale as each engine maintaining unique identity as particular engine owned by particular customer (retaining same serial number, log book for lifetime, parts not intermingled with those of other engines)—Trial Judge followed *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219 (T.D.) and distinguished *Halliburton Services Ltd. v. R.* (1985), 85 D.T.C. 5336 (F.C.T.D.); upheld (1990), 90 D.T.C. 6320 (F.C.A.) and *Nowsco Well Service Ltd. v. R.* (1990), 90 D.T.C. 6312 (F.C.A.)—Appeal dismissed—Trial Judge correctly holding two lines of authority reconcilable—Crucial distinction between *Crown Tire* and *Halliburton* that processing of rubber strips to be applied to tire casings owned by customers not manufactured or processed by taxpayer, whereas cement used in connection with oil and gas wells custom-made by taxpayer according to exact specifications—Although overhauling airplane engines manufacturing or processing, not “manufacturing or processing goods for sale” since engines owned throughout by customers—Majority of replacement parts sold not manufactured or processed by taxpayer—Statute requiring taxpayer to manufacture or process same goods it sells—Only manufacturing whole engine, not for sale by it—Not entitled to deductions for inventory allowance pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(gg) (as it then was), deductions of manufacturing and processing tax credits from tax otherwise payable pursuant to s. 125.1(1), deductions of capital cost allowance on property included in Class 29 of Schedule II of Income Tax Regulations—Income Tax Act, S.C.

## INCOME TAX—Continued

1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(gg) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14), 125.1 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, Schedule B, class 29.

ROLLS-ROYCE (CANADA) LTD. V. CANADA (A-1057-91, MacGuigan J.A., judgment dated 22/12/92, 9 pp.)

## Farming

In 1977, 1978, 1979, plaintiff deducting from income farming losses of \$20,650.39, \$30,967, and \$47,552 respectively—Minister allowing restricted losses of \$5,000 for each year on basis chief source of income neither farming nor combination of farming and some other source of income—Tax Court upholding Minister’s reassessment—Plaintiff president of family-owned construction company generating yearly gross income of 6 or 7 million dollars—Day-to-day operation of company, including supervision of managers and sales personnel, handled by general manager—In 1974 plaintiff purchased horses and vacant land near his home as recreational activity for his children—Built stable, including stalls for five horses, tack stalls, office and top floor for storage of hay—In late 1975 or 1976 decided to start quarterhorse breeding, training and riding lesson business—Hired trainer and doubled size of stables—Attended horse shows, bought and sold horses and advertised services offered—Built indoor practice arena and loafing barn—Acquired stallion for breeding purposes—Plaintiff claiming quarterhorse business likely to generate \$20,000 profit in 1992, but no documents tendered to support claim—Plaintiff spending two to three hours per day at construction firm and rest of time on quarterhorse business—Weekends devoted to quarterhorse business—Since 1976, farm generating net loss in all but three years when minor profits recorded—Selective accounting practices (no claims for capital cost allowance, expenses in attending horse shows, trainer’s salary, light, taxes or insurance) resulting in reporting of smaller farm losses during several taxation years—Application of principles enunciated in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 480—Objective review of facts not disclosing reasonable expectation of profit from quarterhorse business—Even if reasonable expectation of profit, income from quarterhorse business not chief source of income—Plaintiff reasonably expects to receive income from construction company—Fact bulk of time spent on quarterhorse business not detracting from fact plaintiff, as president, exercising control over construction company and derives money on which actually lives from it—Farming sideline business—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7).

BERTRAND V. CANADA (T-565-88, McGillis J., judgment dated 1/12/92, 6 pp.)

## PRACTICE

Application for order portion of proceedings be held *in camera*—Applicant seeking to keep identity of two unnamed investors secret—Roseland Farms set up in 1976 for unnamed persons by virtue of instructions received from Swiss company—Investments made in anticipation of communist takeover of Italian government—Want names kept secret to avoid prosecution for breach of Italy’s then restrictions on export of capital—S. 179 providing Federal Court proceedings may be held *in camera* if taxpayer establishes to satisfaction of Court circum-

**INCOME TAX—Concluded**

stances justifying *in camera* proceedings—Public policy strongly favouring concept judicial proceedings be conducted openly—Application dismissed—Taxpayer not meeting onus—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 179 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 94).

ROSELAND FARMS LTD. v. CANADA (T-452-86, McGillis J., order dated 29/9/92, 3 pp.)

Appeal from decision of M.N.R. on request to amend registered pension plan—Minister bound to administer and enforce Act under Income Tax Act, s. 220(1) and to reject amendments to registered pension plan not complying with prescribed conditions under s. 147.1(4)(c)—Prescribed conditions cannot be ignored on ground of unconstitutionality—Court could neither give decision Minister not empowered to give nor direct Minister to render such decision—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 147.1(4)(c) (as enacted by S.C. 1990, c. 35, s. 16(1)), 220(1).

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES v. M.N.R. (A-654-92, Pratte J.A., judgment dated 26/1/93, 3 pp.)

**INJUNCTIONS**

Motion for interlocutory injunction enjoining defendants from assigning or transferring patents and relevant materials until trial—Defendant pledging patents to plaintiff as security for loan—Subsequently defaulted in repayment of loan and plaintiff demanded payment—Defendant failed to pay—Executed security agreement with American sister company without notice to other creditors pursuant to which sister company seized patents six days later—Plaintiff claiming defendant, with intent to defraud creditors, knowingly conspired in absconding with patents—Application allowed—Circumstances herein not creating exception to three criteria established by *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.) and consistently applied in this Court since *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1988] 3 F.C. 235 (C.A.): (1) serious issue to be tried; (2) irreparable harm; (3) balance of convenience—At least serious question defendant knowingly developed agreement to pursue common purpose to defeat creditors in favour of sister company—While affidavit evidence of irreparable harm not as elaborate as could have been, irreparable harm obvious if basic assets of admittedly insolvent company allowed to be dispersed before trial—As to balance of convenience, *status quo* cannot irreparably prejudice defendant.

SASKATCHEWAN ECONOMIC DEVELOPMENT CORP. v. WESTFALIA DME, INC. (T-1158-92, Dubé J., order dated 8/1/93, 4 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****PREROGATIVE WRITS***Certiorari*

Motion to strike statement of claim on ground Court lacks jurisdiction to grant relief sought—Minister rejecting plaintiff's application for widow's benefits under Canada Pension

**JUDICIAL REVIEW—Concluded**

Plan for failing to meet requirements of s. 64, as it then was, requiring surviving common law spouse to have resided with deceased in year prior to death—Review Committee allowing appeal—On appeal to Pension Appeals Board plaintiff arguing s. 64 contravening equality guarantees in Charter, s. 15 because different treatment accorded to common law spouses as compared to legally married persons—Board allowing appeal, holding distinction not discrimination within Charter, s. 15 as based on legal status, not on enumerated or analogous personal characteristics—Plaintiff seeking *certiorari* setting aside Board's decision, declaration Board erred in holding s. 64 not contrary to Charter—S. 84 giving Board authority to determine any question of fact or law as to whether benefit payable and such decision final and binding—Whether absolute privative clause—Application dismissed—Strict interpretation of Federal Court Act, ss. 18, 28 so as to deprive plaintiff of remedy disapproved of in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602—Privative clauses such as s. 84 not intended to circumvent jurisdiction of Federal Court as relates to constitutional issues—Must be access to court of competent jurisdiction for determination of whether denial of pension to common law spouse pursuant to s. 64 contrary to Charter—Courts should generally approach decisions of administrative tribunals with reasonable deference except in situations where tribunals' decisions involve interpretation of Charter or constitutional rights: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 64, 84—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. 5], s. 15—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28.

MOSHER v. CANADA (T-598-91, Jerome A.C.J., order dated 18/1/93, 6 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application for declaration Adjudicator's decision imposing conditions invalid; setting aside portion of decision relating to compensation; referring compensation portion of decision back to Adjudicator for determination of compensation owed—Employer terminating applicant's employment based on indication from Worker's Compensation Board as to inability to work—Adjudicator finding unjust dismissal and reinstating applicant provided reasonable attendance maintained, would submit to medical examination by employer's doctor if absent for more than three days, Adjudicator to remain seized should any problems with conditions arise—Not awarding compensation—Applicant arguing Adjudicator exceeded jurisdiction in imposing conditions, in not ordering payment of compensation after finding unjust dismissal, in considering lack of fault on part of employer and potential problems for employer with Worker's Compensation Board as result of order, in considering requirements of respondent fair—Canada Labour Code, s. 242(4) providing where adjudicator finding unjust dismissal may require employer to pay compensation, reinstate employee and any other like thing equitable to require employer to do to remedy consequence of dismissal—S. 243 providing orders of adjudicator appointed under s. 242(1) final and shall not be

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

questioned or reviewed in any court—Nothing in part of decision as to ability to perform work patently unreasonable so as to justify judicial interference—Doubtful applicant could on regular basis continue to carry out duties for respondent involving frequent lifting of 70 pounds without further injury to his back resulting in involuntary absenteeism—Reference to *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382 for circumstances taking exercise of tribunal's discretion outside protection of privative clause—Significant s. 242(4) providing when unjust dismissal found, employer may be required to do certain things, but nothing as to what employee may be required to do as condition of reinstatement—Cases dealing with arbitration under collective agreements or application of differently worded provincial legislation distinguished—Decision to reinstate inconsistent with holding employer's decision, in light of medical evidence, fully justified—Cases establishing Adjudicator acting under s. 242(4) may order reinstatement without compensation for lost earnings in interval between dismissal and reinstatement—Adjudicator's decision as to compensation should not be interfered with—As s. 242(4)(c) referring only to what "employer" may be required to do and Adjudicator "*functus*" after deciding issues of reinstatement and compensation, imposition of conditions for three years and retention of jurisdiction outside Adjudicator's jurisdiction—Comments about absence of employer's fault, speculation about putting employer at risk with Worker's Compensation Board gratuitous—Portion of decision imposing conditions struck—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16), 243—Federal Court Act, R.S.C., 1984, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 1602 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

MURPHY V. CANADA (ADJUDICATOR, CANADA LABOUR CODE) (T-609-92, Walsh D.J., order dated 21/12/92, 19 pp.)

**NATIVE PEOPLES****REGISTRATION**

Application for declaration applicants members of Samson Band of Indians and entitled to share in distribution of Band revenue monies, for *mandamus* requiring respondents to pay to them such share for period since responsibility for per capita distributions assumed by Band, and for mandatory injunction requiring respondents to continue payment of monthly per capita distributions until further order—Plaintiffs' names deleted from Samson Band List through operation of Indian Act prior to April 17, 1985—1985 amendment entitling applicants to be registered as Indians—Department of Indian Affairs and Northern Development registering applicants as members of Samson Band based on 1985 amendment—Upon registration each applicant receiving monthly per capita distribution (pcd) payments, administered by Department from Band's capital monies, until April 1988—In May 1988 Band's operating budget transferred from capital account to revenue account—Band having control over revenue account—Pcd payments

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

then within Band's control—Distribution of payments to other Band members continued without interruption, but payment to applicants ceased—Applicants as plaintiffs commencing action alleging Band indebted to them in amount of unpaid pcd—Band arguing applicants not members because Band not consenting to reinstatement—Disputing constitutionality of Indian Act authorizing Minister to determine Band's membership on ground inherent right of Band itself—Applications dismissed—Determination of application governed by well-established principles of interlocutory relief—Application of principles in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1988] 3 F.C. 235 (C.A.)—*Mandamus* even more exceptional than interlocutory injunction—Requirement *mandamus* must be based upon public duty clearly and unequivocally expressed in provisions of governing statute not met—Challenged legislation must be complied with until courts or legislatures say otherwise—While statute provides criteria for registration as Indians, not imposing duty on Samson Band to make per capita revenue account distributions applicants seek—Declarations sought and orders for payment of pcd would decide issues of Samson Band membership and constitutional validity of impugned provisions, issues to be resolved at trial—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 8 (as am. *idem*), 9 (as am. *idem*), 10 (as am. *idem*), 12 (as am. *idem*), 62, 63, 69—Indian Bands Revenue Moneys Regulations, C.R.C., c. 953, ss. 2, 3, 4—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319 (as am. by SOR/88-221, s. 4), 320 (as am. *idem*, s. 5), 321 (as am. *idem*, s. 6), 321.1 (as enacted *idem*, s. 7; SOR/92-43, s. 4).

MARTEL V. SAMSON BAND OF INDIANS (T-2391-88, Jerome A.C.J., order dated 3/12/92, 10 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motion to strike statement of claim—Patent Act, s. 60(3) providing plaintiff in patent impeachment action shall, "before proceeding", give security for costs of patentee in such sum as Federal Court may direct—Federal Court R. 700(3) permitting Court "at any time" to order plaintiff to give security for costs before "taking any further step" in patent infringement action—No security for patentee's costs filed herein—Defendant arguing failure to provide security for costs should result in dismissal of action or setting aside of statement of claim—Plaintiff claiming not in interests of justice to start anew at this late stage—*Meriah Surf Products Ltd. v. Windsurfing International, Inc.*, [1981] 2 F.C. 291 (C.A.) holding defendant, plaintiff by counterclaim, entitled to seek impeachment of plaintiff's patent without deposit of security for costs—Holding predecessor of s. 60(3) paramount and prevailed if conflict with R. 700(3)—In *Aeros Products Ltd. v. Sealed Air Corporation* (1980), 51 C.P.R. (2d) 66 (F.C.T.D.), Court granting *ex parte* application to set aside service of statement of claim where served before obtaining order for deposit of security for costs in patent impeachment action—Considered appropriate as, subsequent to delivery thereof, defendant commenced action for infringement against plaintiff and another—Defendant

**PATENTS—Concluded**

resisting Court's suggestion action be allowed to proceed while ordering plaintiff to give security for costs before taking further step—S. 60(3) not only paramount, but mandatory ("plaintiff . . . shall, before proceeding . . . give security for costs")—Service of statement of claim set aside, but Court not prepared to dismiss action—As defendant filed defence, participated in discovery, took other interlocutory steps before launching motion, each party to bear own costs—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 60(3)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 700(3).

MISSION VIEW VINEYARDS LTD. v. TRAUT (T-930-90, Dubé J., order dated 12/1/93, 4 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Party and party taxation of costs of respondent Imperial Oil Ltd.—R. 344 applicable rather than R. 1312 as appeal from decision of Competition Tribunal treated as appeal from Trial Division—"Taxing costs" allowed under Tariff B, s. 1(1)(c)—Preparation of Notice of Intention not allowable item as contemplated by Tariff—Items (ii) and (iii) disallowed as related to interlocutory applications—Amount of \$344.91 to cover G.S.T. also disallowed as not based on actual disbursement—Respondent's bill of costs taxed and allowed at \$4,827.37—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-211, s. 2), 1312, Tariff B (as am. *idem*, s. 8), s. 1(1)(c).

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. IMPERIAL OIL LTD. (A-179-90, Pilon T.O., taxation dated 30/11/92, 3 pp.)

Taxation of costs on solicitor and client basis pursuant to Immigration Act, s. 84—Applicant filing notice of motion for leave to appeal Immigration Appeal Division decision—Subsequently filing notice of motion for extension of time to file supporting material—Withdrawing motion for leave to appeal by letter—Taxing officer lacking jurisdiction to make direction under s. 84—S. 84 designed to discourage Minister from making applications for leave to appeal by penalizing Minister in solicitor-client costs—Pursuant to motion under RR. 319, 324 for directions under s. 84, Motions Judge to refer matter to taxing officer for taxation—Bill of costs presented at \$1,297.81 and allowed at \$1,261.73—S. 84 neither prescription for costs as between solicitor and own client nor contemplating arbitrary or global limit without regard to accumulative charges dictated by particular circumstances—Charges for solicitors' fees vary according to market forces and experience of counsel—Act and Federal Court Rules not restricting by reason of hourly rate litigant's choice of solicitor and therefore not implicitly suggesting some global limit for costs—Also not operating as licence for unlimited indemnification—Word processing appearing as separate item—To be eligible for taxation, must meet test of both relevance and reasonableness relative to critical path of litigation, being continuum of actual steps requisite for success in litigation—Steps taken outside critical path may be indemnified between parties at solicitor-client level—Although presentation of word processing charges as separate from solicitors' fees departure from traditional format of bill of

**PRACTICE—Continued**

costs, merely attempt to delineate for client actual charge associated with professional expertise of lawyer as opposed to actual charge associated with mechanics of delivery—Law firm not establishing precedent with regard to overhead should be changed, but taxing officers should function with regard to reality of practice of law—Bill examined to determine whether qualifies for indemnification as between parties—If qualifying, still required to meet test of reasonableness or excessiveness—If effect of word processing charges to create excessive charge as measured against complexity of issues and effort required for result obtained, then they or some portion of solicitors' fees would have to be reduced—Word processing charges qualifying for consideration because associated with provision of professional service and respondent liable to pay—Basis for such charges laid in retainer letter—Should not open door for breakout of overhead services because said services still must meet test of reasonable measure to achieve end result, i.e. equivalent dollars should result regardless of mechanics of bill if no dispute as to need for particular service—If charge for overhead service exists as some factor of total solicitors' hours charged, dollars in total for solicitor-client account must be equivalent in both instances—S. 84(1) referring to "all costs of and incident to the application for leave to appeal"—Providing for: (1) "all costs of . . . the application for leave to appeal . . ." i.e. those associated with substantive issues and interlocutory matters designed to prepare file for final disposition and matters after judgment such as costs; (2) "all costs . . . incident to the application for leave to appeal" i.e. to ensure that costs such as those associated with interlocutory matters and matters after judgment or in absence of final judgment and susceptible to attracting this sort of objection will be indemnified—S. 84(1) to provide widest, as opposed to most narrow, net for litigants—5.3 hours of solicitors' fees (apart from 2.9 hours for study and analysis) consisting of 11 items ranging from .1 to .5 hours—Descriptions and associated times not suggesting excessiveness—Firm specialized in industrial property—Although immigration specialists might have proceeded differently, variation in cost negligible—Litigants free to choose solicitors, but those choices must bear standards set by examination at taxation—2.9 hours spent for study and analysis day after instituting motion for leave to appeal filed minimal—Bill of costs for preparation for taxation allowed as presented at \$1,752.22—That higher than normal due to issue of jurisdiction—Open to respondent to proceed according to circumstances of her matter and in absence of case law on point—Should not be penalized in absence of extravagant conduct of litigation—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 83 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19), 84—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, R. 9(3)

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. CHAN (91-A-3828, Stinson T.O., taxation dated 3/11/92, 20 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS**

Application for adjournment by counsel for plaintiff and application for dismissal of action under R. 495(1)(b) by defence counsel—Latter opposing application for adjournment as matter scheduled for trial and witnesses at Court—Defence counsel not advised plaintiff unable to proceed—No application for *habeas corpus* to have plaintiff brought to Court from

**PRACTICE—Concluded**

Kingston Penitentiary—Federal Court staff from Ottawa, Toronto at Kingston for trial—Actions of counsel for plaintiff showing complete disrespect for Court—Motion for adjournment dismissed—No reasonable justification for matter not proceeding—Application for dismissal of action granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 495(1)(b).

GRAHAM V. CANADA (T-741-88, McGillis J., judgment dated 12/11/92, 8 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Application to stay action as against defendant Companhia de Navegacao Lloyd Brasileiro and ship *Rio Acre* on ground Japan would be most convenient Court to have jurisdiction in matter—Federal Court Act, s. 50 giving Court discretion to stay proceedings in any cause or matter on ground claim being proceeded with in another court or jurisdiction or where for any other reason in interest of justice proceedings be stayed—Action for negligence resulting in damage to goods—Canada's only connection with carriage of goods that affidavit to lead warrant filed and warrant to arrest vessel obtained in Vancouver—Parties unable to agree on jurisdiction—Application dismissed—Reference to test to determine if stay should be granted set out in *Yasuda Fire & Marine Insurance Co. Ltd. v. The Ship Nosira Lin*, [1984] 1 F.C. 895 (C.A.)—Whether another forum in which justice can be done between parties at substantially less inconvenience or expense and stay will not deprive plaintiffs of legitimate personal or juridical advantage—Requires consideration of all circumstances, in particular those stated in *Burrard-Yarrows Corp. v. The Hoegh Merchant*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.)—Judicial discretion to grant stay ought not to be exercised except under special circumstances and onus on party seeking stay to show such special circumstances exist: *Reading & Bates Construction Co. et al. v. Gaz Inter-Cite Quebec Inc.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 266 (F.C.T.D.)—As one plaintiff from Trinidad and Tobago, defendant from Brazil, vessel loaded in Trinidad, as convenient for parties to come to Canada as to go to Japan—Although other two plaintiffs from Japan, both requesting case be heard in Canada—None of defendants having any relationship to Japan—Perhaps hoping to raise defence Japanese court lacking jurisdiction—Plaintiffs would suffer prejudice because would take twice as long to bring present case to conclusion in Japan as in Canada; no compulsory discovery of documents in Japan; no examination for discovery; could not recover plaintiffs' lawyers fee as costs—Canada most convenient forum—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

CARIBBEAN ISPAT LTD. V. COMPANHIA DE NAVEGACAO LLOYD BRASILEIRO (T-631-92, Teitelbaum J., order dated 22/12/92, 8 pp.)

**TRADE MARKS****REGISTRATION**

Appeal from Registrar's rejection of Canadian Olympic Association's opposition to registration of respondent's trade mark and design (interlocking chain of five rings in circular design, representing bargaining units making up respondent

**TRADE MARKS—Continued**

union, surrounded by union name, circle)—Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) prohibiting adoption of mark so nearly resembling as to be likely to be mistaken for any badge, crest, emblem or mark adopted and used by any public authority in Canada as an official mark—Appellant public authority—S. 12(1)(e) prohibiting registration if adoption prohibited by s. 9 or 10—Registrar comparing two of appellant's marks to respondent's mark, although appellant producing consolidation of fifteen marks, all having five interlocking rings in various adaptations—Holding degree of resemblance not determinative since also significant difference—Appeal allowed—Onus on applicant for registration to establish no reasonable probability of confusion—Absence of identity of wares or services between parties irrelevant—When owner of family of marks objects to registration of allegedly similar mark, necessary to consider characteristics of all marks in family to assess degree of resemblance—Degree of resemblance involving use of five interlocking rings not outweighed by differences—Comparison of rings on appellant's and respondent's marks giving rise to resemblance contemplated by s. 9(1)(n)(iii)—Upon close and careful look, words on respondent's mark would distinguish it, but close and careful look not test to be applied—Question must be determined in context of whether person who, on first impression, knowing one mark only and having imperfect recollection of it would likely be deceived or confused—Respondent's mark used not only in circumstances where words would be clear, but also on crests or badges and perhaps in other circumstances where could not be easily read—Wording insufficient characteristic to create type of distinction respondent has onus of demonstrating—Respondent's mark so nearly resembles as to be likely to be mistaken for appellant's marks—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5)(e), 9(1)(n)(iii), 12(1)(e), 35, 56(1).

CANADIAN OLYMPIC ASSN. V. HEALTH CARE EMPLOYEES UNION OF ALBERTA (T-2774-91, Rothstein J., judgment dated 14/12/92, 11 pp.)

Appeal from rejection of opposition—Respondent applied to register "Custom Cut" and "Coupe Mesure" as trade marks for proposed use in Canada in association with manufactured tobacco products—Appellant opposed applications on basis clearly descriptive or deceptively misdescriptive of manufactured tobacco products, contrary to Trade-marks Act, s. 12(1)(b)—Trade-marks Opposition Board member concluding from review of common dictionary definitions "custom" not explicit description of quality of manufactured tobacco products and no evidence used by other traders as description of character or quality of tobacco products—Although "custom" might contain covert and skilful allusion to character or quality of wares as may suggest wares of standard expected of product made to personal order, not prohibited by s. 12(1)(b)—Finding "Custom Cut" and "Coupe Mesure" not clearly describing character or quality of respondent's wares—Trade mark must be clearly descriptive before can be found deceptively misdescriptive—Appeal dismissed—Whether trade mark infringes s. 12(1)(b) test of first or immediate impression from perspective of everyday consumer of or dealer in wares—Determination must not be based on research into or critical analysis of meaning of words—"Clearly" not synonymous with "accurately", but means easy to understand, self-evident or plain—Trade mark merely suggestive of character or quality, not clearly

**TRADE MARKS—Concluded**

descriptive or deceptively misdescriptive and not offending s. 12(1)(b)—“Custom Cut” and “Coupe Mesure” not clearly descriptive or deceptively misdescriptive as matter of first or immediate impression to everyday consumer or dealer in manufactured tobacco products—No material error in Board Member’s reasons—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 12(1)(b).

IMPERIAL TOBACCO LTD. v. ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. (T-3220-91, McGillis J., judgment dated 13/11/92, 12 pp.)

**TRANSPORTATION**

Appeal and cross-appeal from decision of National Transportation Agency dismissing complaints against item 2135 of CP Tariff 6200 and approving item subject to important modifications—Item dealing with “storage” charges—Lawfulness of item as applied to transportation of grain under Western Grain Transportation Act (WGTA) only issue before Agency and on cross-appeal—Whether proposed “storage” charges in item 2135 “rates . . . for movement of grain” under WGTA,

**TRANSPORTATION—Concluded**

s. 42—Issue settled by *Canadian Pacific Ltd. et al. v. Canadian Transportation Commission et al.*, [1980] 1 S.C.R. 319—Issue in latter case legality of demurrage charges on flour shipped to east coast ports—Demurrage charges part of rates for movement as defined in WGTA, s. 2—Proposed “storage” charges indistinguishable from demurrage—“Movement” in WGTA, s. 2 “carriage”, not completed until delivery—“Movement” meaning whole process or series of actions by which grain moved from origin to destination and ending with “spotting” of rail cars for unloading—Purpose of WGTA to provide single, subsidized statutory rate for grain moving east or west from prairies to port—Scheme of rates imposed by WGTA intended to permit railways to recover all variable costs associated with “movement” of grain with additional 20% thereof to cover fixed costs—Effect must be given to detailed statutory scheme devised by Parliament—CP’s Tariff item 2135 penalizing innocent to deter guilty, not in conformity with intention of Parliament as expressed in Part II of WGTA—Appeal dismissed—Cross-appeal allowed—Western Grain Transportation Act, R.S.C., 1985, c. W-8, ss. 2, 34, 42, 44.

CANADIAN PACIFIC LTD. v. NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY (A-81-89, Hugessen J.A., judgment dated 22/12/92, 17 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.*

## AVOCATS ET PROCUREURS

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à Bereskin & Parr de cesser d'occuper pour la demanderesse en raison d'un conflit possible d'intérêts—Timothy J. Sinnott pratiquait le droit au sein du cabinet Barrigar & Oyen, à Toronto, en 1988, lorsqu'il a interrogé au préalable un dirigeant de la compagnie demanderesse en sa qualité de mandataire de Barrigar & Oyen, de Vancouver, procureurs de la défenderesse—Il a reçu des instructions révélant la stratégie du litige—En 1991, il s'est joint à Bereskin & Parr—Peter R. Everitt, qui s'occupe de l'action de la demanderesse, a déclaré sous serment que Sinnott ne s'était pas occupé du dossier et n'avait fait aucune communication à ce sujet—Demande rejetée—Application des lignes directrices visant à éviter les conflits d'intérêts énoncées dans *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235—Sinnott se rappelait très peu ou ne se rappelait pas du tout de sa participation antérieure—Aucun renseignement de nature confidentielle n'a été divulgué, sauf les instructions relatives à l'interrogatoire préalable—Peu de choses pouvaient être utilisées au détriment de la défenderesse—Quant à la mauvaise utilisation des renseignements, Sinnott n'agit pas dans le dossier ou ne s'en occupe pas activement—L'imputation de sa connaissance à d'autres membres du cabinet est un principe trop strict et irréaliste à l'ère des mégacabinets—Toutes les mesures raisonnables ont été prises par d'autres membres du cabinet—Les procureurs de la défenderesse étaient depuis longtemps au courant de la situation avant de solliciter cette protection—Il est déraisonnable d'exiger que la demanderesse constitue un nouvel avocat si tardivement et assume une dépense supplémentaire.

FEHERGUARD PRODUCTS LTD. C. ROCKY'S OF B.C. LEISURE LTD. (T-1602-86, juge Rouleau, ordonnance en date du 7-10-92, 5 p.)

Demande présentée par les défendeurs en vue de l'annulation de l'ordonnance rejetant la demande en vue de l'obtention d'une ordonnance portant sursis de l'action jusqu'à ce que les demandereses aient retenu les services d'autres avocats ainsi que d'une ordonnance enjoignant le retrait des avocats actuels des demandereses à titre de procureurs inscrits au dossier ([1993] 3 C.F. 774 (1<sup>re</sup> inst.))—Les avocats des demandereses dans cette action agissent également pour la demanderesse Eli Lilly Canada, Inc. dans une autre action—Par suite de la mise à exécution d'une ordonnance du type Anton Piller dans l'action Eli Lilly, les procureurs des demandereses ont obtenu des ren-

## AVOCATS ET PROCUREURS—Fin

seignements qui ne faisaient pas partie du domaine public, au sujet des activités des défendeurs—Les défendeurs affirment que puisque la saisie fondée sur une ordonnance du type Anton Piller comporte l'engagement de ne pas utiliser les documents à d'autres fins, les procureurs des demandereses sont dans une situation intenable et ne peuvent continuer à représenter leurs clientes—Demande rejetée—Le critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir est énoncé dans *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235—Le critère a pour fondement la nature exceptionnelle des rapports procureur-client—En l'espèce, la documentation a été obtenue dans le cadre d'une procédure contradictoire (ordonnance du type Anton Piller)—Absence de rapports confidentiels antérieurs entre les procureurs actuels et les défendeurs lésés—Tous les documents ou renseignements obtenus doivent être connus de la partie entre les mains de laquelle ils sont saisis, mesure à laquelle celle-ci s'oppose presque certainement.

MERCK & CO. C. INTERPHARM INC. (T-1160-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 18-1-93, 5 p.)

## BREVETS

### PRATIQUE

Requête en radiation de la déclaration—L'art. 60(3) de la Loi sur les brevets prévoit que le plaignant dans une action en invalidation de brevet fournit, «avant de s'y engager», un cautionnement pour les frais du breveté au montant que la Cour fédérale peut déterminer—La Règle 700(3) des Règles de la Cour fédérale permet à la Cour «à tout moment» d'ordonner que la demanderesse fournisse un cautionnement pour les frais avant de «faire toute autre démarche» dans l'action en contrefaçon de brevet—Aucun cautionnement pour les frais du breveté n'a été déposé en l'espèce—La défenderesse soutient que l'omission de fournir un cautionnement devrait entraîner le rejet de l'action ou l'annulation de la déclaration—La demanderesse soutient qu'à ce stade avancé des procédures, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de recommencer le processus—Dans *Meriah Surf Products Ltd. c. Windsurfing International, Inc.*, [1981] 2 C.F. 291 (C.A.), il a été statué que la défenderesse, à titre de demanderesse dans la demande reconventionnelle, avait le droit de demander l'invalidation du brevet de la

**BREVETS—Fin**

demanderesse sans avoir à déposer un cautionnement pour les frais—Il a été jugé que l'article en vigueur avant que l'art. 60(3) n'edt été adopté était prépondérant et l'emportait s'il allait à l'encontre de la Règle 700(3)—Dans *Alros Products Ltd. c. Sealed Air Corporation* (1980), 51 C.P.R. (2d) 66 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a fait droit à une demande *ex parte* en vue de l'annulation de la signification de la déclaration au motif que cette dernière avait été signifiée avant l'obtention d'une ordonnance relative au dépôt d'un cautionnement pour les frais dans une action en invalidation de brevet—Elle a estimé qu'il convenait d'annuler la signification car, après la signification de la déclaration, la défenderesse avait intenté une action en contrefaçon contre la demanderesse et une autre partie—La défenderesse s'est opposée à la proposition de la Cour, soit qu'on laisse l'action suivre son cours, tout en ordonnant à la demanderesse de fournir un cautionnement pour les frais avant d'entreprendre toute autre démarche—L'art. 60(3) est non seulement prépondérant, mais il est aussi obligatoire («le plaignant . . . fournit, avant de s'y engager, un cautionnement pour les frais»)—La signification de la déclaration est annulée, mais la Cour n'est pas disposée à rejeter l'action—Étant donné que la défenderesse a produit une défense, qu'elle a participé à un interrogatoire préalable et qu'elle a pris d'autres mesures interlocutoires avant de présenter la requête, chaque partie assumera ses propres dépens—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 60(3)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 700(3).

MISSION VIEW VINEYARDS LTD. C. TRAUT (T-930-90, juge Dubé, ordonnance en date du 12-1-93, 4 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI**

Demande en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la décision de la Commission de l'emploi et de l'immigration de renvoyer le requérant du Canada était illégale—Au moment du renvoi, le requérant était assujéti à un engagement et à une ordonnance lui enjoignant de comparaître devant la Cour provinciale de la Colombie-Britannique relativement à une accusation de trafic de cocaïne—Décision rendue dans *Williams c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 269, appliquée—Le jugement déclaratoire auquel le requérant a droit peut avoir un effet pratique—Il ne s'agit pas d'une question purement théorique—Le jugement déclaratoire demandé est la réparation qui convient—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 50(1).

GARCIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1507-92, juge Dubé, ordonnance en date du 20-1-93, 4 p.)

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Demande d'annulation de la conclusion selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement ainsi que de la mesure d'expulsion—L'audience a été ajournée pendant moins de deux mois de façon à permettre à la requérante de retenir les

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—  
Suite**

services d'un représentant—La requérante était présente à la date fixée, avec son bébé de sept mois, mais son représentant n'a pas comparu, parce qu'il avait apparemment eu un accident de voiture—La demande en vue de l'obtention d'un autre ajournement a été rejetée essentiellement parce que l'arbitre savait, par expérience et à la suite d'une autre audience qu'il avait présidée ce jour-là, que le conseiller en immigration n'était pas fiable—Demande accueillie—Le refus d'accorder l'ajournement a privé la requérante du droit à une audience équitable compte tenu des circonstances, à savoir que la requérante avait incontestablement l'intention de procéder, que rien ne lui permettait de croire que le conseiller n'était pas fiable jusqu'à ce que celui-ci omette de comparaître, que le seul ajournement accordé jusqu'alors visait à permettre à la requérante de désigner un représentant, que la requérante n'était pas fautive en n'étant pas prête, que l'arbitre a tenu compte d'un élément dont la requérante n'était pas au courant et qui n'était donc pas pertinent (à savoir l'expérience qu'il avait eue, ce jour-là, dans une autre affaire et le fait que la conduite du conseiller laissait toujours à désirer), que l'arbitre ne s'est pas informé de la durée de l'ajournement demandé et n'a pas offert un bref ajournement pour permettre à la requérante de trouver un nouveau représentant, que rien n'indiquait qu'un bref ajournement aurait une incidence sur le système d'immigration ou que cela retarderait, gênerait ou paralyserait inutilement la conduite de l'enquête—L'ajournement a été refusé parce que la requérante avait eu la malchance de retenir les services d'un conseiller irresponsable et, en outre, d'avoir affaire à un arbitre qui depuis longtemps n'aimait pas cet individu—La dénégation du droit à une audience équitable a toujours pour effet de rendre la décision invalide: *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 35(1) (mod. par DORS/89-38, art. 13(1)).

SILCOX C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-88-92, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 11-1-93, 6 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Demande de prorogation du délai de dépôt et de signification des arguments écrits en réponse à la demande d'autorisation présentée aux termes de l'art. 82.1 dans le but d'engager une procédure en vertu de l'art. 18.1—Le fait que l'arbitre a tardé à transmettre la transcription de l'audience est injustifiable—En demandant une prorogation, l'intimé invoque essentiellement sa propre conduite comme motif de retard—Il n'existe aucune raison valable pour laquelle on n'aurait pu se servir de bandes d'enregistrement pour éviter le retard dû au fait d'avoir à attendre que l'on prépare une transcription—Il y a sans cesse des retards, et ceux-ci sont en train de devenir endémiques dans le système, qui est censé fonctionner avec célérité—Si le requérant avait demandé une copie de la bande d'enregistrement et si on ne lui en avait pas fourni une, la prorogation aurait été refusée et la demande aurait été tranchée compte tenu des renseignements figurant dans le dossier—Étant donné que le requérant a demandé une transcription et non une bande d'enregistrement, et que c'est l'intimé qui sollicite la prorogation, la demande est accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C., ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

(4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

SUBUNCUO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1555, juge Reed, ordonnance en date du 4-12-92, 3 p.)

### STATUT DU CANADA

#### *Réfugiés au sens de la Convention*

Appel de la décision selon laquelle l'intimé était un réfugié au sens de la Convention—L'intimé, citoyen des Philippines, était policier dans son pays d'origine—Il a fui les Philippines parce qu'il avait été condamné à mort par un groupe de partisans terroristes communistes—La section du statut a conclu que la crainte de persécution était fondée, du fait des opinions politiques de l'intimé et de son appartenance à un groupe social particulier—Appel accueilli—La conclusion tirée par la section du statut n'entraîne pas automatiquement une décision accordant le statut de réfugié—Un réfugié au sens de la Convention est une personne qui, craignant avec raison d'être persécutée, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et «ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays»—Dans le type le plus commun de revendications du statut de réfugié, le gouvernement est lui-même celui qui persécute le demandeur ou est le complice de cette persécution, en l'excusant, en la tolérant ou en ne faisant délibérément rien—En pareil cas, le demandeur ne veut clairement pas, du fait de sa crainte, se réclamer de la protection de son pays—Lorsque le demandeur est lui-même un préposé de l'État, on ne peut pas dire qu'il ne veut pas se réclamer de la protection de l'État—Sa revendication ne peut être accueillie que s'il démontre qu'il ne peut pas demander cette protection—La section du statut n'a pas abordé la question de savoir si l'intimé pouvait demander la protection de l'État et n'a même pas reconnu l'existence du problème—Pour établir qu'il ne peut pas se réclamer de la protection de son propre pays, le demandeur doit démontrer qu'il lui est physiquement impossible de demander l'aide du gouvernement ou que le gouvernement lui-même ne peut de quelque façon la lui accorder—Le terrorisme au service d'une quelconque idéologie perverse est un fléau qui afflige aujourd'hui de nombreuses sociétés—Les victimes du terrorisme ne deviennent pas des réfugiés au sens de la Convention simplement parce que leurs gouvernements sont incapables de supprimer le mal—Lorsque l'État se révèle si faible, et que le contrôle qu'il a sur une partie ou sur l'ensemble de son territoire est si ténu qu'il n'est qu'un gouvernement nominal, un réfugié peut à bon droit affirmer qu'il ne peut pas se réclamer de sa protection: *Zalzali c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1991] 3 C.F. 605 (C.A.)—Le demandeur qui fait valoir cette incapacité doit normalement invoquer la guerre civile, une invasion ou l'effondrement total de l'ordre du pays—Lorsqu'un État a le contrôle réel de son territoire, que des autorités militaires et civiles ainsi qu'une force policière sont établies et que l'État fait de sérieux efforts pour protéger ses citoyens contre les activités terroristes, le simple fait qu'il ne réussit pas toujours ne suffit pas à justifier la prétention que les victimes du terrorisme ne peuvent se réclamer de sa protection—Puisque la Commission ne s'est

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pas posé une question cruciale, l'affaire lui est renvoyée pour nouvelle audition—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. VILAFRANCA (A-69-90, A-70-90, juge Hugessen, J.A., jugement en date du 18-12-92, 5 p.)

Demande en vue de l'annulation de la conclusion tirée par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement—Le requérant, qui est un pharmacien sikh, a quitté l'Inde en 1984—Il a témoigné que les Sikhs étaient harcelés par la police et par la foule dans toutes les principales villes de l'Inde et qu'il ne pouvait penser à aller ailleurs—Il a indiqué que la situation était pire maintenant—Le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement (le tribunal d'accès) a conclu que la violence quotidienne continue de la part de la foule partout en Inde n'était pas établie; il existe beaucoup d'autres régions de l'Inde où le requérant pourrait mener une vie relativement tranquille—Demande accueillie—Le tribunal d'accès a compétence pour prendre en considération la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du pays: *Virk c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), A-863-90, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 14-2-92, 8 p., encore inédit—Le rôle de la Cour consiste uniquement à décider si la preuve est telle que la section du statut ne pouvait absolument pas faire droit à la demande—Il incombe au ministre d'établir la possibilité de refuge dans une autre partie du pays—Cette obligation n'est pas facile à exécuter au second palier, et elle est encore plus difficile à exécuter au premier palier—Le tribunal d'accès a appliqué un critère erroné en imposant au requérant, à l'égard de la preuve, une obligation qui ne lui incombait pas—Il n'a pas tenu compte du fait qu'il existait un témoignage digne de foi, c'est-à-dire le témoignage du requérant, selon lequel le refuge dans une autre partie du pays était loin d'être une solution certaine—L'appréciation de la preuve a mené le tribunal d'accès à conclure que le requérant pouvait mener une vie relativement tranquille en Inde, à l'extérieur du Pendjab.

BINDRA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-208-92, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 17-12-92, 4 p.)

Demande d'annulation de la décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié était dépourvue d'un minimum de fondement—La requérante avait été victime de quatre ou cinq crimes à la Trinité—La conclusion du tribunal était fondée sur l'absence de preuve crédible quant à la crainte de persécution ou, si une telle preuve existait, sur le fait que celle-ci n'avait pas rapport avec l'un quelconque des motifs figurant dans la définition de réfugié au sens de la Convention—Demande accueillie—La requérante a fondé sa revendication du statut de réfugié sur le motif de persécution raciale—Le tribunal a fait remarquer que [TRADUCTION] «beaucoup d'Indiens des Indes orientales sont victimes de crimes», mais il a abordé la question non pas au point de vue racial, mais au point de vue des crimes, comme si la revendication reposait sur la persécution par suite de crimes—L'omission de tenir compte de l'argument de la requérante constitue une erreur de droit—La

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

conclusion tirée au sujet du manque de crédibilité quant à la crainte de persécution si la requérante retournait à la Trinité est fondée sur le point de vue du tribunal selon lequel il était illogique que la requérante retourne à la Trinité pendant six mois entre deux voyages à l'étranger—L'explication donnée par la requérante au sujet du retard à revendiquer le statut de réfugié aurait dû être déférée au tribunal de second palier aux fins d'évaluation—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

JAIPAUSINGH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-661-92, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 25-11-92, 4 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Appel du jugement par lequel le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la demande d'autorisation d'interjeter appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE)—Appel rejeté—L'art. 68 de la Loi sur les douanes confère à une partie à un appel fondé sur l'art. 67 le droit d'interjeter appel d'un point de droit, sur autorisation, devant la Cour fédérale dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date à laquelle la décision visée par l'art. 67 a été rendue—L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel devant la Cour d'une décision d'un office fédéral, cette décision ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet d'un contrôle judiciaire—L'art. 24 confère à la Section de première instance la compétence exclusive, «sauf disposition contraire,» pour connaître des appels interjetés devant la Cour aux termes d'une loi fédérale—L'art. 28 confère à la Cour d'appel la compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant le TCCE—La Section de première instance ne peut être saisie de questions relevant de la Cour d'appel—Étant donné que la décision en cause est susceptible d'un appel expressément prévu par l'art. 68 de la Loi sur les douanes, elle ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire devant l'une ou l'autre des sections de la Cour en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale—En l'absence d'une «disposition contraire» d'une loi fédérale, l'appel est du ressort exclusif de la Section de première instance en vertu de l'art. 24—Puisque le délai de quatre-vingt-dix jours dans lequel l'appel visé à l'art. 68 doit être interjeté ne peut pas faire l'objet d'une prorogation, même sur consentement, la demande d'autorisation d'interjeter appel est maintenant purement théorique—L'art. 52b(i) n'habilite pas la Cour à ordonner *nunc pro tunc* qu'un avis d'appel soit déposé dans le délai prescrit de quatre-vingt-dix jours—La Section de première instance a compétence exclusive pour connaître des appels fondés sur l'art. 68 de la Loi sur les douanes—La Cour d'appel a compétence pour connaître des décisions du TCCE dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire, ce contrôle étant toutefois exclu dans la mesure où il existe un droit d'appel—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 68—Loi sur la Cour fédé-

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin**

rale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.5 (mod., *idem*, art. 5), 24 (mod., *idem*, art. 6), 28 (mod., *idem*, art. 8), 30 (mod., *idem*), 52b(i).

SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. PHILIPS ELECTRONICS LTD. (A-1166-92, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 20-1-93, 5 p.)

**SECTION D'APPEL**

Requête en annulation d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale contre une ordonnance de la Cour canadienne de l'impôt fixant la date d'audition de l'appel fiscal du requérant—Lorsqu'un appel est entendu de façon informelle conformément à la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, la CAF n'a compétence pour exercer un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 28 qu'à l'égard des affaires qui ont une incidence définitive sur les droits du requérant—Requête accueillie.

SILBERNAGEL C. CANADA (A-1277-92, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 17-11-92, 2 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE****BREVS DE PRÉROGATIVE***Certiorari*

Requête en radiation de la déclaration fondée sur le motif que la Cour n'est pas compétente pour accorder la réparation demandée—Le ministre a rejeté la demande de prestations de veuve présentée par la demanderesse en vertu du Régime de pensions du Canada pour le motif que celle-ci ne remplissait pas les conditions fixées à l'art. 64 alors en vigueur, à savoir que le conjoint de fait survivant doit avoir vécu avec le défunt pendant l'année précédant le décès—Le comité de révision a accueilli l'appel—Un appel ayant été interjeté devant la Commission d'appel des pensions, la demanderesse a soutenu que l'art. 64 porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte, parce qu'il traite différemment les conjoints de fait et les personnes mariées—La Commission a accueilli l'appel, et a conclu que la distinction ne constituait pas de la discrimination au sens de l'art. 15 de la Charte, car elle était fondée sur le statut juridique et non sur une caractéristique personnelle énumérée ou analogue—La demanderesse demande une ordonnance de *certiorari* annulant la décision de la Commission, ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que la Commission a commis une erreur en concluant que l'art. 64 n'allait pas à l'encontre de la Charte—L'art. 84 confère à la Commission le pouvoir d'arrêter toute question de fait ou de droit quant à savoir si une prestation est payable; la décision est définitive et obligatoire—Question de savoir s'il s'agit d'une clause privative absolue—Demande rejetée—Une interprétation stricte des art. 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale ayant pour effet de priver le demandeur d'un recours a été désapprouvée dans *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602—Les clauses privatives telles que celle qui figure à l'art. 84 ne visent pas à

## CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

contourner la compétence de la Cour fédérale en matière constitutionnelle—Le demandeur doit avoir accès à une cour compétente lorsqu'il s'agit de déterminer si le refus d'accorder une pension à un conjoint de fait en conformité avec l'art. 64 va à l'encontre de la Charte—Les tribunaux devraient généralement aborder les décisions des tribunaux administratifs avec une retenue raisonnable sauf dans les cas où les décisions des tribunaux comportent une interprétation de la Charte ou de droits constitutionnels: *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 64, 84—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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C., (1985), appendice II, n° 5], art. 15—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 28.

MOSHER C. CANADA (T-598-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 18-1-93, 7 p.)

## DOUANES ET ACCISE

### LOI SUR LES DOUANES

Requête en prorogation du délai de dépôt de la déclaration en vue de l'introduction d'un appel aux termes de l'art. 135(1) de la Loi sur les douanes—La décision du ministre, datée du 31 mars 1992, a été envoyée par la poste à l'ancienne adresse du requérant—Le requérant avait écrit au ministre sur une lettre à en-tête où figurait sa nouvelle adresse, mais sans mentionner expressément le changement—Les procureurs du requérant ont reçu une copie de la décision et en ont communiqué la teneur à celui-ci le 16 avril—Le 14 juillet, les procureurs du requérant ont fait savoir au ministre qu'on les avait chargés d'interjeter appel—Le 21 juillet, ils ont voulu déposer une déclaration, mais le gicfle a indiqué que le délai était expiré—La requête en prorogation a été déposée le 20 août—Requête accueillie—L'art. 135(2) prévoit que la Loi sur la Cour fédérale et les Règles de la Cour fédérale applicables aux actions ordinaires s'appliquent aux actions intentées en vertu de l'art. 135(1)—Les Règles de la Cour fédérale s'appliquent nécessairement à tous les aspects de l'action et notamment à son introduction et non uniquement une fois qu'elle a été intentée—La Cour est habilitée à proroger le délai imparti pour interjeter appel en vertu de l'art. 135—La Couronne savait qu'un appel serait interjeté à une date d'au plus deux semaines après et peut-être deux jours avant la date à laquelle la déclaration aurait dû être déposée—La Couronne ne subirait pas un préjudice indu si l'autorisation de déposer tardivement la déclaration était accordée—Les procureurs du requérant ont tenté de déposer assez rapidement une déclaration après qu'on leur eut donné des instructions de le faire et, se trouvant incapables de le faire, ils ont été contraints d'agir pendant une longue période de vacances—Compte tenu de la longue période de vacances, le retard n'a pas de répercussions importantes—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 135 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 49).

DAWE C. CANADA (92-T-1284, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 8-12-92, 4 p.)

## DROIT D'AUTEUR

Appel et appel incident contre la décision ([1990] 3 C.F. 489) par laquelle la Section de première instance a interdit à la Commission du droit d'auteur d'adopter le tarif régissant les redevances à payer aux sociétés de perception des droits—Appel rejeté pour les motifs énoncés dans *CTV Television Network Ltd. c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, A-340-90, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-1-93, C.A.F., sera publié dans [1993] 2 C.F.—L'appel incident interjeté par la Commission du droit d'auteur est rejeté.

CTV TELEVISION NETWORK LTD. C. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (A-329-90, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-1-93, 2 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

Appel d'une nouvelle cotisation relative à l'impôt sur le revenu dû par le père de la demanderesse à l'égard des années d'imposition 1978 à 1981—La nouvelle cotisation était fondée sur l'art. 160(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu par suite du transfert de la moitié d'une section de terre sise en Saskatchewan à la demanderesse moyennant une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande—Les parents de la demanderesse ont passé un contrat de séparation—Le transfert de la propriété a été enregistré le 23 mars 1982, et le titre a été délivré à la demanderesse—La défenderesse a pris des mesures d'exécution contre la demanderesse en vertu de l'art. 160(1) à l'égard de l'impôt sur le revenu dû par le père de cette dernière—L'art. 160(1)c) a été ajouté en 1983, et ne s'applique qu'aux transferts de biens effectués après le 12 novembre 1981—Question de savoir si le transfert a été effectué avant le 12 novembre 1981—Pour l'application de l'art. 160(1), la parcelle a été transférée à la demanderesse lorsque le contrat de séparation a été signé par son père, le 8 septembre 1981—Le contrat de séparation a donné lieu à un transfert «indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon» au sens de l'art. 160(1)—Dès qu'il a signé le contrat de séparation, le père de la demanderesse détenait le bien en fiducie pour le compte de cette dernière—La propriété a été transférée avant le 12 novembre 1981—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 160(1)c) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 107).

KOSTIUK C. CANADA (T-2887-89, juge Strayer, jugement en date du 17-12-92, 8 p.)

### CALCUL DU REVENU

Appel d'une nouvelle cotisation—En 1978, le demandeur et sa femme ont acheté une maison dans le cadre du programme de logement offert par l'employeur—Ils ont conclu un accord de vente à long terme, selon lequel ils effectuaient des versements mensuels, mais n'acquerraient le titre légal qu'une fois le prix d'achat payé au complet—Le demandeur n'aurait pas accepté un emploi dans une ville minière éloignée et isolée en l'absence de ce programme—Le logement fourni n'était pas une amélioration par rapport à celui que le demandeur occupait auparavant—En 1984, l'employeur a tenté de se retirer du programme de logement—Il a mis en place un programme selon lequel il était libéré de sa responsabilité de racheter la propriété s'il versait à l'employeur une somme représentant la commission

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

d'agent immobilier que ce dernier aurait peut-être à payer au moment de la vente, et s'il transférait la propriété à l'employé—L'employé pouvait à son gré participer au nouveau programme—La rémunération régulière pour les services rendus n'était pas modifiée—Le ministre a inclus dans le revenu la somme de 7 240 \$ versée au demandeur, conformément aux art. 6(1)a, b) et (3) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 6(1)a) prévoit que la valeur des avantages de quelque nature que ce soit reçus dans l'occupation d'un emploi doit être incluse dans le revenu—L'art. 6(1)b) inclut dans le revenu les sommes reçues à titre d'allocations pour frais personnels ou de subsistance ou à titre d'allocations pour toute autre fin—Selon l'art. 6(3), les paiements faits par l'employeur à l'employé à titre de contrepartie de l'acceptation de l'emploi sont réputés être une rémunération des services rendus par le bénéficiaire—Appel accueilli—La somme payée n'est pas imposable en vertu de l'art. 6(1)a)—Mention d'arrêts portant sur le but de l'art. 6(1)a) et le sens de l'expression «avantage»—Le paiement a été effectué par suite d'accords n'ayant rien à voir avec l'emploi du demandeur, concernant la propriété du bien-fonds lesquels ne faisaient pas partie des conditions d'emploi du demandeur et ne changeaient rien à son emploi—Le programme ne favorisait pas le perfectionnement du demandeur, ne faisait pas de lui un meilleur employé et ne lui donnait pas une possibilité d'avancement—La somme payée ne constitue pas une allocation pour l'application de l'art. 6(1)b)—Une somme payée pour satisfaire à l'obligation d'indemniser ou de rembourser quelqu'un ou de le défrayer des dépenses réellement engagées n'est pas une allocation: *R. c. Pascoe*, [1976] 1 C.F. 372 (C.A.)—Le concept d'allocation ne s'applique pas au paiement effectué en l'espère—La somme a été versée pour satisfaire à une obligation contractuelle de l'employeur et n'était pas destinée à constituer un gain personnel de l'employé ou à défrayer des extravagances personnelles—Elle était destinée à les dédommager de la perte de droits prévus au contrat—Rien ne permet de conclure que la somme a été payée à titre de rémunération des services rendus en vertu du contrat de travail, conformément à l'art. 6(3)d)—Le contrat de travail était indépendant de l'accord de logement et les services du demandeur étaient rémunérés séparément et intégralement—L'accord de 1978 et le contrat de travail étaient des documents distincts n'ayant rien à voir l'un avec l'autre—La somme n'a pas été payée conformément à l'accord de 1978, mais conformément à l'accord de 1984, qui visait à libérer l'employeur de l'accord initial de logement—La prestation de services conformément aux conditions du contrat de travail n'a rien à voir avec l'arrangement commercial qui a abouti au paiement—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 5, 6 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 1).

BLANCHARD C. CANADA (T-2373-86, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 22-10-92, 14 p.)

## Déductions

En 1982, l'intimé a choisi d'étaler son revenu en vertu de l'art. 110.4(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'intimé a produit un choix demandant la déduction maximale et a également demandé une déduction relativement à une cotisation de 5 500 \$ à un REER—Selon le revenu déclaré, il pouvait verser à son REER une cotisation de 238 \$ seulement—Le ministre a refusé d'augmenter de 5 262 \$, soit le montant de la déduction

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

rejetée relativement à la cotisation au REER, le montant d'étalement choisi—L'art. 110.4(7) prévoit que, lorsque le montant déduit en vertu d'un choix est plus élevé que le montant déductible, la déduction est réputée être réduite et le revenu imposable pour l'année augmenté en conséquence—Aucune autre disposition n'autorise la modification du choix, une fois effectuée—La Cour de l'impôt a conclu qu'étant donné que la cotisation établie par le ministre avait eu pour effet d'augmenter le montant admissible, la modification du choix était effectuée du simple fait que le ministre avait établi la cotisation—Le juge de première instance a rejeté l'appel—Appel accueilli—Le contribuable a le choix d'étaler la totalité du montant admissible, une partie de ce montant ou rien du tout—En l'absence d'une disposition législative, rien ne permet au ministre d'imposer un choix au contribuable, même si ce dernier le considère avantageux—Le ministre n'avait pas le pouvoir de modifier l'étalement du revenu choisi, pour la même raison qu'en l'absence de fraude, de fausse déclaration ou de renonciation en temps opportun, il ne pourrait établir une nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription, même si le contribuable voulait une nouvelle cotisation: *Canadian Marconi Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 655 (C.A.)—Une conclusion contraire ne serait pas limitée au contribuable en cause et pourrait contraindre d'autres contribuables à s'opposer à la modification de leur choix et peut-être à intenter des procédures—Le choix concernant l'étalement du revenu doit être effectué au plus tard à la date à laquelle la déclaration de revenus pertinente doit être produite et doit être produit avec la déclaration puisque aucune disposition ne prévoit un choix tardif—L'intention du législateur est claire: le contribuable a le droit d'effectuer un choix en fonction des circonstances, que lui seul peut connaître, qui existaient au moment où il produit sa déclaration—La Loi ne prévoit pas le choix fondé sur de nouvelles circonstances découlant d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 110.4 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 69), 178(2) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 64; 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 75)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2).

MILLER C. M.R.N. (A-782-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 18-12-92, 6 p.)

Appel du jugement de première instance rejetant l'appel interjeté contre de nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu—L'appelante remet en état des moteurs d'avion—Les moteurs remis en état sont retournés au propriétaire original avec remplacement d'un nombre considérable de pièces, de sorte qu'après trois remises en état, toutes les parties du moteur sont remplacées—Les pièces de rechange sont fabriquées par l'appelante, par sa compagnie mère, par des sous-entrepreneurs, ou encore il s'agit de pièces généralement disponibles sur le marché—Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait pas comme but premier de transformer des articles destinés à la vente, car chaque moteur conservait son identité propre en tant que moteur appartenant à un client particulier (conservation du même numéro de série, livret à vie, pièces non mélangées à celles des autres moteurs)—Le juge de première instance a suivi *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219 (1<sup>re</sup> inst.) et distingué *Halliburton Services Ltd. c. R.* (1985), 85 D.T.C. 5336 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

(1990), 90 D.T.C. 6320 (C.A.F.) et *Nowsco Well Service Ltd. v. R.* (1990), 90 D.T.C. 6312 (C.A.F.)—Appel rejeté—Le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il y avait deux courants jurisprudentiels conciliables—La distinction cruciale entre *Crown Tire* et *Halliburton* est que les bandes de caoutchouc devant être fixées à la carcasse appartenant aux clients n'étaient pas fabriquées ou transformées par la contribuable, alors que le ciment utilisé en liaison avec des puits de pétrole et de gaz était fabriqué sur mesure par la contribuable, selon des stipulations précises—La remise en état des moteurs d'avion constitue de la fabrication ou de la transformation, mais non de la «fabrication ou transformation de marchandises en vue de la vente» puisque les moteurs appartiennent en tout temps aux clients—La majorité des pièces de rechange vendues ne sont pas fabriquées ou transformées par la contribuable—La Loi exige que la contribuable fabrique ou transforme les mêmes articles qu'elle vend—La contribuable ne fabrique que le moteur entier, qu'elle n'offre pas en vente—Elle n'a pas droit aux déductions pour inventaire conformément à l'art. 20(1)gg) de la Loi de l'impôt sur le revenu (alors en vigueur), aux déductions de l'impôt payable par ailleurs des crédits d'impôt au titre des bénéfices de fabrication et de transformation, conformément à l'art. 125.1(1), des déductions pour amortissement au titre des biens compris dans la catégorie 29 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)gg) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14), 125.1 (édicte par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, annexe B, catégorie 29.

ROLLS ROYCE (CANADA) LTD. C. CANADA (A-1057-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 22-12-92, 12 p.)

*Entreprise agricole*

En 1977, 1978 et 1979, le demandeur a déduit de son revenu des pertes agricoles de 20 650,39 \$, de 30 967 \$ et de 47 552 \$ respectivement—Le ministre a admis des pertes restreintes de 5 000 \$ pour chaque année au motif que la principale source de revenu n'était ni l'agriculture ni une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source de revenu—La Cour de l'impôt a confirmé la nouvelle cotisation établie par le ministre—Le demandeur est le président d'une entreprise familiale s'occupant de construction qui génère un revenu brut annuel de 6 ou 7 millions de dollars—Un directeur général s'occupe des activités courantes de la compagnie, et notamment de la surveillance des directeurs et vendeurs—En 1974, le demandeur a acheté des chevaux et un terrain libre près de son domicile afin de créer, pour ses enfants, une activité récréative—Il a construit une écurie, comprenant des stalles pour cinq chevaux, une sellerie, un bureau et un étage supérieur servant à entreposer du foin—À la fin de 1975 ou de 1976, il a décidé de lancer une entreprise où l'on élèverait et entraînerait des quarter-horses et où l'on donnerait des leçons d'équitation—Il a embauché un entraîneur et doublé la taille des écuries—Il a assisté à des concours hippiques, en achetant et vendant des chevaux et en faisant de la publicité sur les services offerts—Il a bâti une salle d'exercice intérieure et une étable à stabulation libre—Il a acheté un étalon à des fins reproductives—Le demandeur prétend que l'entreprise d'élevage de quarter-horses générerait probablement un bénéfice de 20 000 \$ en 1992, mais aucun document n'a été produit à l'appui de cette prétention—Le

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

demandeur passe deux ou trois heures par jour aux locaux de l'entreprise de construction et le reste du temps, il s'occupe de son élevage de chevaux—Il consacre ses fins de semaine à son élevage de quarter-horses—Depuis 1976, l'entreprise agricole a accusé des pertes nettes sauf pendant trois années où de légers bénéfices ont été enregistrés—L'emploi de méthodes comptables sélectives (aucune déduction pour amortissement, aucune déduction des dépenses concernant les concours hippiques, du salaire de l'entraîneur, des frais d'électricité, des taxes ou des assurances) a donné lieu à la déclaration de pertes agricoles moins élevées pendant plusieurs années d'imposition—Application des principes énoncés dans *Moldovan c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 480—L'examen objectif des faits ne révèle aucune expectative raisonnable de profit en ce qui concerne l'élevage de quarter-horses—Même s'il y avait une expectative raisonnable de profit, cette source de revenu ne constitue pas la principale source de revenu—Le demandeur s'attend raisonnablement à toucher son revenu de la compagnie de construction—Le fait qu'il consacre la majeure partie de son temps à l'entreprise d'élevage ne change rien au fait qu'il contrôle la compagnie de construction, en sa qualité de président, et que les fonds qui lui permettent réellement de vivre proviennent de cette compagnie—L'entreprise agricole est une entreprise secondaire—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 31(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 7).

BERTRAND C. CANADA (T-565-88, juge McGillis, jugement en date du 1-12-92, 7 p.)

## PRATIQUE

Demande d'ordonnance portant qu'une partie de l'audience se déroulera à huis clos—La requérante tient à garder confidentielle l'identité de deux investisseurs non nommés—Rose-land Farms a été créée en 1976 pour le compte de deux personnes non nommées, par suite d'instructions émanant d'une compagnie suisse—Ces deux personnes avaient fait l'investissement par crainte d'une prise de pouvoir par les communistes en Italie—Elles veulent garder l'anonymat de façon à éviter d'être poursuivies pour avoir violé les restrictions existant alors en Italie sur la libre exportation des capitaux—L'art. 179 prévoit que les audiences devant la Cour fédérale peuvent se tenir à huis clos si le contribuable démontre, à la satisfaction de la Cour, que les circonstances le justifient—La publicité des débats est un principe d'ordre public—Demande rejetée—La contribuable ne s'est pas acquittée de l'obligation prévue à l'art. 179—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 179 (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 94).

ROSELAND FARMS LTD. C. CANADA (T-452-86, juge McGillis, ordonnance en date du 29-9-92, 2 p.)

Appel de la décision rendue par le M.R.N. à l'égard d'une demande de modification d'un régime de pension agréé—Le ministre est tenu d'assurer l'application et l'exécution de la Loi en vertu de l'art. 220(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et doit rejeter toute modification apportée à un régime de pension agréé qui n'est pas conforme aux conditions réglementaires prévues à l'art. 147.1(4)c)—On ne peut pas omettre de tenir compte des conditions réglementaires pour le motif qu'elles sont inconstitutionnelles—La Cour ne saurait rendre une déci-

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

sion que le ministre n'est pas habilité à rendre ou enjoindre à ce dernier de rendre pareille décision—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 147.1(4)c) (édifié par L.C. 1990, ch. 35, art. 16(1)), 220(1).

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE C. M.R.N. (A-654-92, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 26-1-93, 2 p.)

## INJONCTIONS

Requête en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant aux défendeurs de céder ou de transférer des brevets et des documents pertinents jusqu'à l'instruction—La défenderesse a donné à la demanderesse des brevets en garantie d'un prêt—Elle a par la suite fait défaut et la demanderesse a exigé le paiement du prêt—La défenderesse n'a pas payé—Elle a conclu une entente de garantie avec sa société jumelle américaine, sans donner d'avis aux autres créanciers, et cette dernière a saisi les brevets six jours plus tard—La demanderesse soutient que la défenderesse, dans le but de frauder ses créanciers, a comploté pour soustraire les brevets à ses créanciers—Demande accueillie—Les circonstances de l'espèce ne donnent pas lieu à une exception à l'application des trois critères établis dans *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.) et que cette Cour a constamment appliqués depuis *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1988] 3 C.F. 235 (C.A.): (1) une question sérieuse à trancher; (2) un préjudice irréparable; (3) la prépondérance des inconvénients—Il existe au moins une question sérieuse à trancher, soit celle de savoir si les défendeurs se seraient entendus en vue de poursuivre un but commun pour tromper les créanciers en faveur de la société jumelle—La preuve par affidavit relative au préjudice irréparable n'est pas aussi étoffée qu'elle aurait pu l'être, mais le préjudice irréparable est évident dans la mesure où l'on permet que les principaux éléments d'actif d'une entreprise reconnue comme insolvable soient dispersés avant l'instruction—En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, le maintien du statu quo ne saurait causer un préjudice irréparable aux défendeurs.

SASKATCHEWAN ECONOMIC DEVELOPMENT CORP. C. WESTPHALIA DME, INC. (T-1158-92, juge Dubé, ordonnance en date du 8-1-93, 5 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

### ENREGISTREMENT

Appel de la décision par laquelle le registraire a rejeté l'opposition de l'Association olympique canadienne à l'enregistrement de la marque de commerce et du dessin de l'intimée (chaîne entrelacée composée de cinq anneaux circulaires, représentant les unités de négociation du syndicat intimé, entourée du nom du syndicat et d'un cercle)—L'art. 9(1)n)(iii) de la Loi sur les marques de commerce interdit l'adoption d'une marque dont la ressemblance est telle qu'on pourrait la confondre avec tout insigne, écusson, marque ou emblème adopté et employé comme marque officielle par une autorité

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

publique du Canada—L'appelante est une autorité publique—L'art. 12(1)e) empêche l'enregistrement d'une marque dont l'art. 9 ou 10 interdit l'adoption—Le registraire a comparé deux des marques de l'appelante à la marque de l'intimée, bien que l'appelant ait produit un tableau de quinze marques, qui étaient toutes composées de cinq anneaux entrelacés agencés de façons différentes—Il a conclu que la ressemblance n'était pas déterminante puisqu'il y avait aussi des différences notables—Appel accueilli—Il incombe à la personne qui demande l'enregistrement de prouver l'absence de probabilité raisonnable de confusion—Il importe peu que les marchandises ou services des parties ne soient pas identiques—Lorsque le propriétaire d'une famille de marques s'oppose à l'enregistrement d'une marque soi-disant similaire, il faut prendre en considération les caractéristiques de toutes les marques faisant partie de la famille afin d'évaluer le degré de ressemblance—La ressemblance, comportant l'utilisation de cinq anneaux entrelacés, n'est pas amoindrie par les différences—La comparaison des anneaux figurant sur les marques de l'appelante et sur celle de l'intimée permet de conclure à la ressemblance au sens de l'art. 9(1)n)(iii)—Un examen attentif montre que les mots qui apparaissent sur la marque de l'intimée distinguent celle-ci, mais tel n'est pas le critère à appliquer—La question qui se pose est de savoir si une personne qui ne connaît qu'une des marques en cause et en garde un vague souvenir, pourrait, sous l'effet d'une première impression, se tromper ou se méprendre—La marque de l'intimée est employée non seulement dans les circonstances où les mots apparaîtraient clairement, mais aussi sur des écussons ou emblèmes ou peut-être dans d'autres circonstances où ces mots ne seraient pas facilement lisibles—Les mots ne constituent pas une caractéristique suffisamment distinctive pour créer le genre de distinction qu'il incombe à l'intimée de démontrer—La marque de l'intimée ressemble tellement aux marques de l'appelante qu'on pourrait la confondre avec celles-ci—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5)e), 9(1)n)(iii), 12(1)e), 35, 56(1).

ASSOC. OLYMPIQUE CANADIENNE C. HEALTH CARE EMPLOYEES UNION OF ALBERTA (T-2274-91, juge Rothstein, jugement en date du 14-12-92, 10 p.)

Appel du rejet de l'opposition—L'intimée a demandé l'enregistrement des marques de commerce «Custom Cut» et «Coupe Mesure» en vue de leur emploi envisagé au Canada en liaison avec des produits du tabac manufacturés—L'appelante s'est opposée aux demandes parce qu'elles donnaient une description claire ou donnaient une description fautive et trompeuse de produits du tabac manufacturés, en violation de l'art. 12(1)b) de la Loi sur les marques de commerce—Un membre de la Commission des oppositions des marques de commerce a conclu, après avoir examiné les définitions ordinaires tirées de dictionnaires, que le mot anglais «*custom*» («sur mesure») ne donnait pas une description explicite de la qualité de produits du tabac manufacturés et qu'il n'y avait aucune preuve que d'autres négociants employaient ce mot pour décrire la nature ou la qualité de produits du tabac—Le mot anglais «*custom*» («sur mesure») comporte peut-être une allusion indirecte et habile au sujet de la nature ou de la qualité des produits, en ce sens qu'il peut donner à entendre que ces derniers sont d'une qualité similaire à celle d'un produit fabriqué sur commande, mais l'art. 12(1)b) n'interdit pas une

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

telle allusion—La commissaire a conclu que les mots «Custom Cut» et «Coupe Mesure» ne donnent pas une description claire de la nature ou de la qualité des produits de l'intimée—La marque de commerce doit donner une description claire avant qu'on puisse conclure qu'elle en donne une description fautive et trompeuse—Appel rejeté—Le critère qui permet de déterminer si une marque de commerce enfreint l'art. 12(1*b*) est l'impression première que donne la marque à la personne ordinaire qui utilise les marchandises ou qui en fait le commerce—Cette détermination ne doit pas s'appuyer sur une étude ou une analyse critique du sens des mots employés—Le mot «clair» n'est pas synonyme du mot «exact» ou «précis», mais signifie plutôt facile à comprendre, évident en soi ou simple—La marque de commerce n'est qu'évocatrice de la nature ou de la qualité et ne donne pas une description claire ou une description fautive et trompeuse; elle ne contrevient donc pas à l'art. 12(1*b*)—La première impression qu'aurait la personne ordinaire qui consomme des produits du tabac manufacturés ou qui en fait le commerce est que les mots «Custom Cut» et «Coupe Mesure» ne donnent pas une description claire ou une description fautive et trompeuse—Absence d'erreur grave dans les motifs de la commissaire—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1*b*).

IMPERIAL TOBACCO LTD. C. ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. (T-3220-91, juge McGillis, jugement en date du 13-11-92, 15 p.)

## ORGANISMES DE CHARITÉ

Appel du refus d'accorder le statut d'organisme de charité—L'appelante est un organisme sans but lucratif constitué en vue de promouvoir l'unité canadienne—L'appelante soutient qu'elle est un organisme de charité étant donné qu'elle vise notamment à assurer l'information et a d'autres buts utiles à la collectivité—Le M.R.N. a décidé que la simple fourniture de renseignements n'a pas un but éducatif—L'activité doit contenir un élément de formation ou d'instruction—Le ministre a conclu qu'aucun précédent judiciaire n'avait établi que l'unité nationale ou des échanges personnels entre des Canadiens seraient utiles à la collectivité d'une façon que la loi considère comme charitable—Appel rejeté—La nature des objectifs de l'appelante et les activités prévues ne peuvent presque pas se distinguer de celles qui ont été examinées dans *Toronto Volograd Committee c. M.R.N.*, [1988] 3 C.F. 251 (C.A.), où la Cour a jugé que la nature fondamentalement politique des objectifs et des activités de l'organisme empêchait de conclure que celui-ci relevait des troisième et quatrième catégories d'organismes de charité établies en vertu du droit fédéral—Une conclusion contraire en l'espèce entraînerait non seulement l'évolution des concepts, mais aussi leur transformation complète—Distinction faite avec *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471 (C.A.), en ce sens que les activités de la Société visaient des autochtones qui occupaient une position particulière dans la société canadienne.

THE CANADA UNI ASSN. C. M.R.N. (A-145-92, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 1-12-92, 5 p.)

## PEUPLES AUTOCHTONES

## INSCRIPTION

Demande en jugement déclaratoire portant que les requérantes sont membres de la bande indienne de Samson et qu'elles ont droit à une part de la distribution des revenus de la bande, en *mandamus* obligeant les intimés à verser cette part aux requérantes à compter du moment où la bande a assumé la responsabilité de la distribution *per capita*, ainsi que d'une ordonnance de faire obligeant les intimés à continuer de verser aux requérantes leur part de la distribution *per capita* mensuelle jusqu'à nouvelle ordonnance—Les noms des demanderessees ont été rayés de la liste de la bande de Samson par application de la Loi sur les Indiens, en vigueur avant le 17 avril 1985—La modification effectuée en 1985 permettait aux requérantes d'être inscrites à titre d'Indiens—Le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien a inscrit les requérantes à titre de membres de la bande de Samson en se fondant sur la modification effectuée en 1985—Une fois l'inscription faite, chaque requérante a commencé à recevoir sa part mensuelle de la distribution *per capita* (dpc) des fonds du compte en capital de la bande, que le Ministère administrait, et ce, jusqu'en avril 1988—En mai 1988, le budget de fonctionnement de la bande a été transféré de son compte en capital à son compte de revenu—La bande administrait le compte de revenu—La bande a donc assumé la responsabilité des paiements au titre de la dpc—La distribution aux autres membres de la bande s'est poursuivie sans interruption, mais les requérantes ont cessé de recevoir leur part—Les requérantes, à titre de demanderessees, ont intenté une action en alléguant que la bande leur devait l'argent non versé de la dpc—La bande soutient que les requérantes ne sont pas membres de la bande parce que celle-ci n'a pas consenti à leur réintégration—Elle conteste la constitutionnalité de la Loi sur les Indiens, qui autorise le ministre à se prononcer sur la qualité de membre, pour le motif qu'il s'agit là d'un droit inhérent de la bande elle-même—Demandes rejetées—Le règlement de la demande est régi par les principes établis en matière interlocutoire—Application des principes énoncés dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1988] 3 C.F. 235 (C.A.)—L'ordonnance de *mandamus* est encore plus exceptionnelle que l'injonction interlocutoire—L'exigence selon laquelle l'ordonnance de *mandamus* doit être fondée sur une obligation publique prévue de façon claire et sans équivoque par les dispositions de la loi applicable n'est pas satisfaite—Les textes de loi contestés doivent être observés tant que les tribunaux ou le législateur ne décident pas le contraire—La Loi définit les critères d'inscription des Indiens, mais elle ne prévoit pas une obligation en vertu de laquelle la bande de Samson serait tenue d'effectuer les distributions sur le compte de revenu que demandent les requérantes—Les jugements déclaratoires demandés et les ordonnances en vue du paiement des dpc auraient pour effet de trancher des questions d'appartenance à la bande de Samson et la validité constitutionnelle des dispositions contestées, questions à trancher à l'instruction—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 6 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4), 8 (mod., *idem*), 9 (mod., *idem*), 10 (mod., *idem*), 12 (mod., *idem*), 62, 63, 69—Règlement sur les revenus des bandes d'Indiens, C.R.C., ch. 953, art. 2, 3, 4—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 4)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663,

## PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

Règles 319 (mod. par DORS/88-221, art. 4), 320 (mod., *idem*, art. 5), 321 (mod., *idem*, art. 6), 321.1 (édicte, *idem*, art. 7; DORS/92-43, art. 4).

MARTEL C. BANDE INDIENNE DE SAMSON (T-2391-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-12-92, 10 p.)

## PRATIQUE

## FRAIS ET DÉPENS

Taxation entre parties des dépens de l'intimée Imperial Oil Ltd.—La Règle 344 s'applique, plutôt que la Règle 1312, car l'appel de la décision du Tribunal de la concurrence est considéré comme un appel de la Section de première instance—La «taxation des dépens» est admise en vertu de l'art. 1(1)c) du tarif B—La préparation de l'avis d'intention n'est pas un poste admissible prévu par le tarif—Les postes (ii) et (iii) sont refusés car ils se rapportent à des demandes interlocutoires—La somme de 344,91 \$ destinée à couvrir la TPS est également refusée car elle n'est pas fondée sur un débours réel—Le mémoire de frais de l'intimée est taxé et admis jusqu'à concurrence de la somme de 4 827,37 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-211, art. 2), 1312, tarif B (mod., *idem*, art. 8), art. 1(1)c).

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) C. IMPERIAL OIL LTD. (A-179-90, officier taxateur Pilon, taxation en date du 30-11-92, 3 p.)

Taxation des dépens entre avocat et client conformément à l'art. 84 de la Loi sur l'immigration—Le requérant a déposé un avis de requête en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la Section d'appel de l'immigration—Par la suite, il a déposé un avis de requête en vue de la prorogation du délai de dépôt de documents justificatifs—Dans une lettre, il a retiré la requête en vue d'obtenir l'autorisation d'appel—L'officier taxateur n'a pas compétence pour donner des directives en vertu de l'art. 84—L'art. 84 est destiné à dissuader le ministre de présenter des demandes d'autorisation d'appel en le pénalisant quant aux frais entre avocat et client—Conformément à la requête présentée en vertu des Règles 319 et 324 en vue de l'obtention de directives conformément à l'art. 84, le juge des requêtes doit renvoyer l'affaire à l'officier taxateur aux fins de la taxation—Le mémoire de frais, qui s'élevait à 1 297,81 \$, est admis jusqu'à concurrence de la somme de 1 261,73 \$—L'art. 84 ne prescrit rien quant aux frais entre avocat et client et n'envisage pas une limite arbitraire ou globale, sans égard aux frais cumulatifs que dictent les circonstances particulières—Les honoraires des avocats varient selon les forces du marché et l'expérience de l'avocat—La Loi sur l'immigration et les Règles de la Cour fédérale ne restreignent pas le choix qu'une partie a de faire appel à un avocat particulier en raison du tarif horaire et ne laissent donc pas implicitement entendre que les frais sont assujettis à un plafond global—Cependant, cela n'ouvre pas la voie à un dédommagement illimité—Les frais relatifs aux services de traitement de textes figurent à titre de poste distinct—Pour être admissibles à la taxation, ces frais doivent satisfaire au double critère de la pertinence et du caractère raisonnable par rapport

## PRATIQUE—Suite

au chemin critique du litige, soit le continuum des mesures concrètes nécessaires pour obtenir gain de cause dans le litige—Les mesures prises en dehors de ce chemin critique peuvent faire l'objet d'un dédommagement entre parties, au niveau avocat-client—Les frais de traitement de textes n'ont pas été présentés, dans le mémoire de frais, en tant que partie intégrante des honoraires d'avocats comme c'est habituellement le cas, mais il s'agit simplement d'une tentative pour indiquer au client les frais réels associés à la compétence professionnelle de l'avocat, par opposition aux frais réels associés au processus de fourniture des services—Le cabinet d'avocats n'a pas établi qu'il fallait modifier le précédent relatif aux frais généraux, mais plutôt que les officiers taxateurs doivent tenir compte de la réalité de l'exercice du droit—Examen du mémoire de frais visant à permettre de déterminer si celui-ci peut donner lieu à un dédommagement entre parties—S'il est admissible, il faudrait néanmoins qu'il satisfasse au critère du caractère raisonnable—Si les frais de traitement de textes avaient pour effet d'engendrer des frais excessifs par rapport à la complexité des questions en jeu et à l'effort requis par rapport au résultat obtenu, il faudrait que ces frais ou une partie des honoraires des avocats soient réduits en conséquence—Les frais de traitement de textes peuvent être pris en considération parce qu'ils sont associés à la prestation d'un service professionnel et que l'intimée était tenue de les payer—La base de ces frais était exposée dans la lettre d'avances—Cela ne devrait pas ouvrir la voie à la ventilation de services généraux parce que ces derniers doivent néanmoins satisfaire au critère du caractère raisonnable compte tenu du résultat ultime visé, c'est-à-dire qu'il doit résulter des montants équivalents, indépendamment de la manière dont le mémoire est présenté si la nécessité du service particulier n'est pas contestée—Si les frais relatifs aux services généraux constituent un facteur du total des heures d'avocats facturées, le montant total du compte entre avocat et client doit être le même dans les deux cas—L'art. 84(1) parle de «la totalité des dépens et des frais accessoires»—Il prévoit deux éléments: (1) «lorsque le ministre demande l'autorisation d'appel . . . la totalité des dépens . . . », c'est-à-dire vraisemblablement les frais associés aux questions de fond et aux questions interlocutoires concernant la préparation du dossier en vue de la prise d'une décision définitive ainsi qu'aux questions postérieures au jugement, comme les frais; (2) «lorsque le ministre demande l'autorisation d'appel . . . la totalité . . . des frais accessoires . . . », c'est-à-dire, vraisemblablement, que les frais comme ceux qui sont associés à des questions interlocutoires et à des questions postérieures au jugement ou, en l'absence d'un jugement définitif, et susceptibles d'attirer ce genre d'objection, feront l'objet d'un dédommagement—L'art. 84(1) doit offrir aux parties au litige le filet le plus large et non le plus étroit—Les 5,3 heures se rapportant aux honoraires des avocats (indépendamment des 2,9 heures consacrées à l'étude et à l'analyse du droit) comprennent onze éléments dont la durée varie de 0,1 à 0,5 heure—Les descriptions et les durées qui y sont associées ne dénotent aucun excès—Le cabinet d'avocats est spécialisé dans la propriété industrielle—Des avocats spécialisés en droit de l'immigration auraient peut-être conduit l'affaire d'une façon différente, mais la différence de coûts aurait été négligeable—Les parties sont libres de choisir leurs avocats, mais leur choix doit satisfaire aux normes établies par l'interrogatoire tenu au moment de la taxation—La période de 2,9 heures consacrée à l'étude et à l'analyse, le lendemain du

## PRATIQUE—Suite

jour où la requête en autorisation d'appel a été présentée, est minime—Le mémoire de frais relatif à la préparation aux fins de la taxation qui a été présenté est admis au complet, jusqu'à concurrence de la somme de 1 752,22 \$—Il est plus élevé que normalement à cause de la question de la compétence—L'intimée était libre de procéder selon les circonstances de l'affaire, en l'absence de jurisprudence sur ce point—Elle ne devrait pas être pénalisée en l'absence de preuve que les frais reliés à la conduite du litige sont exorbitants—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.R.C. (1985 (4<sup>e</sup> suppl.)), ch. 28, art. 19), 84 (mod., *idem*)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règle 9(3).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. CHAN (91-A-3828, officier taxateur Stinson, taxation en date du 3-11-92, 26 p.)

## REJET DES PROCÉDURES

Demande d'ajournement présentée par l'avocat du demandeur et demande de rejet de l'action présentée par l'avocat de la défenderesse en vertu de la Règle 495(1)b)—L'avocat de la défenderesse s'est opposé à la demande d'ajournement parce qu'on était censé procéder à l'instruction de l'affaire et que les témoins étaient présents—L'avocat de la défenderesse n'a pas été informé que le demandeur ne serait pas en mesure de procéder à l'instruction—Aucune demande en vue de l'obtention d'une ordonnance d'*habeas corpus* n'a été présentée pour que le demandeur, qui était incarcéré au pénitencier de Kingston, soit amené devant le tribunal—Des membres du personnel de la Cour fédérale sont venus d'Ottawa et de Toronto pour comparaître à l'audience, à Kingston—Les actions de l'avocat du demandeur montrent un manque de respect complet envers la Cour—Requête en ajournement rejetée—Rien ne peut justifier de façon raisonnable que l'on n'instruise pas l'affaire—Demande de rejet de l'action accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 495(1)b).

GRAHAM C. CANADA (T-741-88, juge McGillis, jugement en date du 12-11-92, 6 p.)

## SUSPENSION D'INSTANCE

Demande de suspension de l'action à l'égard de la défenderesse Companhia de Navegacao Lloyd Brasileiro et du navire *Rio Acre* pour le motif que le tribunal japonais est l'instance la plus appropriée pour connaître de l'affaire—L'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige—Action fondée sur la négligence découlant du dommage causé à des marchandises—Le Canada n'a rien à voir avec le transport des marchandises, sauf qu'un affidavit portant demande de mandat a été déposé et qu'un mandat de saisie du navire a été obtenu à Vancouver—Les parties ne peuvent pas s'entendre sur la question du ressort—Demande rejetée—Renvoi au critère permettant de déterminer si la suspension doit être accordée, lequel a été énoncé dans *Yasuda Fire & Marine*

## PRATIQUE—Fin

*Insurance Co. Ltd. c. Le navire Nosira Lin*, [1984] 1 C.F. 895 (C.A.)—Question de savoir s'il existe un autre tribunal où justice peut être faite entre les parties avec des inconvénients et des frais beaucoup moindres et si la suspension privera les demandeurs d'un avantage personnel ou juridique légitime—Il faut tenir compte de toutes les circonstances, et en particulier de celles qui sont énoncées dans *Burrard-Yarrows Corp. c. Le Hoegh Merchant*, [1982] 1 C.F. 248 (1<sup>re</sup> inst.)—Le pouvoir discrétionnaire d'accorder la suspension ne devrait être exercé que dans des circonstances spéciales et c'est à la partie qui demande la suspension qu'il incombe de prouver l'existence de ces circonstances spéciales: *Reading & Bates Construction Co. et autres c. Gaz Inter-Cite Quebec Inc.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 266 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Étant donné qu'une des demandresses est une compagnie de Trinité-et-Tobago, que la défenderesse est une compagnie brésilienne, que le navire a été chargé à la Trinité, il est aussi commode pour les parties de se rendre au Canada que de se rendre au Japon—Les deux autres demandresses viennent du Japon, mais elles ont toutes les deux demandé que l'affaire soit entendue au Canada—Aucun des défendeurs n'a de liens avec le Japon—Les défendeurs espèrent peut-être soutenir en défense que le tribunal japonais n'a pas compétence—Les demandresses subiraient un préjudice parce qu'il faudrait deux fois plus de temps au Japon qu'au Canada pour mener l'affaire à terme; au Japon, il n'y a pas de communication obligatoire de documents ni d'interrogatoire préalable; les honoraires des avocats des demandresses ne pourraient pas être recouverts à titre de dépens—L'instance la plus appropriée se trouve au Canada—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

CARIBBEAN ISPAT LTD. C. COMPANHIA DE NAVEGACAO LLOYD BRASILEIRO (T-631-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 22-12-92, 9 p.)

## RELATIONS DU TRAVAIL

Demande en vue de l'obtention d'un jugement déclarant nulle la partie de la décision de l'arbitre imposant des conditions; infirmant la partie de la décision concernant l'indemnité; renvoyant la partie de la décision concernant l'indemnité à l'arbitre pour qu'il fixe l'indemnité à payer—L'employeur a mis fin à l'emploi du requérant pour le motif que la Commission des accidents du travail avait indiqué que celui-ci n'était pas apte à travailler—L'arbitre a conclu que le requérant avait été injustement congédié et a réintégré celui-ci à condition qu'il fasse preuve d'une assiduité raisonnable, qu'il subisse un examen médical chez un médecin de l'employeur après une absence de plus de trois jours, l'arbitre demeurant saisi de l'affaire au cas où ces conditions poseraient des problèmes—L'arbitre n'a pas accordé d'indemnité—Le requérant soutient que l'arbitre a outrepassé sa compétence en imposant des conditions, en omettant d'ordonner le paiement d'une indemnité après avoir conclu au congédiement injuste, en tenant compte de l'absence de faute de la part de l'employeur et des problèmes que l'employeur pourrait avoir avec la Commission des accidents du travail par suite de l'ordonnance, ainsi que du fait

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

que les exigences imposées à l'intimée doivent être justes—En vertu de l'art. 242(4) du Code canadien du travail, l'arbitre peut, s'il décide que le congédiement était injuste, enjoindre à l'employeur de payer une indemnité, réintégrer l'employé et prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer pour remédier aux effets du congédiement—L'art. 243 prévoit que les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu de l'art. 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires—Il n'y a rien dans la partie de la décision qui porte sur l'incapacité d'exécuter le travail qui soit manifestement déraisonnable au point de justifier l'intervention de la Cour—Il est douteux que le requérant puisse régulièrement continuer d'accomplir pour l'intimée des tâches consistant notamment à soulever fréquemment un poids de 70 livres, sans éprouver d'autres problèmes au dos, ce qui l'obligerait à s'absenter involontairement—Renvoi à *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire n'est plus assujéti à la clause privative—Il importe de noter que l'art. 242(4) prévoit que l'arbitre peut, s'il décide que le congédiement était injuste, enjoindre à l'employeur de faire certaines choses, mais qu'il ne dit rien au sujet de ce que l'employé peut être tenu de faire pour être réintégré—Distinctions faites avec les arrêts portant sur des cas d'arbitrage dans le cadre d'une convention collective ou sur l'application de lois provinciales libellées de façon différente—La décision de réintégrer l'employé est incompatible avec la conclusion selon laquelle la décision de l'employeur, compte tenu de la preuve médicale, était pleinement justifiée—Arrêts établissant que l'arbitre agissant en vertu de l'art. 242(4) peut ordonner la réintégration sans indemnité pour les gains perdus entre le moment du congédiement et celui de la réintégration—La décision de l'arbitre, en ce qui concerne l'indemnité, ne devrait pas être modifiée—Étant donné que l'art. 242(4)c) parle uniquement de ce que l'«employeur» peut être tenu de faire et que l'arbitre est dessaisi de l'affaire une fois qu'il a réglé les questions de la réintégration et de l'indemnité, l'arbitre n'était pas compétent pour imposer une période probatoire de trois ans et se considérer toujours saisi de l'affaire—Les observations relatives à l'absence de faute de la part de l'employeur et au risque d'exposer ce dernier à des difficultés avec la Commission des accidents du travail sont gratuites—La partie de la décision dans laquelle les conditions sont imposées est annulée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16), 243—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 (édicé,

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

*idem*, art. 5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 1602 (édicé par DORS/92-43, art. 19).

MURPHY C. CANADA (ARBITRE, CODE CANADIEN DU TRAVAIL.) (T-609-92, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 21-12-92, 22 p.)

**TRANSPORTS**

Appel et appel incident contre la décision par laquelle l'Office national des transports a rejeté les plaintes déposées à l'égard du poste 2135 du tarif 6200 du CP et approuvé ledit poste sous réserve de modifications importantes—Le poste concerne les frais de «stockage»—La seule question soulevée devant l'Office et dans le cadre de l'appel incident est de savoir si le poste est licite, lorsqu'il s'agit de l'appliquer au transport du grain en vertu de la Loi sur le transport du grain de l'Ouest (la LTGO)—Question de savoir si les frais de «stockage» prévus au poste 2135 sont des «taux ... pour les mouvements du grain» au sens de l'art. 42 de la LTGO—Question réglée dans *Canadien Pacifique Ltée et autres c. Commission canadienne des transports et autre*, [1980] 1 R.C.S. 319—Cette dernière affaire portait sur la légalité des surestaries concernant de la farine expédiée jusqu'aux ports de la côte est—Les surestaries faisaient partie des taux pour les mouvements du grain au sens de l'art. 2 de la LTGO—Les frais de «stockage» envisagés ne peuvent pas être distingués des surestaries—En vertu de l'art. 2 de la LTGO, le «mouvement» constitue du «transport», et ne prend fin qu'au moment de la livraison—Le «mouvement» vise tout le processus ou toute la série d'actions par lesquels le grain est transporté du point d'origine au point de destination et ne prend fin qu'au moment où les wagons sont placés de façon à pouvoir être déchargés—Le but de la LTGO est d'établir un seul taux légal subventionné pour le grain transporté vers l'est ou vers l'ouest entre les prairies et un port—Le barème de taux imposé par la LTGO vise à permettre aux chemins de fer de recouvrer tous les coûts variables associés au «mouvement» du grain ainsi qu'un supplément de 20 % destiné à couvrir les coûts fixes—Il faut appliquer le régime légal complet élaboré par le législateur—Le poste 2135 du tarif du CP punit l'innocent afin de décourager le coupable, ce qui n'est pas conforme à l'intention que le législateur a exprimée dans la partie II de la LTGO—Appel rejeté—Appel incident accueilli—Loi sur le transport du grain de l'Ouest, L.R.C. (1985), ch. W-8, art. 2, 34, 42, 44.

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS (A-81-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 22-12-92, 14 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9