



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 1, Part 1

2001, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2001] 1 F.C., 3-218

Renvoi [2001] 1 C.F., 3-218

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2001.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

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

Spécialiſte des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiſte adjointe des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrêtiſte en chef et le comité consultatif nommés conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale doivent être adressées à: L'arrêtiſte en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, au (613) 995-2706.

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

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

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

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

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I

Air Nunavut Ltd. v. Canada (Minister of Transport) (T.D.)	138
--	------------

Air Law — Air carrier based at Iqaluit serving remote communities with two aircraft — Judicial review of Civil Aviation Tribunal's dismissal of appeal from hearing officer's determination upholding Minister's suspension of air operator certificate — First notice of suspension issued for non-compliance with conditions of certificate pursuant to Aeronautics Act, s. 7.1(1)(b) (no full-time chief pilot) without prior notice to applicant — Second notice issued pursuant to same authority citing four violations — Described as superseding, replacing first notice — Hearing officer striking out second notice for non-compliance with Aeronautics Act, s. 7.1(2)(b) in that purported to take effect retroactively; confirming first notice of suspension — Appeal panel upholding first notice of suspension — Application allowed — (1) Within Tribunal's jurisdiction to invalidate second notice of suspension — Determination of validity of suspension notice pre-condition to Tribunal's jurisdiction to review Minister's decision under s. 7.1 — Where deficiencies clearly identifiable on face of document, futile to proceed with hearing — Power existing by necessary implication — (2) Not open to Tribunal to hold first suspension valid — Minister intending second notice to replace, supersede first notice — First notice thus revoked

Continued on next page

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

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I

Air Nunavut Ltd. c. Canada (Ministre des Transports) (1^{re} inst.)	138
--	------------

Droit aérien — Transporteur aérien ayant sa base d'exploitation à Iqaluit qui dessert des collectivités éloignées avec deux appareils — Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal de l'aviation civile rejetant l'appel interjeté à l'encontre de la décision du conseiller chargé de l'audition confirmant la suspension par le ministre du certificat d'exploitation aérienne — Premier avis de suspension délivré pour non-respect des conditions du certificat en vertu de l'art. 7.1(1)(b) de la Loi sur l'aéronautique (absence d'un pilote en chef à temps plein) sans préavis à la demanderesse — Second avis délivré en vertu de la même autorisation législative et faisant état de quatre contraventions — Présenté comme remplaçant le premier avis — Le conseiller a annulé le second avis au motif qu'il n'était pas conforme à l'art. 7.1(2)(b) en ce qu'il prétendait avoir un effet rétroactif — Le comité d'appel a jugé que le premier avis était valide — Demande accueillie — 1) Le Tribunal avait compétence pour annuler le second avis de suspension — La décision sur la validité de l'avis de suspension constitue une condition préalable à la compétence du Tribunal en vertu de l'art. 7.1 — Lorsque des lacunes peuvent être clairement constatées à la lecture d'un document, il serait futile de poursuivre l'audition — Ce pouvoir existe par déduction

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— (3) Some form of prior notice, opportunity to respond required before notice operative — Factors enumerated in *Baker v. Canada (M.C.I.)* as relevant to determining requirements of common law duty of procedural fairness considered — General common law duty of public authorities to act fairly in making administrative decision affecting rights, privileges, interests of individuals — Severe financial impact on applicant's business balanced against promotion of aviation safety — In circumstances, minimal duty of fairness required before suspending certificate.

Administrative Law — Judicial review — *Certiorari* — Minister suspending applicant's air operator certificate for non-compliance with conditions thereof without giving applicant prior notice, opportunity to respond to concerns — Factors enumerated in *Baker v. Canada (M.C.I.)* as relevant to determining requirements of common law duty of procedural fairness (nature of decision, process, statutory scheme, importance of decision to individuals, legitimate expectations of person challenging decision) considered — Severe financial effect of suspension on applicant balanced against promotion of aviation safety — General common law duty of public authority to act fairly in making administrative decision affecting rights, privileges, interests of individuals — In circumstances, minimal duty of fairness required before suspending certificate.

Andino v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 70

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of refugees — Judicial review of danger opinions issued pursuant to Immigration Act, ss. 70(5), 53(1)(a) — Applicant convicted of arson (burning of Indian Band's bighouse) — Request applicant be declared danger to public made in field report containing detailed review of reasons for decision concerning conviction, sentencing — Subsequent headquarters report focussing principally on risk assessment of removal to El Salvador — Application allowed — Field report not balanced in selection of Judge's comments on conviction, sentencing — Duty of fairness required in issuing danger opinion not minimal — Convention refugees benefit from protection against refoulement unless guilty of serious criminality in Canada and, in Minister's opinion, danger to public — Field report not focussing on Judge's comments concerning circumstances (Band's racial bias against applicant) leading to arson —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nécessaire — 2) Le Tribunal ne pouvait juger la première suspension valide — L'intention du ministre était que le second avis remplace le premier — Le premier avis a donc été révoqué — 3) Il fallait donner une forme quelconque d'avis et la possibilité de répondre avant que l'avis ne prenne effet — Examen des facteurs énumérés dans *Baker c. Canada (M.C.I.)* comme pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale de common law — Obligation générale des autorités publiques, en common law, d'agir équitablement dans les décisions administratives touchant les droits, privilèges ou intérêts des personnes — Équilibre à établir entre les effets financiers graves sur l'entreprise de la demanderesse et la promotion de la sécurité aéronautique — Dans les circonstances, une obligation minimale d'équité s'imposait avant la suspension du certificat.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Suspension par le ministre du certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse pour non-respect des conditions de délivrance du certificat sans préavis et sans lui donner la possibilité de répondre aux préoccupations — Examen des facteurs énumérés dans *Baker c. Canada (M.C.I.)* comme pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale de common law (nature de la décision, processus suivi, régime législatif, importance de la décision pour les personnes visées, attentes légitimes des personnes qui contestent la décision) — Effets financiers graves de la suspension mis en balance avec la promotion de la sécurité aéronautique — Obligation générale de l'autorité publique, en common law, d'agir équitablement dans les décisions administratives touchant les droits, privilèges ou intérêts des personnes — Dans les circonstances, une obligation minimale d'équité s'imposait avant la suspension du certificat.

Andino c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 70

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire d'avis sur le danger émis en vertu des art. 70(5) et 53(1)a) de la Loi sur l'immigration — Demandeur reconnu coupable d'incendie criminel (incendie de la grande maison d'une bande indienne) — Demande visant à faire déclarer le demandeur un danger pour le public faite dans un rapport d'enquête examinant en détail les motifs de la décision concernant la condamnation et l'imposition de la peine — Rapport ultérieur du siège de la Commission traitant principalement de l'évaluation du risque que posait le renvoi du demandeur au Salvador — Demande accueillie — Rapport d'enquête n'analysant pas de façon équilibrée les remarques du juge au moment de condamner le demandeur et de lui imposer sa peine — L'obligation d'équité que le ministre doit respecter en émettant un avis sur le danger n'est pas minimale — Le réfugié au sens de la Convention bénéficie d'une protection

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Necessary to assess seriousness of crime in context of likelihood Convention refugee danger to public in Canada — Extent of right to make submissions depending on right at stake — Where Convention refugee to be removed to country where harsh, inhuman treatment may be inflicted, danger opinion affecting in fundamental way individuals' future — Fairness herein requiring opportunity to comment on field, headquarters reports prior to determination whether danger opinion should issue — Outweighing additional burden disclosure to Convention refugees may cause respondent's officials — Errors in field report sufficiently serious that failure to disclose breach of procedural fairness.

Bouguettaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 3

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of IRB, Refugee Division's dismissal of application for new hearing — Applicant filing military exemption on white paper — Documentary evidence that Algerian military exemption card yellow — Explaining issued to him as teacher, not student — Denied refugee status for lack of credibility — Tribunal acknowledging Algerian authorities issuing deferment certificates on sheets of paper rather than yellow cards since 1998, but principle of natural justice not violated because documentary evidence not contradicted at hearing, while decision under reserve — Application allowed — Breach of natural justice — (1) Tribunal ignoring other decisions of Refugee Division wherein Algerian claimants presenting deferments on white paper granted refugee status — When one panel of Refugee Division reaching conclusion different from that reached by another regarding similar questions of fact, law, should make necessary distinctions to avoid arbitrary, unfair decisions — (2) Tribunal could not have concluded documentary evidence not contradicted by applicant at time case heard given applicant's explanation for why deferment on white paper — Failed to grasp fact information regarding deferments based on 1993 conversation — (3) Tribunal narrowed scope of breach of natural justice too much — That information not known, not in effect, when case heard relating more to concept of new facts than to breach of natural justice — Concept of breach of natural justice

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

contre le refoulement, à moins qu'il n'ait déjà été reconnu coupable d'un crime grave au Canada et que, selon le ministre, il constitue un danger pour le public — Rapport d'enquête ne portant pas principalement sur les remarques du juge à propos des circonstances (partialité raciale de la Bande contre le demandeur) qui ont mené à l'incendie criminel — Appréciation de la gravité du crime nécessaire dans le contexte de la probabilité que le réfugié au sens de la Convention constitue un danger pour le public au Canada — La mesure dans laquelle l'intéressé aura le droit de faire des observations dépendra du droit en jeu — Lorsque le réfugié au sens de la Convention doit être renvoyé vers un pays où il pourrait subir un traitement cruel et inhumain, l'avis sur le danger a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées — L'équité en l'espèce exigeait que le demandeur ait l'occasion de commenter le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission avant que le représentant du ministre ne tranche la question de savoir si le ministre devait ou non émettre un avis sur le danger — L'équité l'emportait sur tout fardeau supplémentaire que cette communication au réfugié au sens de la Convention pouvait imposer aux fonctionnaires du défendeur — Le rapport d'enquête contenait des erreurs suffisamment graves de sorte que l'omission de le communiquer au demandeur constituait une violation de l'équité procédurale.

Bouguettaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 3

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de la CISR a rejeté une demande relative à la tenue d'une nouvelle audience — La demande de sursis militaire du demandeur était imprimée sur du papier blanc — La preuve documentaire montre que la carte de dispense pour les fins du sursis militaire en Algérie est de couleur jaune — Le demandeur explique qu'elle lui a été délivrée alors qu'il avait le statut d'enseignant et non d'étudiant — On lui a refusé la reconnaissance du statut de réfugié au motif d'absence de crédibilité — Le tribunal a reconnu que des attestations de sursis imprimées sur des feuilles de papier ont été délivrées au moins depuis 1998 par les autorités algériennes, en remplacement des cartes de couleur jaune, mais n'a pas conclu à la violation des principes de justice naturelle parce qu'au moment où la cause a été entendue et lors du délibéré, la preuve documentaire n'a pas été contredite — Demande accueillie — Violation des principes de justice naturelle — 1) Le tribunal n'a pas tenu compte d'autres décisions de la section du statut dans lesquelles on a accordé la reconnaissance du statut de réfugié aux demandeurs algériens présentant des sursis sur du papier blanc — Lorsqu'une formation de la section du statut décide de conclure différemment d'une autre formation du même tribunal sur des questions de droit et de faits semblables, elle se doit de faire les distinctions qui s'imposent pour éviter les décisions arbitraires et injustes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

broader, relating to concept of fundamental justice, principle whose content varying with circumstances and can include evidentiary defects.

Canada (Human Rights Commission) v. Gordon Band Council (C.A.) 124

Native peoples — Registration — Band Council denying housing on reserve to female Bill C-31 Band member married to non-Indian — Although *prima facie* case of discrimination, CHRT cannot grant remedy in view of CHRA, s. 67, as decisions made under Indian Act.

Human Rights — Indian Band Council denying housing on reserve to female Band member married to non-Indian — *Prima facie* case of discrimination on prohibited grounds (sex, marital status, race) — However, Band council housing decisions made under Indian Act immunized from remedy being granted by CHRT by CHRA, s. 67.

Dryburgh v. Oak Bay Marina (1992) Ltd. (T.D.) . . 192

Maritime law — Contracts — Plaintiff claiming damages for negligence, breach of contract, duty as bailee for reward, despite exculpatory clause in moorage contract — Dock at which plaintiff's yacht moored breaking up, resulting in damage to yacht — Under moorage contract vessels moored solely at owner's risk, defendant not liable under any circumstances for loss, damage — Court ought intervene only if exculpatory provision unconscionable — Damage must fit within four corners of provision — Moorage contract must be interpreted according to true intention of parties to achieve sensible commercial result — Whether exculpatory clause extending to president of corporate defendant — Narrow exception to doctrine of privity of contract in case of employer-employee relationships exempting president from liability — Intent to extend protection of exculpatory clause must be mutual —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— 2) Le tribunal ne pouvait conclure que la preuve documentaire n'a pas été contredite par le demandeur au moment de l'audition de sa cause puisque ce dernier a expliqué pourquoi son sursis était sur papier blanc — Le tribunal a mal apprécié le fait que l'information sur les sursis était fondée sur une conversation téléphonique datant de 1993 — 3) Le tribunal a trop restreint la portée du concept de la violation des principes de justice naturelle — Le fait que l'information ne soit pas connue et ne semble pas être en vigueur au moment où la cause a été entendue se rattache au concept de faits nouveaux plutôt qu'à la notion de la violation des principes de justice naturelle — La portée du concept de violation des principes de justice naturelle est plus large et se rattache à la notion de la justice fondamentale, un principe dont le contenu est variable et dépend des circonstances et peut inclure un vice de preuve.

Canada (Commission des droits de la personne) c. Conseil de la Bande de Gordon (C.A.) 124

Peuples autochtones — Inscription — Le conseil de bande a refusé une habitation dans la réserve à une membre de la bande visée par le projet de loi C-31 mariée à un non-Indien — Bien qu'il y ait une preuve *prima facie* de discrimination, le TCDP ne peut pas accorder une réparation compte tenu de l'art. 67 de la LCDP, parce qu'il s'agit de décisions prises en vertu de la Loi sur les Indiens.

Droits de la personne — Le conseil d'une bande indienne a refusé une habitation dans la réserve à une membre de la bande mariée à un non-Indien — Preuve *prima facie* de motifs de distinction illicite (sexe, état matrimonial et race) — Toutefois, l'art. 67 de la LCDP empêche le TCDP d'accorder une réparation contre les décisions en matière d'habitation que le conseil de la bande prend en vertu de la Loi sur les Indiens.

Dryburgh c. Oak Bay Marina (1992) Ltd. (1^{re} inst.) 192

Droit maritime — Contrats — Le demandeur poursuit les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés, malgré une clause de non-responsabilité dans un contrat d'amarrage — Le quai auquel le yacht du demandeur était amarré s'est détaché, occasionnant des dommages au yacht — Selon le contrat d'amarrage, les bateaux étaient amarrés aux seuls risques du propriétaire, la partie défenderesse n'étant en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice — Les tribunaux ne devraient intervenir que lorsque la clause de non-responsabilité est inique — Le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition — Le contrat d'amarrage doit recevoir une interprétation conforme à l'intention véritable des parties d'atteindre un résultat commercial raisonnable — Il s'agit de savoir si la clause de non-responsabilité va jusqu'à protéger le président

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Exculpatory clause covering corporate defendant as well as president.

Contracts — Exculpatory clause in standard form moorage agreement — Plaintiff's vessel damaged when dock breaking up in heavy weather — While courts generally hostile to clauses excluding liability, provision should be upheld if not unconscionable, unfair or unreasonable — If exculpatory clause clearly expressed, usual rules for construction of contracts apply and language not to be given strained, artificial meaning to avoid exclusion of liability — In case of company wholly owned by president, absurd if corporation exempt from liability but president liable — Common law privity of contract doctrine having been relaxed incrementally.

Fletcher Challenge Canada Ltd. v. Canada (C.A.) 89

Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Taxpayer acquiring timber cutting licences in 1963 — Renewed in 1972 — Exchanged in 1979 for licences governed by new provisions of Forest Act — Provincial government acquiring licences in 1987 in exchange for licences to cut timber in different location — Total consideration \$4,697,491 comprising replacement licences, valued at \$3,442,675, plus \$1,254,816 cash — Taxpayer treating 1987 exchange as disposition of “timber limits and cutting rights”, characterization of timber cutting rights prior to 1974 — 1974 amendment to Income Tax Act, creating “timber resource property”, defined in s. 13(21)(d.1) as extension or renewal of original right — Reassessment treating replacement licences as “timber resource properties” acquired at no cost — Effect of reassessment was to deny taxpayer's 1988 claim for capital cost allowance — Appellant conceding T.C.C. correctly holding replacement licences “timber resource properties — Under s. 13(21)(d.1) replacement licences “timber resource properties” only if acquired after May 6, 1974 — “Acquired” if extended, renewed, substituted after May 6, 1974 — Replacement licences thus acquired in 1979 — Income Tax Application Rules, s. 20(1), requiring property be acquired prior to 1972, not applicable — Taxpayer not “giving up” value of original licences to acquire replacement licences — Original licences expiring, replaced by operation of statute.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de la société défenderesse — Grâce à l'exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, le président est dégagé de toute responsabilité — L'intention d'étendre la portée de la clause de non-responsabilité doit être mutuelle — La clause de non-responsabilité couvre la société défenderesse ainsi que son président.

Contrats — Clause de non-responsabilité dans un contrat type d'amarrage — Le bateau du demandeur s'est endommagé lorsque le quai s'est cassé par mauvais temps — Même si les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine hostilité, la disposition devrait être maintenue si elle n'est pas inique, injuste ou déraisonnable — Si la clause de non-responsabilité est exprimée de façon claire, les règles normales d'interprétation des contrats s'appliquent et rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d'éviter l'exclusion de la responsabilité — Il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée d'une responsabilité, mais non son président — La règle du lien contractuel en common law a été assouplie progressivement.

Fletcher Challenge Canada Ltd. c. Canada (C.A.) 89

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Le contribuable a acquis des permis de coupe de bois en 1963 — Il les a renouvelés en 1972 — Il les a échangés en 1979 contre des permis régis par les nouvelles dispositions de la Forest Act — Le gouvernement provincial a acquis les permis en 1987 en échange de permis de coupe visant du bois situé sur un autre territoire — La contrepartie totale de 4 697 491 \$ comprenait les permis de remplacement, évalués à 3 442 675 \$, ainsi qu'une somme en espèces de 1 254 816 \$ — Le contribuable a considéré l'échange de 1987 comme une disposition de «concessions forestières et droits de coupe», qualification donnée jusqu'en 1974 aux droits de coupe de bois — Le législateur a modifié la Loi de l'impôt sur le revenu en 1974 pour créer les «avoirs forestiers», qui sont définis à l'art. 13(21)d.1) comme la prorogation ou le renouvellement d'un droit initial — Dans une nouvelle cotisation, le ministre a considéré les permis de remplacement comme des «avoirs forestiers» acquis sans frais par l'appelante — Le ministre a par conséquent refusé la déduction pour amortissement demandée par l'appelante en 1988 — Le contribuable a reconnu que c'était à bon droit que la Cour de l'impôt avait conclu que les permis de remplacement étaient des «avoirs forestiers» — Aux termes de l'art. 13(21)d.1) de la Loi, pour être considéré comme un permis de remplacement, un «avoir forestier» doit avoir été acquis après le 6 mai 1974 — Il a été «acquis» s'il a été prolongé, renouvelé ou remplacé après le 6 mai 1974 — Les permis de remplacement ont donc été acquis en 1979 — L'art. 20(1) des Règles d'application de l'impôt sur le revenu, qui exige que le bien soit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Houle v. Canada (T.D.) 102

Practice — Pleadings — Amendments — Plaintiffs seeking amendments to statement of claim in action against Crown for breach of trust in respect of surrender of petroleum, gas, mining rights on land within Indian reservation — Whether amendments particulars, allowable under r. 201 — Amendments should be allowed for determining real questions in controversy if not resulting in injustice incapable of being compensated by costs — That amendment making case more difficult to win, exposing party to increased liability not constituting prejudice — Test for disallowing amendment plain, obvious, beyond doubt it will not succeed — Broad plea made by plaintiffs requiring limiting particulars — Where amendments arise from same factual situation as set out in initial claim, irrelevant whether amendments raise new cause of action — Amendments allowed under r. 201.

Practice — Limitation of actions — Motion for order allowing amendments to statement of claim — Crown arguing amendments would add new causes of action which may be foreclosed by limitation period — Alberta Limitation of Actions Act applicable in case of breach of trust — Argument amendment adding new cause of action may not be retroactive until limitation issue decided, not preventing amendment — Limitation point ought not be decided when amendment granted, but at trial — Where amendments arise out of same facts as alleged in original statement of claim, irrelevant whether amendments raise new cause of action barred by limitation period.

Marachelian v. Canada (Attorney General) (T.D.) 17

Penitentiaries — Convict serving life sentence for murder of security guard in attack on Turkish embassy at Ottawa — Application for transfer from medium security to minimum security institution — Reassessment of security classification

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

acquis avant 1972, ne s'applique pas — Le contribuable n'a pas «renoncé» à la valeur des permis initiaux pour acquérir les permis de remplacement — Les permis initiaux ont expiré et ont été remplacés par l'effet de la loi.

Houle c. Canada (1^{re} inst.) 102

Pratique — Actes de procédure — Modifications — Les demandeurs sollicitent l'autorisation d'apporter des modifications à la déclaration dans une action contre la Couronne pour violation de l'obligation fiduciaire en ce qui concerne la cession de droits sur le pétrole, le gaz et l'exploitation minière afférents aux terres d'une réserve indienne — Les modifications constituent-elles des précisions et sont-elles autorisées en vertu de la règle 201? — Les modifications devraient être autorisées afin de déterminer quelles sont les véritables questions controversées en autant qu'elles ne créent pas une injustice impossible à réparer au moyen de dépens — Le fait qu'une modification rende la cause plus difficile à gagner et soit susceptible d'accroître la responsabilité d'une partie ne constitue pas un préjudice — Pour rejeter une demande de modification, il doit être clair, manifeste et indubitable que cette modification n'aura aucune chance de succès — L'argument général qu'ont soumis les demandeurs nécessite des précisions qui permettent de circonscrire le débat — Lorsque des modifications découlent de la même situation de fait que celle énoncée dans la déclaration initiale, la question de savoir si les modifications donnent naissance ou non à une nouvelle cause d'action est sans importance — Modifications autorisées en vertu de la règle 201.

Pratique — Prescription — Requête visant à obtenir une ordonnance permettant d'apporter des modifications à la déclaration — La Couronne prétend que les modifications ajouteraient de nouvelles causes d'action qui peuvent être prescrites — La Limitation of Actions Act de l'Alberta est applicable en cas de manquement à l'obligation de fiduciaire — L'argument selon lequel la modification qui ajoute une nouvelle cause d'action ne peut être rétroactive jusqu'à ce que la question de la prescription soit tranchée n'empêche pas de procéder à la modification — Un point portant sur la prescription devrait être tranché non pas lorsqu'une modification est autorisée, mais au procès — Lorsque des modifications découlent des mêmes faits que ceux allégués dans la déclaration initiale, la question de savoir si les modifications donnent naissance ou non à une nouvelle cause d'action prescrite est sans importance.

Marachelian c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 17

Pénitenciers — Détenu purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité pour le meurtre d'un gardien de sécurité perpétré lors d'une attaque contre l'ambassade turque à Ottawa — Demande de transfèrement d'un établissement à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Transfer and reclassification denied based on secret RCMP and CSIS information — Judicial review, rather than internal grievance, appropriate as evidence suggesting security classification dictated to Correctional Service by another agency — Failure to advise convict of substance of RCMP and CSIS allegations breach of right to procedural fairness and violation of Corrections and Condition Release Act, s. 27.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Inmate's application for transfer to other institution and security reclassification denied based on secret RCMP and CSIS information — Judicial review, rather than internal grievance, appropriate as evidence suggesting inmate's security classification dictated to Correctional Service by another agency — Failure to advise inmate of substance of RCMP and CSIS allegations breach of right to procedural fairness and violation of Corrections and Conditional Release Act, s. 27.

Morneault v. Canada (Attorney General) (C.A.) . . . 30

Administrative law — Judicial review — Declarations — Appeal from Trial Division decision granting application for judicial review of findings made in report of Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia — Motions Judge declaring general statements as to credibility of witnesses, condemning personnel whose conduct attacked, not applicable to respondent; findings of misconduct by respondent invalid — Declaratory relief available notwithstanding characterization of report of Commission of Inquiry as having “no legal consequences” — Because reputation at stake, procedural fairness must be accorded — Federal Court Rules, 1998 providing for granting of declaratory relief, whether or not consequential relief can be claimed — While declaration would not affect legal right, would remove any possible harm to respondent's reputation — Declaration general statements not applicable to respondent upheld — Motions Judge applied standard of patent unreasonableness, requiring any evidence in support of decision — Preferable to review findings of Commission of Inquiry on standard of whether supported by some evidence — Record disclosing some evidence to support findings Motions Judge found unsupported.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sécurité moyenne à un établissement à sécurité minimale — Réévaluation de la classification du niveau de sécurité — Transfèrement et reclassification refusés en raison de renseignements secrets fournis par la GRC et le SCRS — Le contrôle judiciaire, plutôt que le grief interne, était approprié, un élément de preuve indiquant que le Service correctionnel s'était fait dicter sa classification du niveau de sécurité par un autre organisme — Le défaut d'informer le détenu de l'essentiel des allégations de la GRC et du SCRS constituait une atteinte à son droit à l'équité procédurale et une violation de l'art. 27 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Demande de transfèrement à un autre établissement et de reclassification du niveau de sécurité d'un détenu refusée en raisons de renseignements secrets fournis par la GRC et le SCRS — Le contrôle judiciaire, plutôt que le grief interne, était approprié, un élément de preuve indiquant que le Service correctionnel s'était fait dicter la classification du niveau de sécurité du détenu par un autre organisme — Le défaut d'informer le détenu de l'essentiel des allégations de la GRC et du SCRS constituait une atteinte à son droit à l'équité procédurale et une violation de l'art. 27 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition.

Morneault c. Canada (Procureur général) (C.A.) . . . 30

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Le juge des requêtes a statué que les déclarations générales quant à la crédibilité des témoins et à la condamnation du personnel dont la conduite est reprochée ne s'appliquent pas à l'intimé; que les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides — L'obtention d'un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d'une commission d'enquête soit considéré comme n'ayant «aucune conséquence légale» — C'est parce que la réputation de l'intimé est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale — Les Règles de la Cour fédérale (1998) prévoient l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation puisse être en conséquence demandée ou non — Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé — Les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s'appliquent pas à l'intimé sont confirmés — Le juge des requêtes a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable, requérant que la décision soit étayée par des éléments de preuve — Il est préférable d'examiner les conclusions tirées par une commission

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Motions Judge holding within Court's jurisdiction to review findings of Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia because "decisions" within Federal Court Act, s. 18.1(4)(d) — Noting similarity between procedure adopted by Commission and that applicable in court of law supported argument findings "decisions" — Similarities in procedure not affording reliable basis for concluding findings "decisions" reviewable under s. 18.1(4)(d) — But judicial review under s. 18.1 not limited to "decision or order" — S. 18.1(1) enabling anyone "directly affected" by matter to seek judicial review — Matter other than decision may be reviewed — Respondent's reputation "directly affected" by findings — Court must be in position to determine whether supported by evidence — Commission within s. 2(1) definition of "federal board, commission or other tribunal" — Derived mandate from order in council, and investigatory powers, power to make findings of misconduct from Inquiries Act — If findings reviewable under s. 18.1, relief available under s. 18.1(3) provided ground for granting relief established under s. 18.1(4) — Unsupported finding made in exercise of Crown's statutory powers within scope of s. 18.1(4)(b) (failure to observe principle of natural justice, procedural fairness) — Case law not confining application of those principles to cases ending with decision, order — Natural justice denied if findings not supported by some evidence.

Inquiries — Inquiries Act, s. 13 requiring reasonable notice be given of misconduct alleged against individual, and that individual be allowed full opportunity to be heard in person or by counsel — Respondent served with s. 13 notice — Amplified by letter advising Final Report would consider allegations exercised poor, inappropriate leadership in pre-deployment phase of deployment of Canadian Airborne Unit to Somalia — Further details later provided — Motions Judge holding general statement in Report as to credibility of witnesses should have been subject of s. 13 notice, but statements not applicable to respondent; reasonable notice of matters cited as grounds for findings of misconduct not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'enquête en se demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve — Le dossier renferme des éléments de preuve à l'appui des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayées.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le juge des requêtes a conclu que la Cour avait compétence pour examiner les conclusions tirées par une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie parce qu'il s'agit de «décisions» au sens de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale — Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des «décisions» — Les similitudes qui existent sur le plan de la procédure ne constituent pas un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des «décisions» susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d) — Cependant, le contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1 n'est pas limité à «une décision ou une ordonnance» — L'art. 18.1(1) permet à «quiconque est directement touché» de solliciter le contrôle judiciaire — Une question autre qu'une décision peut également être examinée — La réputation de l'intimé est directement touchée par les conclusions — La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve — La Commission est visée par la définition d'«office fédéral» prévue à l'art. 2(1) — Son mandat lui a été dévolu par un décret et ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la Loi sur les enquêtes — Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'art. 18.1, une mesure peut être prise en vertu de l'art. 18.1(3), à condition qu'un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu de l'art. 18.1(4) — Une conclusion non étayée tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'art. 18.1(4)b) (non-respect d'un principe de justice naturelle ou de l'équité procédurale) — La jurisprudence n'a pas limité l'application de ces principes aux audiences qui aboutissent à une décision ou à une ordonnance — La justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions ne sont pas étayées par la preuve.

Enquêtes — L'art. 13 de la Loi sur les enquêtes prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat — L'intimé a reçu signification d'un préavis en vertu de l'art. 13 — Cela est amplifié par le fait qu'une lettre informait l'intimé qu'on se pencherait dans le Rapport final sur les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission du Régiment aéroporté du Canada en Somalie — D'autres précisions ont été fournies par la suite — Le juge

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

given — Statement as to credibility of witnesses clearly not including respondent — But adverse findings of credibility not requiring s. 13 notice — Inquiry process in general not requiring giving of prior notice party's credibility may be made subject of adverse finding — Such finding could only be made after witness testified, testimony evaluated in light of other evidence — On its face, general statement of condemnation applicable to all military officers whose conduct addressed, including respondent — Direct link between statement, findings of misconduct — Respondent given reasonable notice of findings of misconduct — Findings within scope of Commission's mandate — Respondent present in person or by counsel throughout evidentiary hearings, received summary in advance of what other witnesses had to say, had access to all of documentary evidence — Had right to examine, cross-examine witnesses, apply to call witnesses of own, prepared by Commission counsel, presented oral, written submissions — Together with s. 13 notice, respondent made aware of case against him.

Armed Forces — Appeal from Trial Division order declaring general statements in report of Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia as to credibility of witnesses, condemning personnel whose conduct attacked, not applicable to respondent; findings of misconduct by respondent invalid — Commission giving reasonable notice under Inquiries Act, s. 13 of matters cited as grounds for findings of misconduct — Findings of misconduct reviewable under Federal Court Act, s. 18.1(4)(b) — Findings of fact in respect of conduct supported by some evidence.

Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A. (T.D.) 172

Patents — Patent Act, s. 47(1) permitting Commissioner to issue new patent on "surrender" of original patent deemed

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des requêtes a conclu qu'un préavis en vertu de l'art. 13 aurait dû être donné au sujet des déclarations générales dans le Rapport relatives à la crédibilité des témoins, mais que ces déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé; que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute — La déclaration relative à la crédibilité des témoins ne vise manifestement pas l'intimé — Cependant, les conclusions défavorables quant à la crédibilité n'exigeaient pas la signification d'un préavis en vertu de l'art. 13 — En général, la procédure d'enquête n'exige pas la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable — Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que le témoin ait témoigné et que son témoignage puisse être apprécié à la lumière des autres éléments de preuve — La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé — Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée — L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions relatives à la faute qui lui a été imputée — La portée du mandat de la Commission permet ces conclusions — L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire — Il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et écrites — Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'art. 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la preuve présentée contre lui.

Forces armées — Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a conclu que l'intimé n'était pas visé par les déclarations générales dans le rapport de la commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie concernant la crédibilité des témoins et condamnant le personnel dont la conduite est reprochée; les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides — La Commission a donné un préavis suffisant, en vertu de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes, des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute — Les conclusions relatives à l'existence d'une faute sont susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale — Les conclusions de fait au sujet de la conduite de l'intimé sont étayées par des éléments de preuve.

Stamicarbon S.A.R.L. c. Urea Casale S.A. (1^{re} inst.) 172

Brevets — L'art. 47(1) de la Loi sur les brevets autorise le commissaire à délivrer un nouveau brevet s'il y a abandon

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

defective because of error arising from inadvertence, accident, mistake — S. 47(2) providing upon surrender reissued patent replacing original patent, original patent inoperative; surrender of original patent resulting in abatement of existing causes of action at time of action except to extent reissued patent containing claims identical to original patent — “Identical” meaning “exactly same in every detail” — Defendant admitting claim 22 in reissued patent new, not identical to claim 15 in original — Cause of action based on claim 15 abated — Original claim 14 altered to replace words “said method being characterized in that it comprises” with “said method comprising” — In claim language “characterized in that” separating old from new, inventive — Words following “characterized in that” essential to invention — Deletion of “characterized in that” changing scope of claim as suggesting following features no longer essential — Reissue premised on admission patent claiming more or less than entitled to as new — In amending claim 14 defendant admitting scope of claim 21 different from scope of original claim — As claims not identical, no basis to continue counterclaim — Summary judgment granted dismissing counterclaim.

Practice — Judgments and orders — Summary judgment — Motion for summary judgment to dismiss defendant’s counterclaim — Federal Court Rules, 1998, rr. 213, 216 governing summary judgments — Purpose to allow Court to summarily dispose of cases where no genuine issue to be tried, or if only genuine issue question of law — Counterclaim seeking damages only with respect to alleged infringement of original patent, not reissued patent — Damages could be awarded on original patent if claims under original, reissued patent “identical” pursuant to Patent Act, s. 47(2) — Claims not identical — No remaining issues for trial — Summary judgment granted dismissing counterclaim.

Practice — Costs — On solicitor and client basis — Patent issued in January 1997 — Action for declaration invalid as

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

du brevet original jugé défectueux à cause d’une erreur commise par inadvertance, accident ou méprise — L’art. 47(2) prévoit qu’à l’abandon, le brevet redélivré remplace le brevet original, le brevet original devient inopérant; l’abandon du brevet original donne lieu à l’annulation d’un motif d’instance alors existant sauf dans la mesure où le brevet redélivré comporte des revendications identiques à celles du brevet original — Deux choses sont «identiques» si elles sont «exactement les mêmes dans les moindres détails» — La défenderesse a admis que la revendication 22 du brevet redélivré était nouvelle et qu’elle n’était pas identique à la revendication 15 du brevet original — Le motif d’instance fondé sur la revendication 15 a été annulé — La revendication 14 du brevet original a été modifiée de façon à remplacer les mots «ladite méthode étant caractérisée par le fait qu’elle comprend» par les mots «ladite méthode comprenant» — En matière de revendications, les mots «étant caractérisée par le fait» séparent l’ancien du nouveau, inventif — Le passage suivant les mots «étant caractérisée par le fait» était essentiel à l’invention — La suppression de «étant caractérisée par le fait» a modifié la portée de la revendication étant donné qu’elle laisse entendre que ces aspects ne sont plus essentiels — Une redélivrance est fondée sur l’aveu qu’un brevet revendique plus ou moins qu’il n’avait droit de revendiquer à titre d’invention nouvelle — En modifiant la revendication 14, la défenderesse a admis que la portée de la revendication 21 est différente de la portée de la revendication originale — Étant donné que les revendications n’étaient pas identiques, rien ne permettait de poursuivre la demande reconventionnelle — Un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Requête en vue d’obtenir un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle de la défenderesse — Les règles 213 et 216 des Règles de la Cour fédérale (1998) régissent les jugements sommaires — Elles visent à permettre à la Cour de statuer sommairement sur les affaires qui ne devraient pas être instruites parce qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse ou si la seule véritable question litigieuse porte sur un point de droit — La demande reconventionnelle cherchait à obtenir uniquement des dommages-intérêts à l’égard de la présumée contrefaçon du brevet original et non à l’égard du brevet redélivré — Des dommages-intérêts fondés sur le brevet original pourraient être accordés uniquement si les revendications du brevet original et celles du brevet redélivré étaient «identiques», comme le prévoit l’art. 47(2) de la Loi sur les brevets — Les revendications n’étaient pas identiques — Il ne restait plus aucune question litigieuse — Un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé.

Pratique — Frais et dépens — Sur la base avocat-client — Brevet délivré en janvier 1997 — L’action réclamant un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

anticipated, rendered obvious by Japanese patent — Counterclaim alleging infringement — Defendant subsequently applying for reissue of patent in view of Japanese patent without notifying plaintiff — Summary judgment granted dismissing counterclaim with costs to plaintiff on solicitor-client basis, although not with respect to action — Solicitor-client costs awarded on ground of misconduct connected to litigation, where party causing substantial, unnecessary difficulty or expense for another party in prosecuting, defending action, or requiring party to be involved in unnecessary proceedings — Defendant should not have proceeded with counterclaim in light of knowledge of Japanese patent, failure to notify plaintiff of application for reissue of patent — Defendant awarded costs with respect to all matters related to breach of 1992 agreement on which plaintiff relied to claim ownership of patent from commencement of action to September 1998 — If costs awarded to plaintiff exceeding those awarded to defendant, plaintiff entitled to payment of excess from monies paid into Court as security for defendant's costs.

Stevens v. Canada (Attorney General) (T.D.) 156

Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion for leave to examine Commissioner, appointed under Inquiries Act, pursuant to r. 238 — Action brought in which Commissioner, Attorney General named as party defendants — F.C.A. ordering Commissioner struck as party defendant — No undue delay, inconvenience, prejudice to parties, Commissioner should leave be granted under r. 238 — Limited discovery proposed by plaintiff not unduly lengthening proceedings — All reasonable means not exhausted by plaintiff to obtain required information from other sources — No evidence other persons present during discussions regarding role of Commission counsel in report-drafting phase approached informally by plaintiff — Only issue meeting all conditions in r. 238(3) that of role of Commission counsel after public hearings phase as information unavailable to plaintiff through other sources — Discovery denied on ground of deliberative secrecy.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

jugement déclaratoire au motif qu'il y avait antériorité ou que le brevet japonais avait rendu l'invention évidente — La demande reconventionnelle alléguait des contrefaçons — La défenderesse a par la suite présenté une demande de redélivrance du brevet, compte tenu du brevet japonais sans en aviser la demanderesse — Le jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé et des dépens sur la base avocat-client ont été adjugés à la demanderesse, quoique pas à l'égard de l'action — Les dépens sur la base avocat-client ne sont adjugés que s'il y a eu inconduite dans le cadre du litige, et si une partie a causé de graves difficultés ou des frais élevés inutiles à une autre partie dans la poursuite ou la défense d'une action, ou a obligé une partie à participer à une instance inutile — La défenderesse n'aurait pas dû présenter de demande reconventionnelle étant donné sa connaissance de l'existence du brevet japonais et son défaut d'aviser la demanderesse de sa demande de redélivrance du brevet — Des dépens ont été adjugés à la défenderesse à l'égard de toutes les questions liées à la violation de l'entente de 1992 sur laquelle la demanderesse s'était fondée pour revendiquer son titre de titulaire du brevet, de la date de l'introduction de l'action jusqu'en septembre 1998 — Si le montant des dépens adjugés à la demanderesse excède le montant des dépens adjugés à la défenderesse, la demanderesse aura droit au paiement du surplus des sommes consignées à la Cour à titre de cautionnement pour les dépens de la défenderesse.

Stevens c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) . . 156

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger le commissaire, nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes, conformément à la règle 238 — Action dans laquelle le commissaire et le procureur général sont désignés comme parties défenderesses — La C.A.F. a ordonné que le commissaire soit radié à titre de partie défenderesse — Si l'autorisation était accordée conformément à la règle 238, cela n'occasionnerait pas de retard ou des inconvénients déraisonnables ni ne causerait un préjudice aux parties ou au commissaire — L'interrogatoire préalable restreint que propose le demandeur n'aurait pas pour effet de prolonger indûment l'instance — Le demandeur n'a pas épuisé tous les moyens raisonnables en vue d'obtenir les renseignements nécessaires d'autres sources — Aucun élément de preuve ne tend à montrer que le demandeur a communiqué de façon informelle avec d'autres personnes qui étaient présentes lors des discussions au sujet du rôle de l'avocat de la Commission au cours de la phase de rédaction du rapport — La seule question qui satisfait aux exigences énoncées dans la règle 238(3) se rapporte au rôle de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues, étant donné que le demandeur ne peut pas obtenir ces renseignements d'autres sources — L'interrogatoire préalable est refusé compte tenu du secret du délibéré.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Practice — Privilege — Commissioner, appointed under Inquiries Act, objecting to examination for discovery regarding role of Commission counsel, other issues on basis of solicitor-client privilege — Privilege protecting communications between solicitor and client, not facts contained in communication, or acts performed by solicitor on behalf of client — Objection upheld only with respect to communications, not activities of Commission counsel.

Inquiries — Commissioner appointed under Inquiries Act to inquire into alleged conflict of interest — Commissioner, Attorney General sued for defamation over inquiry report — Commissioner struck as party — Commissioner opposing motion for examination for discovery on basis of deliberative secrecy — Plaintiff submitting rules of natural justice not followed by Commissioner — Facts alleged failing to meet high threshold for piercing deliberative secrecy, not raising serious questions of denial of natural justice — Speculation by plaintiff Commission counsel may have been involved in writing Commission report not valid reason for lifting deliberative secrecy.

Judges and Courts — C.J. of S.C.O., High Court Division, appointed Commissioner to inquire into alleged conflict of interest — Commissioner, Attorney General sued for defamation over inquiry report — Commissioner struck as defendant — Commissioner objecting to motion for leave to examine him for discovery on grounds of judicial independence, deliberative secrecy — Quasi-judicial tribunals, such as commissions of inquiry, not having high level of immunity enjoyed by judiciary against being compelled to testify — Deliberative secrecy lifted where valid reasons for believing natural justice rules not adhered to — Commissioner not compellable witness as not exceptional case warranting Court's intervention.

SOMMAIRE (Fin)

Pratique — Communications privilégiées — Le commissaire, nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes, s'oppose à l'interrogatoire préalable portant sur le rôle de l'avocat de la Commission et sur d'autres questions en se fondant sur le secret professionnel de l'avocat — Le secret professionnel protège les communications entre un avocat et son client, mais non les faits contenus dans la communication ou les actes qu'un avocat accomplit pour le compte de son client — L'objection est retenue uniquement dans la mesure où elle s'applique aux communications, non aux activités de l'avocat de la Commission.

Enquêtes — Le commissaire nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes était chargé d'enquêter sur une allégation de conflit d'intérêts — Le commissaire et le procureur général ont été poursuivis pour diffamation relativement au rapport d'enquête — Le commissaire a été radié à titre de partie — Il s'est opposé à la requête relative à l'interrogatoire préalable en se fondant sur le secret du délibéré — Le demandeur allègue que le commissaire a omis de respecter les principes de justice naturelle — Les faits allégués ne satisfont pas à l'exigence préliminaire très rigoureuse permettant de lever le secret du délibéré et ne soulèvent aucune question sérieuse de déni de justice naturelle — L'hypothèse du demandeur selon laquelle l'avocat de la Commission a peut-être participé à la rédaction du rapport de la Commission ne constitue pas une raison sérieuse permettant de lever le secret du délibéré.

Juges et tribunaux — Le juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario, Division de la Haute Cour, a été nommé commissaire en vue d'enquêter sur une allégation de conflit d'intérêts — Le commissaire et le procureur général ont été poursuivis pour diffamation relativement au rapport d'enquête — Le commissaire a été radié à titre de partie défenderesse — Il s'est opposé à la requête déposée en vue de procéder à son interrogatoire préalable en se fondant sur l'indépendance judiciaire et le secret du délibéré — Les tribunaux quasi judiciaires tels que les commissions d'enquête ne bénéficient pas du haut degré d'immunité dont jouissent les juges pour ce qui est d'être contraints à témoigner — Il faut qu'il y ait des raisons sérieuses de croire que les règles de justice naturelle n'ont pas été suivies pour qu'il soit possible de lever le secret du délibéré — Le commissaire ne peut être contraint à témoigner car il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel justifiant l'intervention de la Cour.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

RJR-MacDonald Inc. v. Canada, [1999] 4 F.C. 3 (T.D.), has been reversed in part on appeal (A-338-99). The reasons for judgment, handed down 22/12/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 4 F.C. 269 (T.D.), has been reversed on appeal (A-348-99). The reasons for judgment, handed down 21/12/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1999] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.), a été infirmée en partie en appel (A-338-99). Les motifs du jugement, prononcés le 22-12-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 269 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-348-99). Les motifs du jugement, prononcés le 21-12-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 1, Part 1

2001, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-546-99

IMM-546-99

Nabil Bouguettaya (*Applicant*)Nabil Bouguettaya (*demandeur*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeur*)

INDEXED AS: BOUGUETTAYA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BOUGUETTAYA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Lemieux J.—Montréal, October 28, 1999; Ottawa, June 22, 2000.

Section de première instance, juge Lemieux—Montréal, 28 octobre 1999; Ottawa, 22 juin 2000.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of IRB, Refugee Division's dismissal of application for new hearing — Applicant filing military exemption on white paper — Documentary evidence that Algerian military exemption card yellow — Explaining issued to him as teacher, not student — Denied refugee status for lack of credibility — Tribunal acknowledging Algerian authorities issuing deferment certificates on sheets of paper rather than yellow cards since 1998, but principle of natural justice not violated because documentary evidence not contradicted at hearing, while decision under reserve — Application allowed — Breach of natural justice — (1) Tribunal ignoring other decisions of Refugee Division wherein Algerian claimants presenting deferments on white paper granted refugee status — When one panel of Refugee Division reaching conclusion different from that reached by another regarding similar questions of fact, law, should make necessary distinctions to avoid arbitrary, unfair decisions — (2) Tribunal could not have concluded documentary evidence not contradicted by applicant at time case heard given applicant's explanation for why deferment on white paper — Failed to grasp fact information regarding deferments based on 1993 conversation — (3) Tribunal narrowed scope of breach of natural justice too much — That information not known, not in effect, when case heard relating more to concept of new facts than to breach of natural justice — Concept of breach of natural justice broader, relating to concept of fundamental justice, principle whose content varying with circumstances and can include evidentiary defects.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de la CISR a rejeté une demande relative à la tenue d'une nouvelle audience — La demande de sursis militaire du demandeur était imprimée sur du papier blanc — La preuve documentaire montre que la carte de dispense pour les fins du sursis militaire en Algérie est de couleur jaune — Le demandeur explique qu'elle lui a été délivrée alors qu'il avait le statut d'enseignant et non d'étudiant — On lui a refusé la reconnaissance du statut de réfugié au motif d'absence de crédibilité — Le tribunal a reconnu que des attestations de sursis imprimées sur des feuilles de papier ont été délivrées au moins depuis 1998 par les autorités algériennes, en remplacement des cartes de couleur jaune, mais n'a pas conclu à la violation des principes de justice naturelle parce qu'au moment où la cause a été entendue et lors du délibéré, la preuve documentaire n'a pas été contredite — Demande accueillie — Violation des principes de justice naturelle — 1) Le tribunal n'a pas tenu compte d'autres décisions de la section du statut dans lesquelles on a accordé la reconnaissance du statut de réfugié aux demandeurs algériens présentant des sursis sur du papier blanc — Lorsqu'une formation de la section du statut décide de conclure différemment d'une autre formation du même tribunal sur des questions de droit et de faits semblables, elle se doit de faire les distinctions qui s'imposent pour éviter les décisions arbitraires et injustes — 2) Le tribunal ne pouvait conclure que la preuve documentaire n'a pas été contredite par le demandeur au moment de l'audition de sa cause puisque ce dernier a expliqué pourquoi son sursis était sur papier blanc — Le tribunal a mal apprécié le fait que l'information sur les sursis était fondée sur une conversation téléphonique datant de 1993 — 3) Le tribunal a trop restreint la portée du concept de la violation des principes de justice naturelle — Le fait que l'information ne soit pas connue et ne semble pas être en vigueur au moment où la cause a été entendue se rattache au concept de faits nouveaux plutôt qu'à la notion de la violation des principes de justice naturelle — La portée du concept de violation des principes de justice naturelle est plus large et se rattache à la notion de la

This was an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board (IRB), Refugee Division's dismissal of an application for a new hearing. The applicant's refugee claim was rejected on November 28, 1997. An application for leave to apply for judicial review of that decision was dismissed on April 2, 1998. On November 23, 1998 the applicant filed a motion requesting that a new hearing be held on the ground that in the November 28, 1997 decision Board members had relied on documentary evidence which, on the date of the hearing, contained false or inaccurate information. The applicant argued that he had been denied refugee status on the ground of non-credibility, based on an inconsistency with the documentary evidence. He stated that the fresh evidence did not exist either on the date of the hearing or the date of the Tribunal's decision. The Tribunal had stated that Exhibit A-13 showed that the Algerian military deferment (exemption card) was pale yellow. The applicant had filed a military deferment issued on December 26, 1995 that was printed on white paper. On March 13, 1998 (four months after the Board members had made their decision), in response to a question submitted by the applicant, the Information Services Unit of the IRB indicated that deferment certificates were temporarily being printed on sheets of paper. The applicant contended that this response contradicted Exhibit A-13, which had been attached to a response to a request for information about military service in Algeria, which in turn referred to a Swiss document which cited its source of information as a 1993 telephone conversation with a representative of the Algerian Embassy in Ottawa. The applicant submitted that the information used to deny him refugee status had been false since at least December 26, 1994. He referred to other cases in which the Refugee Division had granted refugee status in 1998 to military absentees who had presented deferments on white paper. In dismissing the motion for a new hearing the Board acknowledged that deferment certificates printed on sheets of paper had been issued at least since March 1998 by the Algerian authorities, replacing the certificates that had been issued on pale yellow cards, but decided that the principles of natural justice had not been violated because when the case was heard and during the period when the decision had been reserved, the documentary evidence was not contradicted.

The issue was whether there had been a denial of the principles of natural justice.

Held, the application should be allowed.

justice fondamentale, un principe dont le contenu est variable et dépend des circonstances et peut inclure un vice de preuve.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a rejeté une requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience. La revendication du statut de réfugié du demandeur a été rejetée le 28 novembre 1997. Une demande d'autorisation de contrôle judiciaire de ladite décision a été rejetée le 2 avril 1998. Le 23 novembre 1998, le demandeur a déposé une requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience, alléguant que dans la décision du 28 novembre 1997 certains commissaires s'étaient fondés sur une preuve documentaire qui contenait, au jour de l'audience, des informations fausses ou inexactes. Le demandeur prétend que les commissaires lui ont refusé la reconnaissance du statut de réfugié au motif d'absence de crédibilité fondée sur une contradiction liée à la preuve documentaire. Le demandeur précise que ce nouvel élément de preuve n'existait pas ni au jour de l'audience, ni à la date de la décision du tribunal. Le tribunal a indiqué que la pièce A-13 montrait que le sursis militaire en Algérie (carte de dispense) est de couleur jaune clair. Le demandeur avait déposé lors de l'audience un sursis militaire imprimé sur du papier blanc, émis le 26 décembre 1995. Le 13 mars 1998 (quatre mois après que les commissaires eurent rendu leur décision), en réponse à une question que le demandeur lui avait posée, la section des services de renseignements de la CISR a indiqué que les attestations étaient provisoirement imprimées sur des feuilles de papier. Le demandeur soutient que cette réponse contredisait la pièce A-13, un document annexé à une réponse fournie suite à une demande de renseignements sur le service militaire en Algérie, qui à son tour renvoie à un document suisse citant un entretien téléphonique avec un représentant de l'Ambassade d'Algérie à Ottawa en 1993 comme sa source de renseignements. Le demandeur soutient que l'information utilisée pour lui refuser le statut de réfugié était fausse depuis le 26 décembre 1994 au moins. Le demandeur a également fait mention d'autres dossiers dans lesquels la section du statut, en 1998, a accordé la reconnaissance du statut de réfugié aux insoumis présentant des sursis sur du papier blanc. Rejetant la requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience, la Commission a reconnu que des attestations de sursis imprimées sur des feuilles de papier ont été délivrées depuis mars 1998 au moins par les autorités algériennes, en remplacement de celles qui ont été émises sous la forme d'une carte de couleur jaune clair, mais n'a pas conclu à la violation des principes de justice naturelle parce qu'au moment où la cause a été entendue et lors du délibéré, la preuve documentaire n'a pas été contredite.

La question en litige consiste à savoir s'il y a eu violation des principes de justice naturelle.

Jugement: la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

There was a denial of natural justice. (1) The Tribunal ignored the recognition by other panels of the Refugee Division that a military deferment could have been issued by the Algerian authorities, in 1994 and 1995, on white paper. While members of the Refugee Division are not required to follow the decisions made by other members of that Division, when one panel of the Division reaches a conclusion different from that reached by another panel of the same Division regarding similar questions of law and fact, it should make the necessary distinctions to justify this kind of discrepancy and to avoid making arbitrary and unfair decisions. (2) The Tribunal could not have concluded that the documentary evidence (Exhibit A-13) had not been contradicted by the applicant at the time his case was heard since the applicant explained at his hearing that his deferment was on white paper because at the time it was issued he had been a teacher, not a student. Also, the Tribunal failed to properly grasp the fact that the information regarding deferments was not recent since it was based on a 1993 telephone conversation. Moreover, the record did not support the Tribunal's finding that the new information did not exist when the case was heard. (3) The Tribunal's conclusions regarding a breach of natural justice narrowed the scope of that concept much too far. The considerations on which the Tribunal relied in concluding that it could not have regard to information that was not known, and did not seem to have been in effect at the time when the case was heard or during the period when the decision was reserved, related more to the concept of new facts than to the concept of a breach of natural justice. Nor did the Tribunal have regard to the fact that other panels of the Refugee Division have not cited the same constraint. The scope of the concept of breach of natural justice is much broader and relates rather to the concept of fundamental justice, a principle whose content may vary and depends on the circumstances, and may include a defect in evidence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, R. 28.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

Il y a bel et bien eu violation des principes de justice naturelle. 1) Le tribunal a ignoré la reconnaissance par d'autres formations de la section du statut qu'un sursis militaire pouvait avoir été émis sur papier blanc par les autorités algériennes en 1994 et 1995. Même si les membres de la section du statut ne sont pas tenus de suivre les décisions rendues par d'autres membres de la même section, lorsqu'une formation de la section décide de conclure différemment d'une autre formation du même tribunal sur des questions de droit et de faits semblables, elle se doit de faire les distinctions qui s'imposent afin de justifier un écart et pour éviter les décisions arbitraires et injustes. 2) Le tribunal ne pouvait conclure que la preuve documentaire (pièce A-13) n'a pas été contredite par le demandeur au moment de l'audition de sa cause puisque ce dernier a expliqué lors de son audition pourquoi son sursis était sur papier blanc, la raison étant qu'il n'était plus étudiant mais qu'il avait le statut d'enseignant au moment où le sursis lui a été accordé. De plus, le tribunal a mal apprécié le fait que l'information sur les sursis n'était pas récente puisque celle-ci était fondée sur une conversation téléphonique datant de 1993. Par ailleurs, le dossier n'étaye pas la conclusion du tribunal que la nouvelle information n'existait pas au moment où la cause a été entendue. 3) Les conclusions du tribunal portant sur la violation des principes de justice naturelle ont pour effet de restreindre beaucoup trop la portée de ce concept. Les considérations retenues par le tribunal pour arriver à la conclusion selon laquelle il ne pouvait pas tenir compte de l'information qui n'était pas connue et qui ne semblait pas être en vigueur au moment où la cause a été entendue ou prise en délibéré, se rattachent au concept de faits nouveaux plutôt qu'à la notion de la violation des principes de justice naturelle. Le tribunal n'a pas non plus tenu compte du fait que d'autres formations de la section du statut n'ont pas évoqué cette contrainte. La portée du concept de violation des règles de justice naturelle est beaucoup plus large et se rattache à la notion de la justice fondamentale, un principe dont le contenu est variable et dépend des circonstances et peut inclure un vice de preuve.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, règle 28.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

REFERRED TO:

Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 170 F.T.R. 153 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Refugee Division's dismissal of an application for a new hearing on the ground that there had been a denial of natural justice. Application allowed.

APPEARANCES:

Denis Girard for applicant.
Martine Valois for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Denis Girard, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for order rendered by

LEMIEUX J.:

INTRODUCTION

[1] This application for judicial review raises a question of law relating to the power of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board (the Tribunal) to order that a new hearing be held.

[2] On January 8, 1999, the Tribunal dismissed the application for a new hearing made under rule 28 of the *Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, by Nabil Bouguettaya (the applicant), whose refugee claim had been rejected by the Tribunal on November 28, 1997.

[3] The record shows that on April 2, 1998, the application for leave to apply for judicial review of the

DÉCISIONS CITÉES:

Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1998), 157 F.T.R. 35 (C.F. 1^{re} inst.); *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 170 F.T.R. 153 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté une demande relative à la tenue d'une nouvelle audience au motif qu'il y a eu violation des principes de justice naturelle. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Denis Girard pour le demandeur.
Martine Valois pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Denis Girard, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE LEMIEUX:

INTRODUCTION

[1] Cette demande de contrôle judiciaire soulève une question de droit reliée au pouvoir de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (ci-après: le tribunal) d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience.

[2] Le 8 janvier 1999, le tribunal rejeta la requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience de M. Nabil Bouguettaya (ci-après: le demandeur), déposée en vertu de la règle 28 des *Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, qui s'était vu refuser sa revendication de réfugié par le tribunal le 28 novembre 1997.

[3] Il appert du dossier que le 2 avril 1998, la demande d'autorisation de contrôle judiciaire de ladite

decision made on November 28, 1997, was also dismissed. However, and as we shall see later, the evidence presented by the applicant in support of his application for a new hearing was not communicated to him until after the pleadings were filed in this Court's record.

MOTION FOR A NEW HEARING TO BE HELD

[4] On November 23, 1998, the applicant filed a motion asking that a new hearing be held. He asserted in that motion that in their decision dated November 28, 1997, denying him refugee status, Members Handfield and Ndejuru (the Members) relied on documentary evidence which, on the date of the hearing, contained false or inaccurate information. The applicant stated that the fresh evidence did not exist either on the date of the hearing (October 7, 1997) or on November 28, 1997, the date of the Tribunal's decision.

[5] In order to persuade the Tribunal that there were grounds for reopening, the applicant argued that the Members had denied him refugee status on the ground of non-credibility, based on a major inconsistency or implausibility connected with the documentary evidence (Exhibit A-13). The documentary evidence indicates that the military deferment (exemption card) issued by the Ministry of National Defence is pale yellow in colour, while the applicant had filed a military deferment at the hearing that was printed on white paper and was issued on December 26, 1995 (Exhibit P-6).

[6] The impact of this inconsistency or implausibility may be seen in the following passage from the decision made by the Tribunal on November 28, 1997:

[TRANSLATION] At the hearing, the Tribunal found, after checking the copies of the passport in question, that the claimant went back to Algeria at least three times after fleeing that country and going to France on February 9, 1996. When confronted with this extremely important point, the claimant gave the explanation that his brother Mohamed, who has lived in France since 1992 with student status, used his passport three times to go and visit his mother and to take her some money. He stated that his brother used his passport and his military deferment [Exhibit P-6] for the

décision rendue le 28 novembre 1997 fut également rejetée. Toutefois, et tel que nous pourrions le constater plus loin, la preuve soumise par le demandeur afin de justifier sa requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience ne lui a été communiquée qu'après le dépôt des procédures au dossier de cette Cour.

LA REQUÊTE EN VUE DE LA TENUE D'UNE NOUVELLE AUDIENCE

[4] Le 23 novembre 1998, le demandeur déposa une requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience. Il alléguait alors que les commissaires Handfield et Ndejuru, (ci-après les commissaires) dans leur décision du 28 novembre 1997 lui refusant la reconnaissance de réfugié s'étaient fondés sur de la preuve documentaire qui contenait, au jour de l'audience, des informations fausses ou inexactes. Le demandeur précisa que ce nouvel élément de preuve n'existait ni le jour de l'audience (le 7 octobre 1997) ni le 28 novembre 1997, date de la décision du tribunal.

[5] Afin de convaincre le tribunal qu'il y avait matière à réouverture, le demandeur prétendit que les commissaires lui avaient refusé la reconnaissance du statut de réfugié au motif d'absence de crédibilité basée sur une contradiction ou une invraisemblance majeure reliée à la preuve documentaire (pièce A-13). Dans cette preuve documentaire, il y est indiqué que le sursis militaire (carte de dispense) délivré par le ministère de la Défense nationale, est de couleur jaune clair alors que le demandeur avait déposé lors de l'audience un sursis militaire imprimé sur du papier blanc, émis le 26 décembre 1995 (pièce P-6).

[6] L'impact de cette contradiction ou invraisemblance ressort de l'extrait suivant de la décision du tribunal rendue le 28 novembre 1997:

Lors de l'audience, le tribunal constata, après vérification des copies du passeport en question, que le revendicateur est retourné à au moins trois reprises en Algérie après avoir fui ce pays pour la France, le 9 février 1996. Confronté sur ce point fort important, le revendicateur fournit comme explication que son frère Mohamed, qui réside en France depuis 1992 sous le statut d'étudiant, a utilisé son passeport à trois reprises afin de rendre visite à sa mère et pour apporter de l'argent. Il précise que son frère a utilisé son passeport et son sursis militaire [pièce P-6], pour la raison suivante:

following reason: "My brother had his deferment but it takes some time to get it renewed."

However, according to the documentary evidence in the record, the military deferment tendered by the claimant [Exhibit P-6] is not in the proper form. Exhibit A-13, page 10, shows that a deferment [exemption card] is pale yellow in colour and is issued by the Ministry of National Defence. Exhibit P-6 is not a pale yellow card. When confronted with this, the claimant said that when he got his deferment, he was a teacher and not a student. The authorities therefore took his yellow card. We are not satisfied by this explanation. The documentary evidence makes no distinction between a deferment issued to a student and a deferment for any other reason, in terms of the form of the document in question.

The claimant is not credible when he tells us that his brother was the one who used his passport to travel between France and Algeria. We believe that the claimant invented this story in order to camouflage his trips back to the country of alleged persecution, after leaving that very country in February 1996. This has a major effect on his credibility when he claims to fear persecution in Algeria. [Emphasis added.]

[7] To justify his contention that a new hearing should be held, the applicant referred to a question submitted to the Information Services Unit of the IRB (the Centre) on March 6, 1998 (four months after the Members made their decision) and the response he got back on March 13, 1998. The question submitted was as follows:

[TRANSLATION] Confirm the existence and validity of the certificate of deferment issued on paper (and not on a card as described in response DZA 27592.F) in the form of the attached specimen. Explain whether this is an original, what authority issued the document, when, in what circumstances, where, why it is different from the one in card form, and how it is different from the one in card form.

[8] Exhibit A-13, which was filed at the hearing of the applicant's claim, was originally a document attached to a response provided by the Centre (no. DZA 27592.F) dated August 1, 1997, in response to a request for information about military service in Algeria, desertion and refusal to serve, and about a soldier's training and official credential cards from the National People's Army.

[9] From this we see that the response dated August 1, 1997 refers the reader to a document dated June 16,

«Mon frère avait son sursis mais cela prend du temps pour le faire renouveler».

Toutefois, selon la preuve documentaire au dossier, le sursis militaire présenté par le revendicateur [pièce P-6] ne serait pas conforme. En effet, selon le document A-13, page 10, on y indique que le sursis [carte de dispense] est de couleur jaune clair et délivré par le Ministère de la défense nationale. Or, la pièce P-6 n'est pas une carte de couleur jaune clair. Confronté, le revendicateur dit que lorsqu'il a eu son sursis, il était enseignant et non étudiant. Les autorités auraient donc pris sa carte jaune. Cette explication ne nous satisfait pas. La preuve documentaire ne fait nullement de distinction entre un sursis délivré pour un étudiant ou pour une autre raison quant à la forme du document en question.

Or, le revendicateur n'est pas crédible quand il nous dit que c'est son frère qui a utilisé son passeport pour voyager entre la France et l'Algérie. Nous croyons que le revendicateur a inventé cette histoire dans le but de camoufler ses retours dans le pays de persécution allégué après avoir quitté justement ce pays en février 1996. Or, ceci affecte grandement sa crédibilité quand il prétend craindre la persécution en Algérie. [Je souligne.]

[7] Afin de justifier ses prétentions pour nouvelle audience, le demandeur se référa à une question posée le 6 mars 1998 (quatre mois après que les commissaires eussent rendu leur décision) à la section des services de renseignements de la CISR (ci-après le Centre) et à la réponse qui lui avait été fournie en retour, le 13 mars 1998. La question posée était celle-ci:

Confirmer l'existence et la validité d'attestation de sursis émis sur papier (et non sur un carton tel que décrit dans la réponse DZA 27592.F) conforme au spécimen ci-joint. Expliquez s'il s'agit d'un original, quelle autorité émet ce document, quand, dans quelles circonstances, à quel endroit, pourquoi il est différent de celui en carton et en quoi il diffère de ce dernier.

[8] En effet, la pièce A-13 déposée lors de l'audition de la revendication du demandeur est, à l'origine, un document annexé à une réponse fournie par le Centre (no. DZA 27592.F) datée du 1^{er} août 1997, suite à une demande de renseignements sur le service militaire en Algérie, la désertion, le refus de servir, sur le parcours d'un militaire et sur les cartes de légitimation de l'Armée nationale populaire.

[9] On constate alors que ladite réponse du 1^{er} août 1997 renvoie le lecteur à un document daté du 16 juin

1997 and published by the Office fédéral des réfugiés de la Suisse, entitled [TRANSLATION] “Algeria: military service, desertion and refusal to serve”. Paragraph 5.2 of that document makes a distinction between an exemption and a deferment. It says that the document for exemption from military service in Algeria is yellow, and is the same size as an open passport (195 x 155 mm). In the case of a deferment granted to secondary or post-secondary students up to the age of 27, the recruiting office stamps the pale yellow exemption card issued by the Ministry of National Defence. In addition, the Swiss document cites as its source of information [TRANSLATION] “IRBDC. Telephone conversation with a representative of the Embassy of Algeria, Ottawa, 17/11/93”. The acronym IRBDC means “Immigration and Refugee Board Document Centre” (the Centre).

[10] The Centre’s response, dated March 13, 1998, reads as follows:

[TRANSLATION] A representative of the office of the Defence Attaché of the Embassy of Algeria in Washington said on March 11, 1998 in the course of a telephone conversation that the terms and conditions for issuing certificates of deferment are being changed and that these certificates are being temporarily printed on sheets of paper. These certificates are issued by one of the five sub-branches of the recruiting office of the Ministry of National Defence and are valid only for the length of the student’s program of studies.

On the question of the photocopy of the sample certificate printed on a sheet of paper, the representative said that this is a certificate of deferment but was not able to confirm its authenticity. The representative also said that the sub-branch of the recruiting office was not shown on the document.

This response was prepared by the Research Branch with the help of information taken from sources that are available to the public, and which was available to the Research Branch Direction within the time available. This response does not claim to be an exhaustive treatment of the country in question, or to provide conclusive evidence regarding the basis of a claim for asylum or refugee status. [Emphasis added.]

[11] The applicant contended that the Centre’s response contradicted or modified the documentary evidence (Exhibit A-13) on which the Members had based their finding of implausibility in the decision they made on November 28, 1997, when they rejected

1997 et publié par l’Office fédéral des réfugiés de la Suisse intitulé «Algérie: service militaire, désertion et refus de servir». Or, le paragraphe 5.2 de ce document établit une distinction entre une dispense et un sursis. Il y est indiqué que le document pour la dispense de service militaire en Algérie est de couleur jaune et sa taille correspond à un passeport ouvert (195 x 155 mm). S’il s’agit d’un sursis accordé aux élèves ou aux étudiants jusqu’à leur 27 ans révolus, le bureau de recrutement estampe la carte de dispense de couleur jaune clair, délivrée par le ministère de la Défense nationale. De plus, le document suisse cite comme étant sa source de renseignements «l’IRBDC. Entretien téléphonique avec un représentant de l’Ambassade d’Algérie, Ottawa, 17/11/93». L’acronyme IRBDC signifie «Immigration and Refugee Board Document Centre» (le Centre).

[10] La réponse du Centre, datée du 13 mars 1998, se lit comme suit:

Un représentant du bureau de l’Attaché de Défense de l’ambassade d’Algérie à Washington a déclaré le 11 mars 1998 au cours d’un entretien téléphonique que les modalités de délivrance des attestations de sursis sont en cours de modifcation et que ces attestations sont provisoirement imprimées sur des feuilles de papier. Ces attestations sont délivrées par l’une des cinq sous-directions du Bureau de recrutement du ministère de la Défense nationale et ne sont valides que pour la durée des études de l’étudiant.

En ce qui concerne la photocopie de l’échantillon de l’attestation imprimée sur une feuille de papier, le représentant a indiqué qu’il s’agit d’une attestation de sursis mais n’était pas en mesure de confirmer son authenticité. Le représentant a également indiqué que la Sous-direction du Bureau de recrutement n’était pas indiquée sur le document.

Cette réponse a été préparée par la Direction des recherches à l’aide de renseignements puisés dans les sources qui sont à la disposition du public, et auxquelles la Direction des recherches a pu avoir accès dans les délais prescrits. Cette réponse ne prétend pas être un traitement exhaustif du pays étudié, ni apporter de preuves concluantes quant au fondement d’une demande d’asile ou de statut de réfugié. [Je souligne.]

[11] Le demandeur soutint que ladite réponse du Centre contredit ou modifie la preuve documentaire (pièce A-13) sur laquelle les commissaires avaient fondé leur conclusion d’invraisemblance dans leur décision du 28 novembre 1997 lorsqu’ils ont rejeté la

Exhibit P-6, which was the applicant's military deferment, printed on white paper.

[12] In support of his application to reopen, the applicant reproduced the document from the Centre on which the Office fédéral suisse had relied in reaching its conclusion as to the real colour of a military deferment. That document is dated November 16, 1993, and reads as follows:

[TRANSLATION] The length of national service is set at eighteen (18) consecutive and continuous months (December 13, 1989, 1189).

. . .

Citizens who are thirty (30) years old or older on November 1, 1989, regardless of their legal status in relation to national service, are exempt from national service (December 13, 1989, 1189).

According to a representative of the Embassy of Algeria in Ottawa, national service was instituted in 1969 and consists of six months of military service (training) and one year of civilian service in a work place that is appropriate to the qualifications of each individual (Nov. 17, 1993). The amnesty law of 1989 for Algerians aged 30 and over applied only to people who were 30 years old and over during 1989 only (*ibid*). That amnesty was not permanent (*ibid*). The representative added that exemptions from national service are generally issued only to students (*ibid*). Deferment or exemption may be granted only to sons . . .

The deferment document is issued by the Ministry of National Defence and is pale yellow in colour (*ibid*). The exemption document is also yellow and is the same size as an open Canadian passport (*ibid*). An application for deferment must be made every year and must be accompanied by a justification (*ibid*). When the new application is accepted, the recruiting office stamps the same card for the current year (*ibid*). [Emphasis added.]

[13] In his application for a new hearing, the applicant, having laid out the documentation cited, submitted that he had proved that the information used in 1997 to deny him refugee status was false, and also that he had proved that this information had been false since at least December 26, 1994.

[14] The applicant selected December 26, 1994 as the reference date on the basis of certain decisions made by the Refugee Division in the cases of other refugee claims made by Algerian nationals in 1998,

pièce P-6 qui était le sursis militaire du demandeur imprimé sur du papier blanc.

[12] Au soutien de sa demande de réouverture, le requérant reproduisit le document du Centre sur lequel l'Office fédéral suisse s'était appuyé pour en venir à sa conclusion sur la véritable couleur du sursis militaire. Ce document est daté du 16 novembre 1993 et se lit comme suit:

La durée du service national est fixée à dix-huit (18) mois consécutifs et continus (13 décembre 1989, 1189).

[. . .]

Sont dispensés du service national les citoyens âgés de trente (30) ans et plus au 1er novembre 1989 quelle que soit leur situation juridique à l'égard du service national (13 décembre 1989, 1189).

Selon un représentant de l'ambassade de l'Algérie à Ottawa, le service national a été institué en 1969 et comprend six mois de service militaire (entraînement) et un an de service civil dans un milieu de travail correspondant aux qualifications de chaque individu (17 nov. 1993). La loi d'amnistie de 1989 pour les Algériens de 30 ans et plus ne s'appliquait qu'aux gens qui avaient 30 ans et plus durant la seule année de 1989 (*ibid*). Cette amnistie n'était pas permanente (*ibid*). Le représentant ajoute que le sursis pour le service national n'est généralement émis qu'aux étudiants (*ibid*). L'exemption ou la dispense ne peut être attribuée qu'aux fils [. . .]

Le document pour le sursis est délivré par le ministère de la Défense nationale et est de couleur jaune clair (*ibid*). Le document pour la dispense est également de couleur jaune et sa taille correspond à celle d'un passeport canadien ouvert (*ibid*). Le sursis doit être demandé à chaque année et doit être accompagné d'une justification (*ibid*). Lorsque la nouvelle demande est acceptée, le bureau du recrutement estampe la même carte pour l'année en cours (*ibid*). [Je souligne.]

[13] Ayant étalé la documentation citée, le demandeur, dans sa requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience, soutint avoir fait la preuve de la fausseté de l'information utilisée en 1997 pour lui refuser le statut de réfugié et qu'il a également prouvé que cette information était fausse depuis au moins le 26 décembre 1994.

[14] En effet, le demandeur fixa le 26 décembre 1994 comme date repère en se fondant sur certaines décisions rendues par la section du statut dans le cadre d'autres dossiers de revendication au statut de réfugié

that is, after the date when his refugee claim was rejected. That date, December 26, 1994, is particularly crucial in that the military deferment filed by the applicant was issued on December 26, 1995, one year later.

[15] In support of his assertions, the applicant submits that in file no. M97-03276, the claimant had filed a military deferment on white paper, which was renewed on December 26, 1994, and which was recognized as genuine. The applicant also referred to other cases in which the Refugee Division granted refugee status, in 1998, to military absentees who had presented deferments on white paper.

[16] Second, the applicant relied on a new fact that occurred only after the Members' decision was made. The applicant informed the Tribunal, citing supporting evidence, that on December 27, 1997, one of his sisters and his paternal uncle had been killed at his home in Algeria, thus demonstrating that either he or his family has been targeted.

DECISION OF THE TRIBUNAL DENYING THE MOTION FOR A NEW HEARING TO BE HELD

[17] On January 8, 1999, the Tribunal dismissed the motion for a new hearing to be held. The Tribunal began its analysis by writing:

[TRANSLATION] While we acknowledge that deferment certificates (R-5) printed on sheets of paper had been issued at least since March 1998 by the competent Algerian authorities, replacing the certificates that were issued in the form of a pale yellow card, must we conclude that there has been a breach of the rules of natural justice by reason of the fact that the Members found the applicant's document (P-6) to be "not genuine" because it was printed on a white sheet of paper instead of being made up in the pale yellow card format, as set out at page 10 of the Algerian document (A-13) dealing with military service, dated June 16, 1997? [Emphasis added.]

[18] The Tribunal decided that it could not conclude that the principles of natural justice had been violated in this case, because at the time when the case was heard and during the period when decision had been

déposés par des ressortissants algériens en 1998, soit après la date où sa revendication au statut de réfugié fut rejetée. Cette date du 26 décembre 1994 est d'autant plus cruciale que le sursis militaire déposé par le demandeur fut émis le 26 décembre 1995, soit un an plus tard.

[15] Au soutien de ses prétentions, le demandeur soumit que dans le cadre du dossier M97-03276, le revendicateur avait déposé un sursis militaire sur papier blanc, renouvelé le 26 décembre 1994 et ce dernier fut reconnu comme étant véridique. Le demandeur fit mention également d'autres dossiers dans lesquels la section du statut, en 1998, accorda la reconnaissance du statut de réfugié aux insoumis présentant des sursis sur du papier blanc.

[16] En deuxième lieu, le demandeur invoqua un fait nouveau survenu seulement après que la décision des commissaires fût rendue. Avec preuve à l'appui, le demandeur avisa le tribunal que le 27 décembre 1997, l'une de ses sœurs ainsi que son oncle paternel avaient été assassinés à son domicile algérien, démontrant ainsi que c'est soit lui ou soit sa famille qui se trouve ciblé.

LA DÉCISION DU TRIBUNAL REFUSANT LA REQUÊTE EN VUE DE LA TENUE D'UNE NOUVELLE AUDIENCE

[17] Le 8 janvier 1999, le tribunal rejeta la requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience. Ce dernier débuta son analyse en écrivant:

Tout en admettant que des attestations de sursis (R-5) imprimées sur des feuilles de papier aient été délivrées au moins depuis mars 1998 par les autorités compétentes algériennes, en remplacement de celles qui ont été émises sous la forme d'une carte de couleur jaune clair, doit-on conclure au manquement des règles de justice naturelle dû au fait que les commissaires aient jugé le document (P-6) du requérant «non conforme» parce qu'imprimée sur une feuille de papier de couleur blanche au lieu d'être présenté en format de carte de couleur jaune clair, tel que révélé à la page 10 du document algérien (A-13) traitant de service militaire et portant la date du 16 juin 1997? [Je souligne.]

[18] Le tribunal décida qu'il ne pouvait conclure en la violation des principes de justice naturelle dans le cas en l'espèce parce qu'au moment où la cause a été entendue et lors du délibéré, la section du statut saisit

reserved, the Refugee Division which had heard the case examined the document (P-6) relating to the military deferment solely on the basis of the documentary evidence (A-13) in the record which was not contradicted by the applicant at the time his case was heard.

[19] It explained its thinking as follows:

[TRANSLATION] The information (A-13) to which the Members alluded, which deals with deferments printed on pale yellow paper, was sufficiently recent (June 13, 1997) that the Tribunal quite naturally was led to believe that it was up to date. Accordingly, this cannot be seen as a breach of natural justice because other information (R-5) dated March 13, 1998, exactly four months after the decision was made, describes the issuance of deferment certificates printed on sheets of paper. The CRDD cannot have regard to that information (R-5) today when it was not known and does not seem to have been in effect at the time when the case was heard (October 27, 1997) or during the period when decision had been reserved. [Emphasis added.]

[20] The Tribunal points out that the Refugee Division's jurisdiction in respect of rehearing a refugee claim is very limited, and that, having made its decision, it is thereby *functus officio*. It may revisit it only in cases where there has been a breach of the rules of natural justice. It concludes as follows:

[TRANSLATION] Having examined the motion, the affidavits and the record as a whole, we are unable to reach that conclusion.

[21] On the question of the Refugee Division's power to intervene to admit evidence after judgment has been rendered, the Tribunal pointed out that, in accordance with the principles laid down in *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.) and in the cases decided by the Federal Court—Trial Division that have followed that decision, it had no authority to intervene in a case of that nature.

ANALYSIS

The applicable principles of law

[22] The decisions of this Court have established unequivocally that the Tribunal has the power to

du dossier, examina le document (P-6) relatif au sursis militaire, uniquement en fonction de la preuve documentaire (A-13) au dossier qui n'a pas été contredite par le requérant (demandeur aux présentes) au moment de l'audition de sa cause.

[19] Il élabora ses pensées de la façon suivante:

L'information (A-13) à laquelle les commissaires ont fait allusion et qui fait état de sursis imprimé sur du papier jaune clair, était suffisamment récente (13 juin 1997) pour que le tribunal soit porté tout naturellement à croire qu'elle était à jour. On ne peut donc y voir bris de justice naturelle parce qu'une autre information (R-5) datée du 13 mars 1998, exactement quatre mois après que la décision eut été rendue, fasse état de délivrance d'attestations de sursis imprimés sur des feuilles de papier. La SSR ne peut tenir compte aujourd'hui de cette information (R-5) qui n'était pas connue et qui ne semble avoir été en vigueur au moment où la cause a été entendue (27 octobre 1997) ou durant la période où elle a été prise en délibéré. [Je souligne.]

[20] Le tribunal souligna que la compétence de la section du statut de réfugié en matière de réexamen de revendication au statut de réfugié est très limitée et qu'une fois qu'elle a rendu sa décision, elle s'est acquittée par le fait même de sa fonction (*functus officio*). Elle ne peut y revenir que dans les cas où il y a violation des règles de justice naturelle. Il conclut comme suit:

Or, l'examen de la requête, des affidavits et de l'ensemble du dossier ne nous permet pas d'arriver à une telle conclusion.

[21] Pour ce qui est du pouvoir d'intervention de la section du statut afin de recevoir des éléments de preuve après que le jugement ait été rendu, le tribunal rappela selon les principes établis dans *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.) et dans la jurisprudence de la Section de première instance de la Cour fédérale qui en découla, qu'il n'était pas habilité à intervenir dans un cas semblable.

ANALYSE

Les principes de droit applicables

[22] La jurisprudence de cette Cour a établi et ce, de façon non équivoque, le pouvoir du tribunal de rouvrir

reopen an application for reconsideration of a refugee claim if a denial of natural justice was committed at the hearing. In *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.), Mr. Justice Marceau stated the principle as follows, at pages 293-294:

Indeed, it is now firmly established, in the jurisprudence of this Court, that if the hearing of an application has not been held according to the rules of natural justice, the Board may look at its decision as a nullity and reconsider the matter On the other hand, it was found in *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.), that an immigration inquiry, held at a moment when the person concerned was under the direct influence of a third party (her husband) and not free to bring up facts as they were, could be seen as having breached the rules of natural justice, with the result that the decision that followed was a nullity under the Charter and the adjudicator could reconsider his decision. Was not the Board faced with a similar situation here in view of the applicant's statement that he had omitted to reveal his membership in the International Sikh Youth Federation between 1985 and 1986 because of fear of repercussions against his family in India? The Board has no comment on the point, for the simple reason, I suppose, that it was never faced with an allegation of breach of natural justice. Nor are we, for that matter; it is my approach to the case which led me to the question. But my answer to it is clearly negative. The duress invoked by the applicant is not of the type which was in question in the *Kaur* case, i.e. not a direct and immediate one; it certainly cannot be seen as having affected the hearing to the extent of making it a travesty of justice. The Board, on the sole allegation contained in the affidavit filed in support of the application to reopen the hearing, could not come to the conclusion that its initial decision could be regarded as a nullity. It follows that the Board had no more jurisdiction to reopen the hearing to allow the applicant to introduce the particular information he wanted to introduce than to allow him to bring evidence of new facts. [Emphasis added.]

[23] It should be noted that the power of the courts to intervene to remedy a denial of natural justice was also clearly stated by the Supreme Court of Canada in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, where Mr. Justice Sopinka stated, at page 863:

If the error which renders the decision a nullity is one that taints the whole proceeding, then the Tribunal must start

une demande de réexamen d'une revendication de statut de réfugié si un déni de justice naturelle fut commis lors de l'audition. Dans *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.), le juge Marceau énonce le principe de la façon suivante aux pages 293 et 294:

En effet, il est désormais bien établi, dans la jurisprudence de cette Cour, que si l'audition d'une demande ne s'est pas déroulée selon les règles de justice naturelle, la Commission peut considérer que sa décision est nulle et réexaminer la question [. . .] D'autre part, il a été décidé dans l'arrêt *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.) que la décision rendue à l'issue d'une enquête qui s'était déroulée à un moment où la personne concernée était sous l'influence directe d'un tiers (son mari) et n'était pas libre de présenter les faits tels qu'ils étaient, ne respectait pas les règles de justice naturelle, de sorte qu'elle a été déclarée nulle en vertu de la Charte, et que l'arbitre a pu réexaminer sa décision. La Commission ne se trouvait-elle pas dans une situation semblable en l'espèce, compte tenu de la déclaration du requérant voulant qu'il ait tenu sous silence son appartenance à la International Sikh Youth Federation en 1985 et en 1986 de crainte que cette révélation n'ait des répercussions sur sa famille en Indes? La Commission n'a pas fait de commentaire à ce sujet, pour la simple raison, je suppose, qu'elle n'a jamais été accusée d'avoir enfreint les règles de justice naturelle. Nous non plus, à ce que je sache. Cette question m'est venue à l'esprit à cause de la façon dont j'ai abordé le dossier. Ma réponse est cependant tout à fait négative. La contrainte dont parle le requérant n'est pas de la même nature que celle dont il est question dans l'arrêt *Kaur*, c'est-à-dire qu'elle n'est ni directe, ni immédiate. On ne peut certainement pas considérer qu'elle a nuit à l'audition de la demande au point d'en faire un simulacre de justice. La Commission ne pouvait venir à la conclusion que sa première décision pouvait être considérée nulle en se fondant uniquement sur les prétentions contenues dans l'affidavit qui accompagnait la requête en réouverture de la demande. Par conséquent, la Commission n'avait pas le pouvoir de reprendre l'audition de la demande afin de permettre au requérant de produire les renseignements qu'il souhaitait fournir, pas plus qu'elle n'avait le pouvoir de l'autoriser à mettre en preuve de faits nouveaux. [Je souligne.]

[23] Notons que ce pouvoir d'intervention des tribunaux afin de remédier à un déni de justice naturelle avait également été clairement énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, où le juge Sopinka s'exprime ainsi à la page 863:

Si l'erreur qui a pour effet de rendre nulle la décision entache la totalité des procédures, le tribunal doit tout

afresh . . . [All these cases] involve a denial of natural justice which vitiated the whole proceeding. The Tribunal was bound to start afresh in order to cure the defect.

[24] As I said earlier, the Tribunal dismissed the motion on the grounds that it could not conclude that there had been a violation of the principles of natural justice, and that in accordance with the principles set out in *Longia, supra*, it had no authority to intervene to admit fresh evidence after judgment had been rendered.

The issue

[25] With respect to the second reason cited by the Tribunal for dismissing the motion, that is, its inability to intervene to admit fresh evidence, I do not in fact see any error of law in the application of the principles set out in *Longia, supra*, that might warrant intervention by this Court. Accordingly, the only issue that remains here is whether the Tribunal erred in concluding that there had been no violation of the principles of natural justice when the applicant's refugee claim was rejected.

Application of the legal principles to this case

[26] Having regard to the decisions of this Court on the issue, I conclude that in analyzing the decision made by the Tribunal, this Court must evaluate the nature and importance of the defect alleged by the applicant in order to determine whether the Tribunal in fact committed a reviewable error such as would warrant intervention.

[27] In this case, I find, without a shadow of a doubt, that the members who made up the Tribunal that heard and rejected the applicant's claim relied on Exhibit A-13 as their basis for rejecting the applicant's testimony on an essential point: three trips to France. Today, the applicant contends that there is no doubt that Exhibit A-13 was a misrepresentation in respect of the form and colour of a military deferment issued in Algeria and that this fact was acknowledged by other members of the Tribunal in 1998 and 1999, including Members Handfield and Ndejuru, who

recommencer [. . .] Dans chaque cas, il s'agissait d'un déni de justice naturelle qui avait pour effet de vicier toute l'instance. Le tribunal était tenu de tout recommencer afin de remédier à ce vice.

[24] Tel que je l'ai exprimé précédemment, le tribunal rejeta la requête aux motifs qu'il ne pouvait conclure qu'il y avait eu violation des principes de justice naturelle et que selon les principes établis dans l'arrêt *Longia*, précité, il n'est pas habilité à intervenir pour recevoir des nouveaux éléments de preuve après que jugement eut été rendu.

La question en litige

[25] En ce qui a trait au deuxième motif invoqué par le tribunal pour rejeter la requête, soit son incapacité d'intervenir pour recevoir de nouveaux éléments de preuve, je ne vois effectivement aucune erreur de droit dans l'application des principes de l'arrêt *Longia*, précité, pouvant justifier l'intervention de cette Cour. Ainsi, la seule question en litige qui demeure est à savoir si le tribunal a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu violation des principes de justice naturelle lors du rejet de la revendication de statut de réfugié du demandeur.

Application des principes de droit au présent dossier

[26] Considérant la jurisprudence de notre Cour sur cette question, j'en conclus que lors de l'analyse de la décision rendue par le tribunal, cette Cour doit évaluer la nature et l'importance du vice soulevé par le demandeur pour en arriver à déterminer si le tribunal a, effectivement, commis une erreur révisable justifiant intervention.

[27] Dans le cadre du présent dossier, je constate, sans l'ombre d'un doute que les membres ayant constitué le tribunal qui a entendu la revendication du demandeur et l'a refusée, se sont appuyés sur la pièce A-13 pour écarter le témoignage de ce dernier sur un point essentiel, c'est-à-dire trois voyages en France. Aujourd'hui, prétend le demandeur, il ne fait aucun doute que la pièce A-13 donnait une fausse représentation au sujet de la forme et de la couleur d'un sursis militaire émis en Algérie et que ce fait a été reconnu par d'autres membres du tribunal en 1998 et 1999, y

decided the applicant's claim. I must therefore now determine whether the use of that evidence, which resulted in the rejection of the applicant's claim, amounts to an error resulting in a denial of natural justice.

[28] After analyzing the question, I must conclude that there has indeed been a breach of natural justice, for at least three reasons that I shall briefly describe. First, the Tribunal completely ignored a fundamental point raised by the applicant, that is, the recognition by other panels of the Refugee Division that a military deferment could have been issued by the competent Algerian authorities, in 1994 and 1995, on white paper. The Tribunal made no mention of this central piece of evidence, despite its duty to do so (on this point, see the reasons of Mr. Justice Evans, now of the Court of Appeal, in *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.).

[29] It is of course true that the members of the Refugee Division are not required to follow the decisions made by other members of that Division. Nonetheless, to avoid the possibility of growing numbers of arbitrary and unfair decisions being made by that Division, it is proper to conclude that when one panel of the Refugee Division decides to reach a conclusion different from the conclusion reached by another panel of the same tribunal regarding similar questions of law and fact, it should make the necessary distinctions in order to justify this kind of discrepancy. I would also refer to the judgment of my colleague Madam Justice McGillis in *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 170 F.T.R. 153 (F.C.T.D.) where she reiterates the applicable principles.

[30] Second, the Tribunal failed to properly understand an important piece of evidence that had been introduced before the first Tribunal. It could not have concluded that the documentary evidence (A-13) had not been contradicted by the applicant at the time his case was heard, since the applicant explained at his hearing on October 7, 1998 why his deferment was on white paper and not on yellow cardboard. The reason

incluant les commissaires Handfield et Ndejuru qui ont statué sur la revendication du demandeur. Je dois donc maintenant déterminer si l'utilisation de cette preuve ayant entraîné le rejet de la revendication du demandeur constitue une erreur ayant entraîné un déni des principes de justice naturelle.

[28] Or, après analyse, je me dois de conclure qu'il y a bel et bien eu violation aux principes de justice naturelle et ce, pour à tout le moins trois motifs que je vais décrire succinctement. En premier lieu, le tribunal a complètement ignoré un aspect fondamental soulevé par le demandeur, c'est-à-dire la reconnaissance par d'autres formations de la section du statut qu'un sursis militaire pouvait avoir été émis, en 1994 et 1995, sur papier blanc par les autorités algériennes compétentes. Le tribunal n'a fait aucune mention de cet élément central et ce, malgré son obligation de le faire (voir à cet effet les motifs de M. le juge Evans, maintenant à la division d'appel, dans *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (C.F. 1^{re} inst.).

[29] Certes, il est vrai que les membres de la section du statut de réfugié ne sont pas tenus de suivre les décisions rendues par d'autres membres de la même section. Néanmoins, afin d'éviter que l'arbitraire et l'injustice ne se multiplient au sein de ladite section, c'est à bon droit de conclure que lorsqu'une formation de la section du statut de réfugié décide de conclure différemment d'une autre formation du même tribunal sur des questions de droit et de faits semblables, elle se doit de faire les distinctions qui s'imposent afin de justifier un tel écart. Je me réfère d'ailleurs au jugement rendu par ma collègue la juge McGillis dans *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 170 F.T.R. 153 (C.F. 1^{re} inst.) où elle réitère les principes applicables.

[30] En deuxième lieu, le tribunal a mal saisi un élément important qui avait été mis en preuve devant le premier tribunal. En effet, il ne pouvait conclure que la preuve documentaire (A-13) n'avait pas été contredite par le requérant (demandeur aux présentes) au moment de l'audition de sa cause puisque ce dernier a expliqué lors de son audition le 7 octobre 1998, pourquoi son sursis était sur papier blanc et non

was that he was not a student, but rather had teacher status.

[31] In addition, I note that the Tribunal failed to properly grasp the fact that the information (A-13) regarding deferments was not recent (June 13, 1997) since it was based on a telephone conversation that had taken place in 1993. Moreover, I note that the Tribunal stated that the new information (R-5) dated March 13, 1998 did not seem to have been in effect at the time when the case was heard or during the period when the decision was reserved. I conclude, however, that the evidence in the record does not support that assertion.

[32] Lastly, the effect of the Tribunal's conclusions regarding a breach of natural justice is to narrow the scope of that concept much too far. The Tribunal said that it could not, today, have regard to information (R-5) that was not known and did not seem to have been in effect at the time when the case was heard or during the period when decision was reserved. However, the considerations on which the Tribunal relied in reaching that conclusion relate more to the concept of new facts than to the concept of a breach of natural justice. In addition, I find that the Tribunal did not have regard to the fact that other panels of the Refugee Division have not cited the same constraint.

[33] The scope of the concept of breach of natural justice, or travesty of justice, is much broader and relates rather to the concept of fundamental justice, a principle whose content may vary and depends on the circumstances, and may certainly include a defect in evidence.

[34] For all these reasons, this application for judicial review is allowed, the decision of the Tribunal refusing to reopen is set aside and the matter is referred back to the Refugee Division for the application for a new hearing filed by the applicant to be reheard by a new panel.

[35] No other question was proposed for certification and no such question is stated.

sur carton jaune. La raison était qu'il n'était plus étudiant mais qu'il avait le statut d'enseignant.

[31] De plus, je constate que le tribunal a mal apprécié le fait que l'information (A-13) sur les sursis n'était pas récente (13 juin 1997) puisque celle-ci était basée sur une conversation téléphonique ayant eu lieu en 1993. Par ailleurs, je constate que le tribunal a indiqué que la nouvelle information (R-5) datée du 13 mars 1998 ne semblait pas être en vigueur au moment où la cause a été entendue ou lors du délibéré. Or, j'en conclus que la preuve au dossier ne permet pas une telle assertion.

[32] En dernier lieu, les conclusions du tribunal en ce qui constitue une violation des principes de justice naturelle ont pour effet de beaucoup trop restreindre la portée de ce concept. Le tribunal dit ne pas pouvoir tenir compte, aujourd'hui, de l'information (R-5) qui n'était pas connu et qui ne semblait pas être en vigueur au moment où la cause a été entendue ou durant la période où elle a été prise en délibéré. Toutefois, les considérations retenues par le tribunal pour en arriver à une telle conclusion se rattachent plutôt au concept de faits nouveaux et non à la notion de la violation des principes de justice naturelle. De plus, je constate que le tribunal n'a pas tenu compte du fait que d'autres formations de la section du statut n'ont pas évoqué cette contrainte.

[33] La portée du concept de violation des règles de justice naturelle ou simulacre de justice est beaucoup plus large et se rattache à la notion de la justice fondamentale, un principe dont le contenu est variable et dépend des circonstances et peut certainement inclure un vice de preuve.

[34] Pour tous ces motifs, cette demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision du tribunal refusant la réouverture est cassée et l'affaire est déférée à la section du statut de réfugié pour qu'une nouvelle formation entende de nouveau là requête en vue de la tenue d'une nouvelle audience déposée par le demandeur.

[35] Aucune question certifiée n'a été proposée et nulle n'est formulée.

T-916-99

T-916-99

Kevork Marachelian (*Applicant*)**Kevork Marachelian** (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: MARACHELIAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MARACHELIAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^o INST.)**

Trial Division, Pelletier J.—Montréal, June 12; Ottawa, July 11, 2000.

Section de première instance, juge Pelletier—Montréal, 12 juin; Ottawa, 11 juillet 2000.

Penitentiaries — Convict serving life sentence for murder of security guard in attack on Turkish embassy at Ottawa — Application for transfer from medium security to minimum security institution — Reassessment of security classification — Transfer and reclassification denied based on secret RCMP and CSIS information — Judicial review, rather than internal grievance, appropriate as evidence suggesting security classification dictated to Correctional Service by another agency — Failure to advise convict of substance of RCMP and CSIS allegations breach of right to procedural fairness and violation of Corrections and Condition Release Act, s. 27.

Pénitenciers — Détenu purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité pour le meurtre d'un gardien de sécurité perpétré lors d'une attaque contre l'ambassade turque à Ottawa — Demande de transfèrement d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité minimale — Réévaluation de la classification du niveau de sécurité — Transfèrement et reclassification refusés en raison de renseignements secrets fournis par la GRC et le SCRS — Le contrôle judiciaire, plutôt que le grief interne, était approprié, un élément de preuve indiquant que le Service correctionnel s'était fait dicter sa classification du niveau de sécurité par un autre organisme — Le défaut d'informer le détenu de l'essentiel des allégations de la GRC et du SCRS constituait une atteinte à son droit à l'équité procédurale et une violation de l'art. 27 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Inmate's application for transfer to other institution and security reclassification denied based on secret RCMP and CSIS information — Judicial review, rather than internal grievance, appropriate as evidence suggesting inmate's security classification dictated to Correctional Service by another agency — Failure to advise inmate of substance of RCMP and CSIS allegations breach of right to procedural fairness and violation of Corrections and Conditional Release Act, s. 27.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande de transfèrement à un autre établissement et de reclassification du niveau de sécurité d'un détenu refusée en raison de renseignements secrets fournis par la GRC et le SCRS — Le contrôle judiciaire, plutôt que le grief interne, était approprié, un élément de preuve indiquant que le Service correctionnel s'était fait dicter la classification du niveau de sécurité du détenu par un autre organisme — Le défaut d'informer le détenu de l'essentiel des allégations de la GRC et du SCRS constituait une atteinte à son droit à l'équité procédurale et une violation de l'art. 27 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition.

A security guard was killed in an attack by the applicant and two others on the Turkish Embassy at Ottawa in 1985. The purpose of this attack was to draw attention to the genocide of the Armenians in 1915. The applicant was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment without the possibility of parole for 25 years. In 1999, the applicant applied for a transfer from the medium security Drummondville Institution to a minimum security institution. This required the Correctional Service to reassess his security classification. The case management team at Drummondville Institution reported that on the basis of criteria which are usually applied to the assessment of

Un gardien de sécurité a été tué pendant l'attaque perpétrée par le demandeur et deux autres personnes contre l'ambassade turque à Ottawa en 1985. Cette attaque avait pour but d'attirer l'attention sur le génocide des Arméniens survenu en 1915. Le demandeur a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle pendant 25 ans. En 1999, le demandeur a fait une demande de transfèrement de l'établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité minimale. Cela a obligé le Service correctionnel à réévaluer la classification de son niveau de sécurité. L'équipe de gestion des cas de l'établissement de

risk, the applicant's classification should be reduced to minimum. However, considering secret information on file from the RCMP and CSIS, the case management team concluded that placement in a minimum security establishment did not appear to be adequate and so recommended to the Warden of the Drummondville Institution. (It has since been disclosed that the substance of the RCMP documents was that the applicant was a suspect in an ongoing investigation of the murder of a Turkish military attaché in 1982). The Warden accordingly rejected the applications for reclassification and transfer on the basis of public security. Neither the secret information nor a summary thereof were provided to the applicant.

This was an application for judicial review of the refusal to reclassify and of the refusal to transfer. The applicant argued primarily that the Correctional Service had fettered its discretion or had failed to exercise its discretion or gave rise to a reasonable apprehension of bias in deferring to CSIS and the RCMP on the question of the applicant's security classification.

Held, the application should be allowed.

The internal grievance procedure provided by the *Corrections and Conditional Release Act* must normally be exhausted before proceedings are initiated in the Federal Court. In this case, however, there was evidence suggesting that the Correctional Service has had the applicant's security classification dictated to it by another agency. A grievance which puts such an issue into question cannot credibly be adjudicated by the same Correctional Service which is implicated. Therefore, the facts of this case constitute an exception to the general rule as to the exhaustion of internal remedies and judicial review was appropriate.

A prisoner who is subject to disciplinary action is entitled to know the basis of the action against him. While this was not a discipline case, the effect was essentially the same. The refusal to reclassify and transfer the applicant was based upon an allegation which has not been shared with him and to which he has not had the opportunity to respond. Paragraph 4(d) of the Act provides that "the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and officers", whether the question is disciplinary measures or security classification. The disclosure obligations, and constraints, ought to be the same in both cases. While some information cannot be disclosed in full, there ought to be sufficient disclosure of the gist of the allegation to allow the applicant to respond. Therefore, the failure to advise the applicant of the substance of the RCMP and CSIS allegations so as to allow him to meet those

Drummondville a indiqué qu'à la lumière des critères habituellement appliqués en matière d'évaluation des risques, la classification de sécurité du demandeur devrait être réduite au niveau minimal. Toutefois, à la lumière de renseignements secrets figurant au dossier et provenant de la GRC et du SCRS, l'équipe de gestion des cas a conclu que le placement dans un établissement à sécurité minimale ne paraissait pas adéquat et a fait sa recommandation en conséquence au directeur de l'établissement de Drummondville. (Il a depuis été révélé que les documents de la GRC indiquaient essentiellement que le demandeur était soupçonné dans le cadre d'une enquête en cours sur le meurtre d'un attaché militaire turc survenu en 1982). Le directeur a donc rejeté les demandes de reclassification et de transfèrement pour des raisons de sécurité publique. Ni les renseignements secrets, ni un résumé de ces renseignements n'ont été fournis au demandeur.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus de reclassifier et de transférer le demandeur. Le demandeur a principalement soutenu que le Service correctionnel avait entravé son pouvoir discrétionnaire, qu'il avait omis de l'exercer ou qu'il avait donné lieu à une crainte raisonnable de partialité en s'en remettant au SCRS et à la GRC sur la question de la classification du niveau de sécurité du demandeur.

Jugement: la demande est accueillie.

La procédure de grief interne prévue par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* doit normalement être épuisée avant qu'une instance ne soit commencée en Cour fédérale. Dans la présente affaire, toutefois, il y avait un élément de preuve indiquant que le Service correctionnel s'était fait dicter sa classification du niveau de sécurité par un autre organisme. Un grief mettant en cause une telle question ne peut pas être tranché de façon crédible par le Service correctionnel, qui est lui-même concerné. Les faits de la présente affaire constituent donc une exception à la règle générale relative à l'épuisement des recours internes, et le contrôle judiciaire était approprié.

Un détenu faisant l'objet de mesures disciplinaires a le droit de connaître les motifs de ces mesures. Même s'il ne s'agissait pas d'une affaire disciplinaire, le résultat était essentiellement le même. Le refus de reclassifier et de transférer le demandeur était fondé sur une allégation qui ne lui avait pas été communiquée et à laquelle il n'avait pas eu la possibilité de répondre. L'alinéa 4d) de la Loi prévoit que «les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible», que la question porte sur des mesures disciplinaires ou sur la classification du niveau de sécurité. L'obligation de communication de l'information devrait être la même et devrait faire l'objet des mêmes restrictions dans les deux cas. Même si certains renseignements ne peuvent pas être communiqués en entier, il devrait y avoir une communication suffisante de l'essentiel de l'allégation pour permettre

objections was a breach of the applicant's rights to procedural fairness.

Alternatively, the decision was in violation of section 27 of the Act which provides that the offender shall, before the decision is taken, be given all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information.

While the information which the respondent had from the RCMP and CSIS was received subject to specific instructions that it was not to be disclosed without the consent of the party providing the information, the Correctional Service cannot avoid its obligations to inmates by means of an agreement with third parties.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(d), 27(2),(3), 30(2).
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 15, 81.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Doran v. Canada (Correctional Services) (1996), 108 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.); *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Fortin v. Donnacona Institution (1997), 153 F.T.R. 84 (F.C.T.D.); *Giesbrecht v. Canada* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 246; 148 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of the decision of the Warden of the Drummondville Institution rejecting the applicant's applications for reclassification and transfer. Application allowed.

APPEARANCES:

Stephen Fineberg and *Haytoug-Léon Chamlian* for applicant.
Eric Lafrenière for respondent.

au demandeur d'y répondre. Par conséquent, le défaut d'informer le demandeur de l'essentiel des allégations de la GRC et du SCRS de manière à lui permettre d'y répondre constituait une atteinte à son droit à l'équité procédurale.

Subsidiairement, la décision contrevenait à l'article 27 de la Loi, qui prévoit que le délinquant doit recevoir, avant la prise de la décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci ou un sommaire de ceux-ci.

Même si le défendeur avait reçu les renseignements de la GRC et du SCRS sous réserve qu'il ne devait pas les divulguer sans le consentement de la partie qui les avait fournis, le Service correctionnel ne peut pas éviter de respecter ses obligations envers les détenus au moyen d'une entente avec des tiers.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 4d), 27(2),(3) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 10), 30(2).
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 15, 81.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Doran c. Canada (Services correctionnels) (1996), 108 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re} inst.); *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.); *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Fortin c. Établissement de Donnacona (1997), 153 F.T.R. 84 (C.F. 1^{re} inst.); *Giesbrecht c. Canada* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 246; 148 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du directeur de l'établissement de Drummondville rejetant les demandes de reclassification et de transfèrement présentées par le demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Stephen Fineberg et *Haytoug-Léon Chamlian* pour le demandeur.
Eric Lafrenière pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Stephen Fineberg, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] PELLETIER J.: In 1985, Kevork Marachelian and two others attacked the Turkish embassy in Ottawa to draw attention to the genocide of the Armenians in 1915. A security guard was killed. Marachelian and his accomplices were convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment without the possibility of parole for 25 years. Since the day he entered prison, Marachelian has been a model prisoner but his attempts to be classified as a minimum security risk have been frustrated by the interest which the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) continue to take in him. The nature of the interest is indicated by a memorandum dated September 23, 1997 by Ms. Nancy Chow, the applicant's case management officer at the time, which reads as follows:

Translation by the Court:

We therefore remind you that your preventive security file is marked "Secret" and that a document from the Canadian Security Intelligence Service is on the file. This document forbids a reduction in your security status. By reason of the source of the information, your file is secret and it is impossible for us to share it with you. By reason of section 27(3) of Law 20 [the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act)] the information may not be disclosed.

[2] In early 1999, Mr. Marachelian, who is held at Drummondville, a medium security institution, applied for transfer to another institution. This required the Correctional Service to reassess his security classification as the institution to which he requested a transfer was a minimum security institution. The case management team at Drummondville undertook a review of his file and reported that on the basis of the criteria which are usually applied to the assessment of risk, Mr. Marachelian's classification should be reduced to

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Stephen Fineberg, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE PELLETIER: En 1985, Kevork Marachelian et deux autres personnes ont attaqué l'ambassade de la Turquie à Ottawa pour attirer l'attention sur le génocide des Arméniens survenu en 1915. Un gardien de sécurité a été tué. Marachelian et ses complices ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré et condamnés à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle pendant 25 ans. Depuis son entrée en prison, Marachelian est un détenu modèle, mais ses tentatives d'obtenir une classification selon un niveau de sécurité minimal ont été vaines en raison de l'intérêt que la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) et le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) continuent à lui porter. La nature de cet intérêt est indiquée dans la note de service suivante, faite le 23 septembre 1997 par M^{me} Nancy Chow, l'agent de gestion des cas du demandeur à l'époque:

Nous vous rappelons donc que votre dossier de la sécurité préventive porte la mention «secret» et qu'un document du Service Canadien de Renseignement de Sécurité (SCRS) y est consigné. Ce document interdit votre déclassification sécuritaire. En raison de la provenance de l'information, votre dossier est secret et il nous est impossible de vous le partager. En vertu de l'art. 27(3) de la Loi 20 [*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20], l'information ne peut être divulguée.

[2] Au début de l'année 1999, M. Marachelian, qui est détenu à l'établissement à sécurité moyenne de Drummondville, a demandé son transfèrement à un autre établissement. Cela a obligé le Service correctionnel à réévaluer la classification de son niveau de sécurité puisque l'établissement auquel il avait demandé le transfèrement était un établissement à sécurité minimale. L'équipe de gestion des cas de l'établissement de Drummondville a effectué un examen de son dossier et a indiqué qu'à la lumière

minimum. However, the case management team went on to consider other factors, specifically the information on the file from the RCMP and CSIS. The case management team concluded as follows:

Translation by the Court:

Our position therefore currently remains the same and as previously mentioned, even though the reasons given for the transfer by the subject would be desirable for him, we must give public security a greater priority and we cannot [not] take into account his preventive security file. According to us, the risks of flight as well as public safety concerns continue to be moderate. Consequently, placement in a minimum security establishment does not appear to us to be adequate.

[3] This assessment was forwarded to the Warden of the Drummondville Institution, Mr. Jacques Labonté, for a decision. On April 21, 1999, he rejected the applications for reclassification and transfer for reasons which appear below:

Translation by the Court:

You have asked for a transfer to the CFF Institution in order to participate in the kitchen program, to be nearer to your family, and to get the benefit of medical treatment for a knee. Having reviewed your file, we note that the reevaluation scale for your security level was completed on 99-04-12 and rates your security level as minimum. Notwithstanding this, secret information of a delicate nature is present in the preventive security file. You remain a subject of interest for the R.C.M.P. and the Canadian Security Intelligence Service. (You have refused to meet with the R.C.M.P. in January 1999.) This information is very much of concern, is relevant to the issue of public security and justifies a deviation from the security level obtained on the scale. Your security classification is therefore maintained at medium.

Consequently and in accordance with CD 006 dealing with classification of institutions and CD 540 concerning transfer of inmates, I refuse your request for a transfer to the CFF Institution.

des critères habituellement appliqués en matière d'évaluation des risques, la classification de sécurité de M. Marachelian devrait être réduite au niveau minimal. L'équipe de gestion des cas a toutefois également tenu compte d'autres facteurs, soit les renseignements contenus au dossier qui provenaient de la GRC et du SCRS. L'équipe de gestion des cas a tiré la conclusion suivante:

Notre position demeure donc présentement la même et tel que mentionné précédemment, bien que les raisons de transfèrement invoquées par le sujet pourraient s'avérer souhaitables pour ce dernier, nous devons prioriser la sécurité du public et ne pouvons [ne] pas tenir compte de son dossier de sécurité préventive. Selon nous, les risques d'évasion ainsi que concernant la sécurité du public demeurent toujours modérés. Conséquemment, l'encadrement en établissement à sécurité minimale ne nous apparaît pas être suffisant.

[3] Cette évaluation a été transmise au directeur de l'établissement de Drummondville, M. Jacques Labonté, pour qu'il prenne la décision. Le 21 avril 1999, ce dernier a rejeté les demandes de reclassification et de transfèrement pour les motifs qui suivent:

Vous demandez un transfèrement à l'établissement CFF afin de participer au programme cuisine, pour vous rapprocher de votre famille et pour bénéficier de soins médicaux à un genou. À l'étude de votre dossier, nous constatons que l'Échelle de réévaluation de votre niveau de sécurité a été complétée le 99-04-12 et évalue votre niveau de sécurité à minimum. Toutefois, des renseignements secrets de nature délicate sont présents au dossier de la sécurité préventive. Vous demeurez un sujet d'intérêt pour la GRC et le Service Canadien des renseignements de sécurité. (Vous avez d'ailleurs refusé de rencontrer la GRC en janvier 1999.) Ces informations sont très préoccupantes, contribuent à compromettre la sécurité du public et justifient une dérogation du niveau de sécurité obtenu à l'Échelle. Votre cote de sécurité est donc maintenue à un niveau médium.

Conséquemment et conformément à la DC 006 concernant la classification des établissements et la DC 540 concernant les transfèvements des détenus, je refuse votre demande de transfèrement vers l'Établissement CFF. Vous ne pouvez faire l'objet d'un transfèrement vers un établissement à sécurité minimum puisque votre niveau de sécurité est maintenu à médium.

[4] As part of the process of notification of the decision, Mr. Marachelian received four documents:

- Follow-up on Correctional Plan dated April 8, 1999
- Pre-decision assessment dated April 8, 1999
- Inmate Security Level Recommendation/Decision dated April 21, 1999
- Institutional transfer Recommendation/Decision dated April 21, 1999

[5] These were provided to Mr. Marachelian for the purpose of complying with section 27 of the *Corrections and Conditional Release Act* [S.C. 1992, c. 20] (the Act) which provides as follows:

27. (1) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to make representations in relation to a decision to be taken by the Service about the offender, the person or body that is to take the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, a reasonable period before the decision is to be taken, all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information.

(2) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to be given reasons for a decision taken by the Service about the offender, the person or body that takes the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, forthwith after the decision is taken, all the information that was considered in the taking of the decision or a summary of that information.

(3) Except in relation to decisions on disciplinary offences, where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under subsection (1) or (2) would jeopardize

- (a) the safety of any person,
- (b) the security of a penitentiary, or
- (c) the conduct of any lawful investigation,

the Commissioner may authorize the withholding from the offender of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest identified in paragraph (a), (b) or (c).

[6] Following receipt of the documentation, and within 30 days of the decision, the refusal to reclassify the applicant and the refusal to transfer the applicant

[4] Dans le cadre du processus d'avis de la décision, M. Marachelian a reçu quatre documents:

- Suivi du plan correctionnel daté du 8 avril 1999
- Évaluation en vue d'une décision datée du 8 avril 1999
- Recommandation/décision pour niveau sécurité du détenu datée du 21 avril 1999
- Recommandation/décision pour transfèrement sollicité datée du 21 avril 1999

[5] Ces documents ont été fournis à M. Marachelian conformément à l'article 27 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* [L.C. 1992, ch. 20 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 10)] (la Loi), qui prévoit:

27. (1) Sous réserve du paragraphe (3), la personne ou l'organisme chargé de rendre, au nom du Service, une décision au sujet d'un délinquant doit, lorsque celui-ci a le droit en vertu de la présente partie ou des règlements de présenter des observations, lui communiquer, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), cette personne ou cet organisme doit, dès que sa décision est rendue, faire connaître au délinquant qui y a droit au titre de la présente partie ou des règlements les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

(3) Sauf dans le cas des infractions disciplinaires, le commissaire peut autoriser, dans la mesure jugée strictement nécessaire toutefois, le refus de communiquer des renseignements au délinquant s'il a des motifs raisonnables de croire que cette communication mettrait en danger la sécurité d'une personne ou du pénitencier ou compromettrait la tenue d'une enquête licite.

[6] Après la réception des documents et dans un délai de 30 jours de la décision, le refus de reclassifier le demandeur et le refus de le transférer ont fait toutes

were each made the subject of an application for judicial review. Those applications were ordered to be heard together because of the interconnectedness of the subject-matter of the applications.

[7] As part of the application for judicial review, a demand was made for the production of all the RCMP reports on the applicant's preventive security file as well as copies of the CSIS reports on the same file. This led to an application in which section 38 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] was invoked to resist production of the documents. After the Manager of Security Operations was cross-examined on her affidavit, the application was abandoned. It has since been disclosed however, that the substance of the RCMP documents is that the applicant is a suspect in an ongoing investigation of the murder of a Turkish military attaché in 1982.¹ The contents of the CSIS document and its relevance to applicant's incarceration remain unknown.

[8] The respondent raises as a preliminary point that the applicant has not exhausted his internal remedies and therefore his application to this Court is premature. There is authority in this Court in the form of *Fortin v. Donnacona Institution* (1997), 153 F.T.R. 84 (F.C.T.D.), a decision of Teitelbaum J. and *Giesbrecht v. Canada* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 246 (F.C.T.D.), a decision of Rothstein J. (as he then was) that the internal grievance procedure provided by the Act is, in general terms, an adequate alternate remedy which must be exhausted before initiating proceedings in the Federal Court. Both of these cases set out the case law which supports that proposition. The underlying rationale is that the statutory remedy is deprived of any relevance if it can simply be bypassed in favour of the Federal Court. One might add that judicial resources should not be occupied dealing with problems for which another forum is provided.

[9] There are exceptions to this general rule as there are to all others. In *Doran v. Canada (Correctional Services)* (1996), 108 F.T.R. 93 (F.C.T.D.), MacKay

deux l'objet de demandes de contrôle judiciaire. Il a été ordonné que ces demandes soient entendues conjointement en raison du lien existant entre les objets des demandes.

[7] Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, le demandeur a sollicité la production de l'ensemble des rapports de la GRC versés à son dossier de sécurité préventive de même que celle des copies des rapports du SCRS consignés au même dossier. Cela a mené à une demande contestant la production des documents en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5]. Après que la gestionnaire des opérations en matière de sécurité eut été contre-interrogée relativement à son affidavit, la demande a été abandonnée. Il a depuis cependant été révélé que les documents de la GRC indiquaient essentiellement que le demandeur était soupçonné dans le cadre d'une enquête en cours sur le meurtre d'un attaché militaire turc survenu en 1982¹. Le contenu des documents du SCRS et leur pertinence quant à l'incarcération du demandeur demeurent inconnus.

[8] Le défendeur a soulevé l'argument préliminaire voulant que le demandeur n'avait pas épuisé ses recours internes et que la demande déposée auprès de la Cour était donc prématurée. Il ressort des décisions rendues par la Cour dans *Fortin c. Établissement de Donnacona* (1997), 153 F.T.R. 84 (C.F. 1^{re} inst.), par le juge Teitelbaum, et dans *Giesbrecht c. Canada* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 246 (C.F. 1^{re} inst.), par le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel), que la procédure de grief interne prévue par la Loi constitue, de façon générale, un autre recours adéquat qui doit être épuisé avant qu'une instance ne soit commencée en Cour fédérale. Ces deux arrêts ont exposé la jurisprudence à l'appui de cette proposition. Sa logique interne est que le recours prévu par la loi est privé de toute pertinence si on peut y passer outre en s'adressant simplement à la Cour fédérale. On pourrait ajouter qu'il ne faut pas consacrer des ressources judiciaires au règlement de problèmes pour lesquels il existe un autre forum.

[9] Comme toutes les autres règles, cette règle générale admet des exceptions. Dans *Doran c. Canada (Service correctionnel)* (1996), 108 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re}

J. held that an early application for judicial review was appropriate where the lawful authority of the Commissioner is in issue. MacKay J. relied in part upon section 81 of the Regulations [*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620] made under the Act which provides that where an application for judicial review is made, the grievance procedure is stayed until the judicial review is completed. In his view, this provision confirmed that a party had a right to proceed in one forum or the other. *Doran*, *supra*, which may have turned on its particular facts, was not referred to in *Fortin* and *Giesbrecht*, *supra*.

[10] The policy reasons for requiring applicants to exhaust their internal remedies are compelling. To hold otherwise is to undermine the legitimacy of alternate remedies by assigning them to a secondary position when there are many reasons why they should occupy a primary role in the resolution of disputes. In the context of correctional facilities, one could identify timeliness, familiarity with a unique environment, adequate procedural safeguards and economy as reasons for which internal remedies ought to be exhausted before approaching this Court. However, there will be circumstances in which the internal remedies are not adequate. In this case, there is evidence, in the memorandum of Nancy Chow, suggesting that the Correctional Service has had the applicant's security classification dictated to it by another agency. A grievance which puts such an issue into question cannot credibly be adjudicated by the Correctional Service since it is the Correctional Service itself which is implicated. For that reason, while upholding the general rule as to exhaustion of internal remedies, I find that the facts of this case constitute an exception to that rule.

[11] Counsel for the applicant argued a number of grounds as to why the decisions of April 21, 1999 should be set aside. He argued primarily that the

inst.), le juge MacKay a conclu qu'il était approprié de présenter en début de procédure une demande de contrôle judiciaire lorsque l'autorité légale du commissaire était en cause. Le juge MacKay s'est fondé en partie sur l'article 81 du Règlement [*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620] pris en vertu de la Loi, qui prévoit que lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est présentée, la procédure de grief est suspendue jusqu'à ce qu'il ait été statué sur cette demande. Il était d'avis que cette disposition confirmait qu'une partie avait le droit d'utiliser un forum ou l'autre. La décision rendue dans *Doran*, précitée, qui reposait peut-être sur des faits qui lui étaient particuliers, n'a pas été mentionnée dans les décisions *Fortin* et *Giesbrecht*, précitées.

[10] Les considérations de principe justifiant que l'on exige des demandeurs qu'ils épuisent leurs recours internes sont déterminantes. Conclure autrement signifierait miner la légitimité de ces autres recours en leur attribuant un rôle secondaire alors qu'il existe de nombreuses raisons pour lesquelles ils doivent jouer un rôle de premier plan dans le règlement des litiges. Dans le contexte des établissements de détention, on peut mentionner la rapidité, la connaissance d'un environnement unique, les mesures adéquates de protection procédurale et l'économie comme motifs pour lesquels les recours internes devraient être épuisés avant qu'une demande ne soit faite auprès de la Cour. Il y a toutefois des cas où les recours internes ne sont pas adéquats. Dans la présente affaire, la note de service de Nancy Chow constitue un élément de preuve indiquant que le Service correctionnel s'est fait dicter sa classification du niveau de sécurité par un autre organisme. Un grief mettant en cause une telle question ne peut pas être tranché de façon crédible par le Service correctionnel, car c'est le Service correctionnel lui-même qui est concerné. Tout en confirmant la règle générale relative à l'épuisement des recours internes, je conclus que les faits de la présente affaire constituent une exception à cette règle pour ce motif.

[11] L'avocat du demandeur a invoqué un certain nombre d'arguments en vertu desquels les décisions du 21 avril 1999 devraient être annulées. Il a principa-

Correctional Service had fettered its discretion or had failed to exercise its discretion or gave rise to a reasonable apprehension of bias in deferring to CSIS and the RCMP on the question of the applicant's security classification. Relying on correspondence from the Quebec Regional Office of the Correctional Service as well as Ms. Chow's memoranda, he also sought to show that senior officials of the Service had deferred to the outside agencies on these questions and that more junior officials must be taken to have known of this policy and to have been influenced by it.

[12] There is evidence from which one could conclude that the Correctional Service had in fact allowed its position with respect to the applicant's security classification to be dictated by other agencies but that evidence is in relation to decisions other than the decisions in issue in these applications. The link between those decisions and the decisions under review is the evidence that the warden who made the decision had the entire file and therefore must have known the position of his superiors.

[13] I find that I do not have to decide this question as there are other grounds on which this application is entitled to succeed. There is a line of cases in this Court to the effect that a prisoner who is subject to disciplinary action is entitled to know the basis of the action against him. One of the first cases in the line is *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74 (C.A.), a case in which an inmate was transferred as a result of an allegation that he had brought cyanide into the institution [at pages 76-77]:

There is, in my view, simply no doubt that the appellant was not treated with the fairness to which he was entitled. The purpose of requiring that notice be given to a person against whose interests it is proposed to act is to allow him to respond to it intelligently. If the matter is contested, such response will normally consist of either or both of a denial of what is alleged and an allegation of other facts to complete the picture. Where, as here, it is not intended to hold a hearing or otherwise give the person concerned a

lement soutenu que le Service correctionnel avait entravé son pouvoir discrétionnaire, qu'il avait omis de l'exercer ou qu'il avait donné lieu à une crainte raisonnable de partialité en s'en remettant au SCRS et à la GRC sur la question de la classification du niveau de sécurité du demandeur. Faisant référence aux lettres du bureau régional du Québec du Service correctionnel de même qu'aux notes de service de M^{me} Chow, il a également tenté de démontrer que les hauts fonctionnaires du Service s'en étaient remis à ces organismes externes quant à ces questions et qu'il fallait tenir pour acquis que les fonctionnaires subalternes connaissaient cette politique et qu'ils en avaient subi l'influence.

[12] Il y a des éléments de preuve à partir desquels on pourrait conclure que le Service correctionnel avait permis dans les faits que sa position relative à la classification du niveau de sécurité du demandeur lui soit dictée par d'autres organismes, mais ces éléments de preuve ont trait à des décisions autres que celles qui font l'objet des présentes demandes. Le lien existant entre ces décisions et les décisions faisant l'objet des demandes de contrôle judiciaire est que le directeur qui a pris les décisions disposait de l'ensemble du dossier, de sorte qu'il devait connaître la position de ses supérieurs.

[13] Je conclus que je n'ai pas à trancher cette question puisqu'il existe d'autres motifs pour lesquels la présente demande doit être accueillie. Il y a un courant de jurisprudence à la Cour selon lequel un détenu faisant l'objet de mesures disciplinaires a le droit de connaître les motifs de ces mesures. L'une des premières décisions dans ce courant est *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.), une affaire dans laquelle un détenu avait été transféré en raison de l'allégation qu'il avait introduit du cyanure dans l'établissement [aux pages 76 et 77]:

Selon moi, il ne fait tout simplement aucun doute que l'appelant n'a pas bénéficié du traitement équitable auquel il avait droit. Si on exige qu'un avis soit donné à une personne contre laquelle on se propose d'agir, c'est pour permettre à celle-ci d'y répondre intelligemment. Lorsque la mesure projetée est contestée, une telle réponse consiste habituellement soit à nier ce qui est allégué soit à alléguer d'autres faits complétant le tableau ou les deux. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on n'entend pas tenir une

right to confront the evidence against him directly, it is particularly important that the notice contain as much detail as possible, else the right to answer becomes wholly illusory.

[14] This is not a discipline case but the effect is essentially the same. The refusal to reclassify and transfer the applicant is based upon an allegation which has not been shared with him and to which he has not had the opportunity to respond. The evidentiary record is clear that the only obstacle in the way of the applicant's reclassification is the undisclosed information on the applicant's preventive security file. It is true that the refusals in question here do nothing more than maintain the status quo whereas in *Demaria, supra*, and other cases to the same effect, the information is being used to restrict the applicant's rights.

[15] The policy of the Act, as reflected in paragraph 4(d) is "that the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders". The issue of "least restrictive measures" is the same whether the question is disciplinary measures or security classification. The disclosure obligations ought to be the same in both cases, and should be subject to the same constraints in both cases. Some information cannot be disclosed in full but there ought to be sufficient disclosure of the gist of the allegation to allow the applicant to respond.²

[16] As a result, it is my view that the failure to advise the applicant of the substance of the RCMP and CSIS allegations so as to allow him to meet those objections was a breach of the applicant's rights to procedural fairness.

[17] If I am wrong about that, I find that the section 27 of the Act was not complied with.

[18] Section 15 of the Regulations provides as follows:

15. Where an inmate submits a request for a transfer referred to in section 29 of the Act, the Commissioner or a

audience ni conférer à la personne en cause le droit d'être mis directement en présence de la preuve présentée contre elle, il est particulièrement important que l'avis soit le plus détaillé possible; sinon le droit d'y répondre devient tout à fait illusoire.

[14] Il ne s'agit pas d'une affaire disciplinaire, mais le résultat est essentiellement le même. Le refus de reclassifier et de transférer le demandeur est fondé sur une allégation qui ne lui a pas été communiquée et à laquelle il n'a pas eu la possibilité de répondre. Il ressort de la preuve au dossier que les renseignements non divulgués consignés au dossier de sécurité préventive du demandeur sont le seul obstacle empêchant la reclassification de ce dernier. Il est vrai que les refus en question en l'espèce ne font rien de plus que maintenir la situation existante tandis que dans *Demaria*, précitée, et dans les autres décisions dans le même sens, les renseignements étaient utilisés pour restreindre les droits du demandeur.

[15] Le principe de la Loi, comme l'indique l'alinéa 4d), veut que «les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible». La question des «mesures [. . .] le moins restrictives possible» est la même, que la question porte sur des mesures disciplinaires ou sur la classification du niveau de sécurité. L'obligation de communication de l'information devrait être la même et devrait faire l'objet des mêmes restrictions dans les deux cas. Certains renseignements ne peuvent pas être communiqués en entier, mais il devrait y avoir une communication suffisante de l'essentiel de l'allégation pour permettre au demandeur d'y répondre².

[16] Par conséquent, je suis d'avis que le défaut d'informer le demandeur de l'essentiel des allégations de la GRC et du SCRS de manière à lui permettre d'y répondre constituait une atteinte à son droit à l'équité procédurale.

[17] Dans le cas où je ferais erreur à ce sujet, je conclus que l'article 27 de la Loi n'a pas été respecté.

[18] L'article 15 du Règlement prévoit:

15. Lorsque le détenu présente une demande de transfèrement visé à l'article 29 de la Loi, le commissaire ou l'agent

staff member designated in accordance with paragraph 5(1)(b) shall consider the request and give the inmate written notice of the decision, within 60 days after the submission of the request, including the reasons for the decision if the decision is to deny the request.

[19] Subsection 30(2) of the Act provides as follows:

30. . . .

(2) The Service shall give each inmate reasons, in writing, for assigning a particular security classification or for changing that classification.

[20] Section 27 has been set out earlier in paragraph 5 of these reasons.

[21] The refusal of a transfer request and a classification decision are both decisions in respect of which the applicant was entitled to written reasons. As a result, subsection 27(2) requires that he be given “all the information that was considered in the taking of the decision or a summary of that information” or “*les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci*”, subject only to the terms of subsection 27(3). Since the applicant has not received the information relied upon or a summary of that information, subsection 27(2) has not been complied with. Subsection 27(3) provides a means whereby information may be withheld but it must be authorized by the Commissioner or his delegate. The respondent argued that since the report prepared for the warden by the case management team referred to subsection 27(3) and since the warden adopted their recommendation, the warden, as the Commissioner’s delegate, had effectively invoked subsection 27(3).

[22] The section of the case management team’s report which referred to subsection 27(3) is the following:

Translation by the Court:

Another record of intervention completed by Nancy Chow (following two requests by the inmate) reminds the inmate that his preventive security file is marked “Secret” and that a document from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) is on file. She reminds him as well that by virtue of section 27(3) of Law 20, the information may not be disclosed.

désigné selon l’alinéa 5(1)b) doit, dans les 60 jours suivant la présentation de la demande, examiner celle-ci et aviser par écrit le détenu de sa décision et, s’il la refuse, indiquer les motifs de son refus.

[19] Le paragraphe 30(2) de la Loi prévoit:

30. [. . .]

(2) Le Service doit donner, par écrit, à chaque détenu les motifs à l’appui de l’assignation d’une cote de sécurité ou du changement de celle-ci.

[20] L’article 27 a été reproduit au paragraphe 5 des présents motifs.

[21] Le refus d’une demande de transfèrement et une décision relative à la classification constituent des décisions au sujet desquelles le demandeur avait droit à des motifs écrits. C’est pourquoi le paragraphe 27(2) exige que le demandeur reçoive «les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci», sous réserve des seules dispositions du paragraphe 27(3). Étant donné que le demandeur n’a pas reçu les renseignements pris en considération ou un sommaire de ceux-ci, le paragraphe 27(2) n’a pas été respecté. Le paragraphe 27(3) prévoit un moyen par lequel des renseignements peuvent être gardés secrets, mais il exige l’autorisation du commissaire ou de son représentant. Le défendeur a soutenu qu’étant donné que le rapport préparé pour le directeur par l’équipe de gestion des cas faisait référence au paragraphe 27(3) et que le directeur avait adopté la recommandation de cette dernière, le directeur, agissant à titre de représentant du commissaire, avait dans les faits appliqué le paragraphe 27(3).

[22] La partie du rapport de l’équipe de gestion des cas qui fait référence au paragraphe 27(3) est rédigée comme suit:

Un autre registre d’intervention complété par Nancy Chow (suite à deux requêtes du détenu) rappelle au sujet que son dossier de sécurité préventive porte la mention «Secret» et qu’un document du Service Canadien de renseignements de sécurité (SCRS) y est consigné. Elle lui rappelle également qu’en vertu de l’article 27(3) de la Loi 20, l’information ne peut lui être divulguée.

[23] As can be seen, this is simply a recapitulation of advice given to the applicant by Ms. Chow in respect of another decision and is not an invocation of subsection 27(3) by the case management team. Even if it were, it does not specify which of the three grounds referred to under subsection 27(3) is relied upon. As a result, there has been a failure to provide the applicant with the information which was relied upon in coming to the decision.

[24] Counsel for the respondent argued that in fact a process had been initiated in which a claim to withhold certain information had been advanced by the Commissioner, a process which had been rendered moot when the applicant abandoned his claim to production of the documents. The Court file discloses that in response to the applicant's demand for production of the RCMP and CSIS documents in his notice of application, a motion was brought by the respondent seeking an order under section 38 of the *Canada Evidence Act* authorizing the withholding of the RCMP and CSIS documents. This, however, is a different process than the administrative process contemplated by section 27 of the Act. Section 27 contemplates that one who is in receipt of a written decision is entitled to be given the material which was relied upon in coming to that decision. It is an administrative provision, meant to be applied in the Institution, no doubt as part of the internal grievance procedure.

[25] It was further argued by the respondent that the information which it had from the RCMP and CSIS was received subject to specific instructions that it was not to be disclosed without the consent of the party providing the information. As a result of inquiries from counsel for the applicant in relation to another decision, the RCMP allowed disclosure of the fact that the applicant was a suspect in the ongoing investigation of the murder of a Turkish diplomat in 1982. The evidence does not disclose if a similar inquiry was made of CSIS but the fact is that the nature of the CSIS information, let alone its content, has not been disclosed. The respondent's position amounts to saying that it has no right to release the information.

[23] Comme on peut le voir, il s'agit simplement d'une récapitulation de l'avis donné au demandeur par M^{me} Chow relativement à une autre décision, et non pas de l'application du paragraphe 27(3) par l'équipe de gestion des cas. Même s'il en était ainsi, le rapport ne précise pas sur lequel des trois motifs mentionnés par le paragraphe 27(3) il se fonde. Par conséquent, il y a eu défaut de fournir au demandeur les renseignements sur lesquels reposait la décision.

[24] L'avocat du défendeur a prétendu que, dans les faits, la demande du commissaire visant à garder secrets certains renseignements avait eu lieu dans le cadre d'un processus qui avait été rendu sans objet par le désistement par le demandeur de sa demande de production des documents. Il ressort du dossier de la Cour qu'en réponse à la demande de production des documents de la GRC et du SCRS faite par le demandeur dans son avis de demande, le défendeur a présenté une requête pour obtenir une ordonnance autorisant la non-production des documents de la GRC et du SCRS en application de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il s'agit toutefois d'une procédure différente de la procédure administrative visée par l'article 27 de la Loi. L'article 27 prévoit qu'une personne ayant reçu une décision écrite a le droit d'obtenir les documents qui ont été pris en considération dans la prise de cette décision. Il s'agit d'une disposition administrative conçue pour être appliquée dans l'établissement, sans aucun doute en tant que partie de la procédure de grief interne.

[25] Le défendeur a également prétendu qu'il avait reçu les renseignements de la GRC et du SCRS sous réserve qu'il ne devait pas les divulguer sans le consentement de la partie qui les avait fournis. En raison des demandes de renseignements faites par l'avocat du demandeur relativement à une autre décision, la GRC a permis la divulgation du fait que le demandeur était un suspect dans le cadre de l'enquête en cours concernant le meurtre d'un diplomate turc en 1982. La preuve n'indique pas si une demande semblable a été faite auprès du SCRS, mais le fait est que la nature des renseignements détenus par ce dernier et à plus forte raison leur contenu n'ont pas été divulgués. La position du défendeur revient à dire qu'il n'a pas le droit de divulguer les renseignements.

[26] In my view, the Correctional Service cannot avoid its obligations to inmates by means of an agreement with third parties. The Service's obligation to comply with subsection 27(2) is qualified only by subsection 27(3) and not by any contractual arrangements which the Correctional Service may make with other agencies.

[27] In the result, I find that the decisions of Warden Labonté refusing the applicant's reclassification and request for transfer to a minimum security facility must be set aside since they were made in a way which denied the applicant procedural fairness. The decisions are remitted to the Correctional Service for reconsideration in accordance with these reasons.

ORDER

1- The decision of Warden Labonté dated April 21, 1999, refusing to change the applicant's security classification is hereby set aside and the matter is remitted to the Correctional Service to be determined in accordance with these reasons.

2- The decision of Warden Labonté dated April 21, 1999 refusing the applicant's transfer to Le Centre de formation fédéral is hereby set aside and the matter is remitted to the Commissioner to be determined in accordance with these reasons.

The applicant shall have his costs to be assessed.

¹ Much was made of the fact that some internal Correctional Service documents reference is made to the murder of an Armenian diplomat in 1982 when Armenia did not exist as an independent nation at that time. The characterization of the victim is secondary to the fact that the applicant was a suspect in a murder investigation.

² *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.).

[26] Je suis d'avis que le Service correctionnel ne peut pas éviter de respecter ses obligations envers les détenus au moyen d'une entente avec des tiers. L'obligation du Service correctionnel de se conformer au paragraphe 27(2) n'est diminuée que par le paragraphe 27(3), et non pas par quelque entente qu'il peut conclure avec d'autres organismes.

[27] En conséquence, je conclus que les décisions du directeur Labonté refusant la reclassification du demandeur et la demande de transfèrement à un établissement à sécurité minimale doivent être annulées parce qu'elles ont été rendues d'une manière niant au demandeur l'équité procédurale. Les décisions sont renvoyées au Service correctionnel pour nouvel examen conformément aux présents motifs.

ORDONNANCE

1- La décision du 21 avril 1999 par laquelle le directeur Labonté a refusé de modifier la classification du niveau de sécurité du demandeur est annulée et l'affaire est renvoyée au Service correctionnel pour qu'il se prononce conformément aux présents motifs.

2- La décision du 21 avril 1999 par laquelle le directeur Labonté a refusé le transfèrement du demandeur au Centre de formation fédéral est annulée et l'affaire est renvoyée au commissaire pour qu'il se prononce conformément aux présents motifs.

Le demandeur a droit aux dépens suivant la taxation.

¹ On a beaucoup insisté sur le fait que certains documents internes du Service correctionnel font référence au meurtre d'un diplomate arménien en 1982, alors que l'Arménie n'existait pas en tant que nation indépendante à l'époque. La qualification de la victime est secondaire par rapport au fait que le demandeur faisait l'objet d'une enquête relative à un meurtre.

² *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1^{re} inst.).

A-346-98
T-1645-97

A-346-98
T-1645-97

The Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Lieutenant-Colonel Paul R. Morneau (*Respondent*)

Le Lieutenant-Colonel Paul R. Morneau (*intimé*)

INDEXED AS: MORNEAULT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: MORNEAULT c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and Robertson JJ.A.
—Ottawa, March 21 and May 24, 2000.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Robertson,
J.C.A.—Ottawa, 21 mars et 24 mai 2000.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Appeal from Trial Division decision granting application for judicial review of findings made in report of Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia — Motions Judge declaring general statements as to credibility of witnesses, condemning personnel whose conduct attacked, not applicable to respondent; findings of misconduct by respondent invalid — Declaratory relief available notwithstanding characterization of report of Commission of Inquiry as having “no legal consequences” — Because reputation at stake, procedural fairness must be accorded — Federal Court Rules, 1998 providing for granting of declaratory relief, whether or not consequential relief can be claimed — While declaration would not affect legal right, would remove any possible harm to respondent’s reputation — Declaration general statements not applicable to respondent upheld — Motions Judge applied standard of patent unreasonableness, requiring any evidence in support of decision — Preferable to review findings of Commission of Inquiry on standard of whether supported by some evidence — Record disclosing some evidence to support findings Motions Judge found unsupported.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Appel d’une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l’intimé avait présentée à l’égard des conclusions énoncées dans le rapport d’une commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Le juge des requêtes a statué que les déclarations générales quant à la crédibilité des témoins et à la condamnation du personnel dont la conduite est reprochée ne s’appliquent pas à l’intimé; que les conclusions relatives à la faute imputée à l’intimé sont invalides — L’obtention d’un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d’une commission d’enquête soit considéré comme n’ayant «aucune conséquence légale» — C’est parce que la réputation de l’intimé est en jeu qu’il faut respecter l’équité procédurale — Les Règles de la Cour fédérale (1998) prévoient l’obtention d’un jugement déclaratoire, et ce, qu’une réparation puisse être en conséquence demandée ou non — Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l’utilité d’éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l’intimé — Les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s’appliquent pas à l’intimé sont confirmés — Le juge des requêtes a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable, requérant que la décision soit étayée par des éléments de preuve — Il est préférable d’examiner les conclusions tirées par une commission d’enquête en se demandant si elles sont étayées jusqu’à un certain point par la preuve — Le dossier renferme des éléments de preuve à l’appui des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayées.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Motions Judge holding within Court’s jurisdiction to review findings of Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia because “decisions” within Federal Court Act, s. 18.1(4)(d) — Noting similarity between procedure adopted by Commission and that applicable in court of law supported argument findings “decisions” — Similarities in procedure not affording reliable basis for concluding findings “decisions” reviewable under s.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le juge des requêtes a conclu que la Cour avait compétence pour examiner les conclusions tirées par une commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie parce qu’il s’agit de «décisions» au sens de l’art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale — Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie était semblable à celle qui s’applique dans une cour de justice et que cela était l’argument

18.1(4)(d) — *But judicial review under s. 18.1 not limited to “decision or order” — S. 18.1(1) enabling anyone “directly affected” by matter to seek judicial review — Matter other than decision may be reviewed — Respondent’s reputation “directly affected” by findings — Court must be in position to determine whether supported by evidence — Commission within s. 2(1) definition of “federal board, commission or other tribunal” — Derived mandate from order in council, and investigatory powers, power to make findings of misconduct from Inquiries Act — If findings reviewable under s. 18.1, relief available under s. 18.1(3) provided ground for granting relief established under s. 18.1(4) — Unsupported finding made in exercise of Crown’s statutory powers within scope of s. 18.1(4)(b) (failure to observe principle of natural justice, procedural fairness) — Case law not confining application of those principles to cases ending with decision, order — Natural justice denied if findings not supported by some evidence.*

Inquiries — Inquiries Act, s. 13 requiring reasonable notice be given of misconduct alleged against individual, and that individual be allowed full opportunity to be heard in person or by counsel — Respondent served with s. 13 notice — Amplified by letter advising Final Report would consider allegations exercised poor, inappropriate leadership in pre-deployment phase of deployment of Canadian Airborne Unit to Somalia — Further details later provided — Motions Judge holding general statement in Report as to credibility of witnesses should have been subject of s. 13 notice, but statements not applicable to respondent; reasonable notice of matters cited as grounds for findings of misconduct not given — Statement as to credibility of witnesses clearly not including respondent — But adverse findings of credibility not requiring s. 13 notice — Inquiry process in general not requiring giving of prior notice party’s credibility may be made subject of adverse finding — Such finding could only be made after witness testified, testimony evaluated in light of other evidence — On its face, general statement of condemnation applicable to all military officers whose conduct addressed, including respondent — Direct link between statement, findings of misconduct — Respondent given reasonable notice of findings of misconduct — Findings within scope of Commission’s mandate — Respondent present in person or by counsel throughout evidentiary hearings, received summary in advance of what other witnesses had to say, had access to all of documentary

selon lequel les conclusions étaient des «décisions» — Les similitudes qui existent sur le plan de la procédure ne constituent pas un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des «décisions» susceptibles d’être examinées en vertu de l’art. 18.1(4)d — Cependant, le contrôle judiciaire prévu à l’art. 18.1 n’est pas limité à «une décision ou une ordonnance» — L’art. 18.1(1) permet à «quiconque est directement touché» de solliciter le contrôle judiciaire — Une question autre qu’une décision peut également être examinée — La réputation de l’intimé est directement touchée par les conclusions — La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve — La Commission est visée par la définition d’«office fédéral» prévue à l’art. 2(1) — Son mandat lui a été dévolu par un décret et ses pouvoirs d’enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la Loi sur les enquêtes — Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l’art. 18.1, une mesure peut être prise en vertu de l’art. 18.1(3), à condition qu’un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu de l’art. 18.1(4) — Une conclusion non étayée tirée par la Commission dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l’art. 18.1(4)b) (non-respect d’un principe de justice naturelle ou de l’équité procédurale) — La jurisprudence n’a pas limité l’application de ces principes aux audiences qui aboutissent à une décision ou à une ordonnance — La justice naturelle n’est pas respectée si les conclusions ne sont pas étayées par la preuve.

Enquêtes — L’art. 13 de la Loi sur les enquêtes prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu’elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d’un avocat — L’intimé a reçu signification d’un préavis en vertu de l’art. 13 — Cela est amplifié par le fait qu’une lettre informait l’intimé qu’on se pencherait dans le Rapport final sur les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d’un manque de leadership et d’un leadership inadéquat au cours de l’étape antérieure au déploiement de la mission du Régiment aéroporté du Canada en Somalie — D’autres précisions ont été fournies par la suite — Le juge des requêtes a conclu qu’un préavis en vertu de l’art. 13 aurait dû être donné au sujet des déclarations générales dans le Rapport relatives à la crédibilité des témoins, mais que ces déclarations ne s’appliquaient pas à l’intimé; que la Commission n’avait pas donné un préavis suffisant des questions qu’elle a citées pour conclure à l’existence d’une faute — La déclaration relative à la crédibilité des témoins ne vise manifestement pas l’intimé — Cependant, les conclusions défavorables quant à la crédibilité n’exigeaient pas la signification d’un préavis en vertu de l’art. 13 — En général, la procédure d’enquête n’exige pas la signification d’un préavis disant que la crédibilité d’une partie peut faire l’objet d’une conclusion défavorable — Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que le témoin ait témoigné et

evidence — Had right to examine, cross-examine witnesses, apply to call witnesses of own, prepared by Commission counsel, presented oral, written submissions — Together with s. 13 notice, respondent made aware of case against him.

Armed Forces — Appeal from Trial Division order declaring general statements in report of Commission of Inquiry into deployment of Canadian Forces to Somalia as to credibility of witnesses, condemning personnel whose conduct attacked, not applicable to respondent; findings of misconduct by respondent invalid — Commission giving reasonable notice under Inquiries Act, s. 13 of matters cited as grounds for findings of misconduct — Findings of misconduct reviewable under Federal Court Act, s. 18.1(4)(d) — Findings of fact in respect of conduct supported by some evidence.

This was an appeal from an order of the Trial Division granting the respondent's application for judicial review of findings made in the report of a Commission of Inquiry into the deployment of Canadian Forces to Somalia. The inquiry was carried out pursuant to the provisions of the *Inquiries Act*. The respondent was in command of the Canadian Airborne Regiment in 1992 when it was selected for deployment to Somalia. He was served with a notice under *Inquiries Act*, section 13 informing him that he was entitled to be heard in relation to charges or allegations concerning the pre-deployment phase that could lead to an adverse finding that could reasonably be expected to bring discredit upon him. *Inquiries Act*, section 13 requires that reasonable notice be given to the individual concerned of a charge of misconduct alleged against him and that the person be given full opportunity to be heard in person or by counsel. The respondent was interviewed by Commission counsel for a full day. He testified before the Inquiry from January 22 to 25, 1996. In January 1997 he was notified by letter that the Commissioners in their Final Report would consider allegations that he had exercised poor and inappropriate

que son témoignage puisse être apprécié à la lumière des autres éléments de preuve — La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé — Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée — L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions relatives à la faute qui lui a été imputée — La portée du mandat de la Commission permet ces conclusions — L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire — Il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et écrites — Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'art. 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la preuve présentée contre lui.

Forces armées — Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a conclu que l'intimé n'était pas visé par les déclarations générales dans le rapport de la commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie concernant la crédibilité des témoins et condamnant le personnel dont la conduite est reprochée; les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides — La Commission a donné un préavis suffisant, en vertu de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes, des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute — Les conclusions relatives à l'existence d'une faute sont susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d de la Loi sur la Cour fédérale — Les conclusions de fait au sujet de la conduite de l'intimé sont étayées par des éléments de preuve.

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. L'enquête a été menée conformément aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes*. En 1992, au moment où l'on a choisi le Régiment aéroporté du Canada aux fins du déploiement en Somalie, le régiment était sous le commandement de l'intimé. L'intimé a reçu signification d'un préavis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* pour l'informer qu'il avait le droit de se faire entendre relativement à des accusations ou à des allégations concernant la phase antérieure au déploiement qui pourraient donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de le discréditer. L'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat. L'intimé a été interrogé par l'avocat de la Commission

leadership in the pre-deployment phase of the Somalia mission by failing to adequately organize, direct and supervise the training preparations of the Regiment and in his duty as a Commanding Officer as defined in the Queen's Regulations and Orders and in military custom. In response to a request for further particulars, the Commission provided greater detail. The respondent filed lengthy written submissions and presented oral submissions before the Inquiry with respect to the alleged misconduct. The respondent's motion focussed on general statements made by the Commission lamenting the credibility of witnesses and condemning the officers whose conduct was attacked, as well as on specific findings of misconduct made against him. While the Motions Judge agreed that the general statements should have been made the subject of a section 13 notice, she declared that the statements did not apply to the respondent. The Motions Judge held that she had jurisdiction to review the specific findings of misconduct because they were "decisions" within the meaning of *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(d). That paragraph permits the Trial Division to grant relief under subsection 18(3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal based its decision on an erroneous finding of fact. She noted that the procedure adopted by the Commission in investigating the alleged misconduct was similar to that which applies in a court of law, and that this supported an argument that the findings were "decisions" reviewable under paragraph 18.1(4)(d). She found that reasonable notice had not been given of the misconduct alleged and that the findings were not supported by the record and that the decision was patently unreasonable.

The issues were whether the Motions Judge erred in determining that (1) the Commission did not give reasonable notice of matters that were eventually cited by the Commission as grounds for findings of misconduct; (2) the findings of misconduct constituted reviewable "decisions" under *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(d); and (3) findings of fact made by the Commission in respect of the respondent's conduct were not supported by the evidence and therefore were patently unreasonable.

Held, the appeal should be allowed in part, except that the declarations that the general statements did not apply to the respondent were upheld.

pendant toute la journée. Il a témoigné devant la Commission du 22 au 25 janvier 1996. En janvier 1997, on a informé l'intimé par une lettre que les commissaires allaient examiner dans leur Rapport final les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie en négligeant d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment et en négligeant son devoir de commandant, tel qu'il est défini dans les Ordonnances et règlements royaux et dans les coutumes militaires. En réponse à une demande de détails additionnels, la commission a fourni d'autres précisions. L'intimé a déposé de longues observations écrites et a présenté verbalement des observations devant la Commission au sujet des fautes imputées. Dans sa requête, l'intimé mettait l'accent sur des déclarations générales que la Commission avait faites pour déplorer la crédibilité des témoins et pour condamner les officiers dont la conduite est reprochée, ainsi que sur des conclusions précises sur la faute qui lui a été imputée. Même si le juge des requêtes était d'accord pour dire qu'un préavis aurait dû être donné au sujet des déclarations générales en vertu de l'article 13, elle a conclu que les déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé. Le juge des requêtes a statué qu'elle avait compétence pour examiner les conclusions précises sur la faute imputée à l'intimé parce qu'il s'agit de «décisions» au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cet alinéa prévoit que la Section de première instance peut ordonner une mesure de redressement aux termes du paragraphe 18(3) si elle est convaincue que l'office fédéral a rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée. Elle a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie en enquêtant sur la faute imputée était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des «décisions» susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Elle a conclu qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné relativement à la faute imputée, que les conclusions n'étaient pas étayées par le dossier de l'enquête et que la décision rendue était manifestement déraisonnable.

Il s'agit de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en statuant 1) que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a finalement citées pour conclure à l'existence d'une faute; 2) que ces conclusions constituaient des «décisions» susceptibles de révision au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*; 3) que les conclusions de fait tirées par la Commission au sujet de la conduite de l'intimé n'étaient pas étayées par la preuve et qu'elles étaient donc manifestement déraisonnables.

Arrêt: l'appel est accueilli en partie, mais les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s'appliquent pas à l'intimé sont confirmés.

(1) The language of the general statement as to the credibility of witnesses clearly indicated that it was not aimed at all senior officers so as to unmistakably include the respondent. Even if the statement did apply to the respondent, its presence did not deprive the respondent of procedural fairness because there did not appear to be a link between it and the findings of misconduct. The adverse findings of credibility did not require a section 13 notice. The inquiry process did not in general appear to require the giving of prior notice that a party's credibility may be made the subject of an adverse finding. Such a finding could be made only after the witness had testified, and perhaps not until such testimony could be evaluated in the light of other evidence. A requirement that there be prior notice could well impose on a commission of inquiry an unduly onerous standard of procedural fairness.

The statement of general condemnation appeared on its face to apply to all of the military officers whose conduct was addressed, including the respondent. And there was a direct link between that statement and the findings of misconduct as the statement was expressly tied to the "individuals that follow". The Motions Judge found that the statement did not apply to the respondent. The declaratory order was upheld in this respect, so as to remove any possible question that this critical statement which, on its face, applied to respondent was not intended to apply to him. Declaratory relief was available, notwithstanding the characterization of a commission of inquiry's report as having "no legal consequences". Procedural fairness had to be accorded because the respondent's reputation was at stake. Also, *Federal Court Rules, 1998* provides for the granting of declaratory relief, whether or not any consequential relief can be claimed. While a declaration would not affect a legal right, it would remove any possible harm that may have been caused to the respondent's reputation by the critical statement.

The respondent had been given reasonable notice of the specific findings of misconduct. The findings were well within the scope of the notice and of the Commission's mandate. The respondent was present in person or by counsel throughout all of the evidentiary hearings into the pre-deployment phase, was provided in advance with a summary of what other witnesses intended to say, had access to all of the documentary evidence, had the right to examine and cross-examine witnesses and to apply to call witnesses of his own, was prepared by Commission counsel prior to testifying, was given the opportunity to, and did present oral submissions and written submissions before the findings in issue were made. Together with the section 13 notice, these factors made the respondent aware of the substance of the case against him.

1) Le ton de la remarque générale relative à la crédibilité des témoins indique clairement qu'elle ne vise pas tous les officiers supérieurs de façon à inclure nécessairement l'intimé. Même si la déclaration s'appliquait à l'intimé, sa présence ne privait pas l'intimé de l'équité procédurale puisqu'il ne semble pas y avoir de rapport entre cette déclaration et les conclusions relatives à la faute. Les conclusions défavorables quant à la crédibilité n'exigeaient pas la signification d'un préavis en vertu de l'article 13. En général, la procédure d'enquête ne semble pas exiger la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable. Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que la personne en question a témoigné et peut-être pas avant que son témoignage puisse être soupesé et apprécié à la lumière des autres éléments de preuve. L'exigence selon laquelle il faut signifier un préavis pourrait bien imposer à une commission d'enquête une norme d'équité procédurale beaucoup trop rigoureuse.

La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé. Il existe en outre un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée, en ce sens que la déclaration vise expressément «certaines personnes» nommées par la suite. Le juge des requêtes a conclu que la déclaration ne s'appliquait pas à l'intimé. L'ordonnance déclaratoire a été confirmée à cet égard, de façon à éliminer toute possibilité de doute au sujet du fait que cette déclaration sévère, qui à première vue vise l'intimé, n'était pas destinée à s'appliquer à lui. L'obtention d'un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d'une commission d'enquête soit considéré comme n'ayant «aucune conséquence légale». C'est parce que la réputation de l'intimé est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale. Les *Règles de la Cour fédérale (1998)* prévoient en outre l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation soit ou puisse être en conséquence demandée ou non. Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé par la déclaration.

L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions précises relatives à la faute imputée. La portée de l'avis et du mandat de la Commission permet fort bien ces conclusions. L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales sur la phase antérieure au déploiement, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire, il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et des observations écrites avant que les conclusions en question soient tirées. Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'article 13 ont permis à

(2) It was not clear that similarities in procedure by itself afforded a reliable basis for concluding that the findings were “decisions” reviewable under paragraph 18.1(4)(d). But even if relief was not available under that paragraph, the findings were reviewable under section 18.1. Judicial review thereunder is not limited to a “decision or order”. Subsection 18.1(1) enables the Attorney General of Canada and “anyone directly affected by the matter” to seek judicial review. It is plain from the section as a whole that, while a decision or order is a “matter” that may be reviewed, a “matter” other than a decision or order may also be reviewed. The respondent is directly affected by the findings and they are amenable to review under section 18.1. The findings were exceptionally important to the respondent because of the impact on his reputation. The Court must be in a position to determine whether or not the findings are supported by the evidence.

To be reviewable under section 18.1, a “matter” must emanate from “a federal board, commission or other tribunal”. The Commission falls within the definition of “a federal board, commission or other tribunal” in *Federal Court Act*, subsection 2(1), for it derived its mandate from an order in council, and its detailed investigatory powers and power to make findings of misconduct from the *Inquiries Act*. If the findings are reviewable under section 18.1, relief may be made available under subsection 18.1(3), provided a ground for granting relief is established under subsection 18.1(4). If the findings are not “decisions or orders” no ground for review is available under paragraph 18.1(4)(d) or (c). An unsupported finding of misconduct made in exercise of the Commission’s statutory powers falls within the scope of paragraph 18.1(4)(b), which permits the Trial Division to grant relief where the federal board, commission or other tribunal failed to observe a principle of natural justice or procedural fairness. While natural justice and procedural fairness are usually associated with the quality of a hearing that ends with a decision or order, it has not been so confined by the case law. Thus, natural justice will be denied if the findings of the tribunal, including those of a commission of inquiry are not supported by some evidence. If the findings are supported by some evidence, the respondent could not complain that the findings may have harmed his reputation. If there was no evidence to support the findings, the potential harm to the respondent’s reputation would be significant. The respondent could not go back to the Commission to have the error corrected because its mandate has been exhausted. Nor could he appeal an erroneous finding to a court of law. Unless the findings are reviewable under section 18.1, any error that may have been

l’intimé de prendre connaissance de la substance de la preuve présentée contre lui.

2) Il n’est pas clair que les similitudes qui existent sur le plan de la procédure constituent en tant que telles un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des «décisions» susceptibles d’être examinées en vertu de l’alinéa 18.1(4)d. Cependant, même s’il n’existe aucun motif justifiant l’octroi d’une réparation en vertu de cet alinéa, les conclusions en cause peuvent néanmoins être examinées en vertu de l’article 18.1. Le contrôle judiciaire prévu à cet article n’est pas limité à «une décision ou une ordonnance». Le paragraphe 18.1(1) permet au procureur général du Canada et à «quiconque est directement touché» de solliciter le contrôle judiciaire. Il ressort clairement de la disposition dans son ensemble que, si d’une part une décision ou une ordonnance est une question qui peut être examinée, d’autre part une question autre qu’une décision ou une ordonnance peut également être examinée. L’intimé est directement touché par les conclusions et celles-ci peuvent être examinées en vertu de l’article 18.1. Les conclusions sont exceptionnellement importantes pour l’intimé à cause des conséquences qu’elles ont sur sa réputation. La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve.

Pour pouvoir être examinée en vertu de l’article 18.1, une question doit émaner d’un «office fédéral». La Commission est visée par cette définition prévue au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, parce que son mandat lui a été dévolu par un décret et que ses pouvoirs d’enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la *Loi sur les enquêtes*. Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l’article 18.1, une mesure peut être prise en vertu du paragraphe 18.1(3), à condition qu’un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu du paragraphe 18.1(4). Si les conclusions ne sont pas des «décisions ou des ordonnances», rien ne permet d’effectuer un examen en vertu des alinéas 18.1(4)d ou 18.1(4)c. Une conclusion non étayée qui est tirée par la Commission dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l’alinéa 18.1(4)b, ce qui permet à la Section de première instance d’ordonner une mesure de redressement lorsque l’office fédéral ne se conforme pas à un principe de justice naturelle ou à l’équité procédurale. Bien que la justice naturelle et l’équité procédurale soient habituellement associées à la qualité d’une audience qui aboutit à une décision ou à une ordonnance, la jurisprudence n’a pas ainsi limité la chose. Par conséquent, la justice naturelle n’est pas respectée si les conclusions de l’office, y compris celles qu’une commission d’enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve. Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l’intimé ne peut pas réellement se plaindre qu’elles ont peut-être terni sa réputation. Si aucun élément de preuve n’était les conclusions, le tort qui pourrait être causé à la réputation de l’intimé serait important. L’intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire

committed could never be corrected and harm that may have been done could never be undone.

(3) A decision is not patently unreasonable if there is any evidence capable of supporting it. The Motions Judge examined the findings on a standard of patent unreasonableness. Given that the findings are those of a commission of inquiry, it would be preferable to review them on a standard of whether they are supported by some evidence in the record of the inquiry. The Inquiry's record did disclose some evidence to support each of the findings which the Motions Judge found to be unsupported. Even if the evidence may not appear to be wholly consistent, it was for the Commission to weigh and assess the evidence of the various witnesses in coming to its findings of fact. A reviewing Court should not assume the role of the Commissioners by reweighing and reassessing the evidence in dispute.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 28.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 64.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, s. 13.
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21(b).
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision), art. 4.20.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merricks v. Nott-Bower, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.); *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (P.C.); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System), [1997] 3 S.C.R. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216

corriger l'erreur, puisque le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait.

3) Une décision n'est pas manifestement déraisonnable s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier. Le juge des requêtes a examiné les conclusions selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Étant donné qu'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête, il est préférable de les examiner en se demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve versée au dossier de l'enquête. Le dossier de l'enquête renferme des éléments de preuve suffisants à l'appui de chacune des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayée. Même si la preuve ne semble peut-être pas tout à fait cohérente, il incombait à la Commission, en tirant ses conclusions de fait, de soupeser et d'apprécier la preuve présentée par les divers témoins. Il n'incombe pas à la cour qui effectue l'examen de s'attribuer le rôle des commissaires en soupesant et en appréciant de nouveau la preuve en cause.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 28.
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 21b).
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994), art. 4.20.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 64.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merricks v. Nott-Bower, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.); *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (C.P.); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada), [1997] 3 R.C.S. 440; (1997), 151 D.L.R.

N.R. 321; *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487.

(4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321; *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487.

REFERRED TO:

Landreville v. The Queen, [1973] F.C. 1223; (1973), 41 D.L.R. (3d) 574 (T.D.); *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.); *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] S.C.R. 294; (1962), 32 D.L.R. (2d) 641; 37 W.W.R. 625; 39 C.P.R. 1; *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] 4 F.C. 624; (1999), 177 D.L.R. (4th) 192; 246 N.R. 287 (C.A.); *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.); *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 3 F.C. 259; (1996), 136 D.L.R. (4th) 449; 37 Admin. L.R. (2d) 260; 115 F.T.R. 81 (T.D.); *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 45 O.R. (2d) 70; 5 D.L.R. (4th) 651; 2 O.A.C. 351 (Div. Ct.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. n° 3039 (Div. Ct.) (QL).

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair: Report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 1997.

Wade, Sir William and C. Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEAL from the Trial Division decision granting the respondent's application for judicial review of findings made in the report of a Commission of Inquiry into the deployment of Canadian Forces to Somalia (*Morneault v. Canada (Attorney General)* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 251; 150 F.T.R. 28 (F.C.T.D.)). Appeal allowed in part.

DÉCISIONS CITÉES:

Landreville c. La Reine, [1973] C.F. 1223; (1973), 41 D.L.R. (3d) 574 (1^{re} inst.); *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.); *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] R.C.S. 294; (1962), 32 D.L.R. (2d) 641; 37 W.W.R. 625; 39 C.P.R. 1; *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, [1999] 4 C.F. 624; (1999), 177 D.L.R. (4th) 192; 246 N.R. 287 (C.A.); *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.); *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.); *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1996] 3 C.F. 259; (1996), 136 D.L.R. (4th) 449; 37 Admin. L.R. (2d) 260; 115 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 45 O.R. (2d) 70; 5 D.L.R. (4th) 651; 2 O.A.C. 351 (C. div.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. n° 3039 (C. div.) (QL).

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Un héritage déshonoré: Les leçons de l'affaire somalienne: Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*. Ottawa: Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997.

Wade, Sir William and C. Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEL d'une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (*Morneault c. Canada (Procureur général)* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 251; 150 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli en partie.

APPEARANCES:

Ivan Whitehall, Q.C., Lynn Watt, and Catherine J. Moore for appellant.

Ronald D. Lunau and Maryrose Ebos for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division of April 27, 1998, granting the respondent's application for judicial review of findings made in the report of a Commission of Inquiry (the Commission) dated June 30, 1997 (the Report) into the deployment in 1992 of Canadian Forces to Somalia [*Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair: Report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*]. The Inquiry was carried out pursuant to the provisions of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The purpose of the application, brought pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], was to quash various findings made in the Report. By the order in issue, the Motions Judge declared certain of the findings in the Report not to be applicable to the respondent and declared other findings to be invalid.

[2] As the background of the dispute is fully set forth in the judgment of the learned Motions Judge,¹ it will not be necessary to cover the same ground in detail. In approaching the issues in this appeal it is well to recall the counsel of Cory J. in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440 (hereinafter *Krever*), with respect to the distinctive nature of a commission of inquiry. At paragraph 34 [page 460],

ONT COMPARU:

Ivan Whitehall, c.r., Lynn Watt et Catherine J. Moore pour l'appelant.

Ronald D. Lunau et Maryrose Ebos pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a accueilli, le 27 avril 1998, la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête (la Commission) du 30 juin 1997 (le rapport) sur le déploiement, en 1992, des Forces canadiennes en Somalie [*Un héritage déshonoré: Les leçons de l'affaire somalienne: Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*]. L'enquête a été menée conformément aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. La demande, qui a été présentée conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], visait à faire annuler diverses conclusions énoncées dans le rapport. Au moyen de l'ordonnance ici en cause, le juge des requêtes a dit que certaines des conclusions figurant dans le rapport ne s'appliquaient pas à l'intimé et a dit que d'autres conclusions n'étaient pas valides.

[2] Étant donné que les faits ayant donné lieu au litige sont énoncés au complet dans le jugement du juge des requêtes¹, il ne sera pas nécessaire de les reprendre en détail. En abordant les questions soulevées dans le présent appel, il importe de se rappeler les remarques que le juge Cory a faites dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440 (ci-après l'affaire

Cory J. stated:

A commission of inquiry is neither a criminal trial nor a civil action for the determination of liability. It cannot establish either criminal culpability or civil responsibility for damages. Rather, an inquiry is an investigation into an issue, event or series of events. The findings of a commissioner relating to that investigation are simply findings of fact and statements of opinion reached by the commissioner at the end of the inquiry. They are unconnected to normal legal criteria. They are based upon and flow from a procedure which is not bound by the evidentiary or procedural rules of a courtroom. There are no legal consequences attached to the determinations of a commissioner. They are not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter.

BACKGROUND

[3] The Commission was appointed by Order in Council [P.C. 1995-442] dated March 20, 1995 “under Part 1 of the *Inquiries Act*” with the mandate of inquiring into and reporting,

... on the chain of command system, leadership within the chain of command, discipline, operations, actions and decisions of the Canadian Forces and actions and decisions of the Department of National Defence in respect of the Canadian Forces deployment to Somalia.

In carrying out this mandate the Commission was required by the terms of appointment to have particular regard to several enumerated concerns related to the pre-deployment, in-theatre and post-deployment phases of the Somalia deployment. Those respecting the pre-deployment phase were:

Pre-Deployment (prior to 10 January 1993)

- (a) the suitability of the Canadian Airborne Regiment for service in Somalia;
- (b) the mission and tasks assigned to the Canadian Airborne Regiment Battle Group (CARBG) and the suitability of its composition and organization for the mission and tasks assigned;

Krever), au sujet de la nature distinctive d’une commission d’enquête. Au paragraphe 34 [page 460], le juge Cory a fait les remarques suivantes:

Une commission d’enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l’appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l’égard de dommages. Il s’agit plutôt d’une enquête sur un point, un événement ou une série d’événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d’une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l’enquête. Elles n’ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d’une procédure qui n’est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d’une cour de justice. Les conclusions d’un commissaire n’entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet.

HISTORIQUE

[3] La Commission a été constituée au moyen d’un décret daté du 20 mars 1995 [C.P. 1995-442] «en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*», son mandat consistant à faire enquête et à faire rapport.

[...] sur le fonctionnement de la chaîne de commandement, le leadership au sein de la chaîne de commandement, la discipline, les opérations, les mesures et les décisions des Forces canadiennes, ainsi que les mesures et les décisions du ministère de la Défense nationale, en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie.

En s’acquittant de ce mandat, la Commission devait tenir compte en particulier de plusieurs questions énumérées se rapportant à la phase antérieure au déploiement, à la phase des opérations sur le théâtre et à la phase postérieure au déploiement en Somalie. Les questions se rapportant à la phase antérieure au déploiement sont ci-après énoncées:

Période antérieure au déploiement (avant le 10 janvier 1993)

- a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à se déployer en Somalie;
- b) la mission et les tâches assignées au groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (GTRAC) et l’aptitude de sa composition et de son organisation à exécuter la mission et les tâches qui lui ont été confiées;

- | | |
|--|--|
| (c) the operational readiness of the CARBG, prior to deployment, for its mission and tasks; | c) l'état de préparation opérationnelle du GTRAC avant son déploiement afin qu'il accomplisse la mission et les tâches qui lui ont été confiées; |
| (d) the adequacy of selection and screening of officers and non-commissioned members of the Somalia deployment; | d) le bien fondé de la présélection et de la sélection des officiers et des militaires du rang appelés à participer au déploiement en Somalie; |
| (e) the appropriateness of the training objectives and standards used to prepare for deployment of the Airborne Regiment; | e) l'à-propos des objectifs et des normes d'entraînement ayant servi à préparer le déploiement du Régiment aéroporté; |
| (f) the state of discipline within the Canadian Airborne Regiment prior to the establishment of the CARBG and within the CARBG prior to deployment; | f) l'état de la discipline au sein du Régiment aéroporté du Canada avant l'établissement du GTRAC et au sein du GTRAC avant son déploiement; |
| (g) the effectiveness of the decisions and actions taken during the training period prior to deployment by leadership at all levels of the Airborne Regiment to prepare for its mission and tasks in Somalia; | g) l'efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement par les leaders à tous les niveaux du Régiment aéroporté afin de le préparer à la mission et aux tâches qui lui incombent en Somalie; |
| (h) the effectiveness of the decisions and actions taken by leadership at all levels within Land Forces Command to resolve the operational, disciplinary and administrative problems that developed in the Canadian Airborne Regiment and the CARBG in the period leading up to the CARBG deployment to Somalia; | h) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders à tous les niveaux du Commandement de la Force terrestre afin de résoudre les problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif qu'ont connus le Régiment aéroporté du Canada et le GTRAC au cours de la période qui a mené au déploiement du GTRAC en Somalie; |
| (i) the effectiveness of the decisions and actions taken by Canadian Forces leadership at all levels to ensure that the CARBG was operationally ready, trained, manned and equipped for its mission and tasks in Somalia; | i) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders des Forces canadiennes à tous les niveaux pour faire en sorte que le GTRAC soit en état de préparation opérationnelle, dûment entraîné et doté des effectifs et de l'équipement nécessaires pour accomplir la mission et les tâches qui lui incombent en Somalie; |

[4] In 1992, at the time the Canadian Airborne Regiment (the regiment) was selected for deployment to Somalia, it was under the command of the respondent who had been appointed to the position on June 24, 1992. In addition to a headquarters and services unit, the regiment comprised "three company sized units: 1 Commando, 2 Commando and 3 Commando" which were under the command of Majors Pommet, Seward and Magee, respectively. On September 5, 1992, the regiment was given formal notice (a Warning Order) that it had been assigned to Somalia on a peacekeeping mission (code named Operation Cordon) under Chapter VI of the *Charter of the United Nations* [[1945] Can. T.S. No. 7]. The nature of the mission changed on December 2, 1992, when it became a peace enforcement mission under Chapter VII of the *Charter of the United Nations*. The respondent had continued to serve as Commanding Officer until

[4] En 1992, au moment où l'on a choisi le Régiment aéroporté du Canada (le régiment) aux fins du déploiement en Somalie, le régiment était sous le commandement de l'intimé, qui avait été nommé à ce poste le 24 juin 1992. En plus de son quartier général et d'une unité de services, le régiment était composé de trois unités de la taille d'une compagnie: le 1^{er} Commando, le 2^e Commando et le 3^e Commando, qui étaient respectivement sous le commandement des majors Pommet, Seward et Magee. Le 5 septembre 1992, le régiment a reçu un avis officiel (un «ordre d'avertissement») qu'il avait été affecté à une mission de maintien de la paix (portant le nom de code «Opération Cordon») en Somalie, laquelle était régie par les dispositions du chapitre VI de la *Charte des Nations Unies* [[1945] R.T. Can. n° 7]. La nature de la mission a changé le 2 décembre 1992 pour devenir une mission d'imposition de la paix régie par les dispositions

October 21, 1992, when he was removed. His hope was that the Inquiry would investigate the circumstances which led to his removal.

[5] On September 15, 1995 the respondent applied for full standing as a party before the Commission, and by order of September 20, 1995 his application was granted. On September 22, 1995, he was served in confidence with a notice under section 13 of the *Inquiries Act*. The notice reads in part:

TAKE NOTICE that pursuant to powers vested in them under section 13 of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11, the Commissioners will hear and consider submissions that you or your counsel may wish to make in relation to charges of misconduct or allegations that may lead to an adverse finding that could reasonably be expected to bring discredit upon you, or that may be made against you during the pre-deployment phase of the Commission's evidentiary hearings.

At the evidentiary hearings, in relation to the shortcomings or failures in the fulfilment of your military duties, your actions, or the role played by you, Commissioners' counsel may investigate charges of misconduct or allegations that may lead to an adverse finding that could reasonably be expected to bring discredit upon you, as regards:

- (a) whether the Canadian Airborne Regiment was suitable for the Somalia mission;
- (b) whether the Canadian Airborne Regiment Battle Group (CARBG) was properly constituted in terms of its organization and composition, and operationally ready for deployment in Somalia;
- (c) the effectiveness of your decisions within the chain of command with respect to the pre-deployment phase of the Somalia mission, the selection and screening of officers and non-commissioned members and the operational readiness of CARBG, as well as your leadership;
- (d) preparing and declaring the Battle Group ready or approving a decision to that effect, especially in light

du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. L'intimé a continué à servir à titre de commandant jusqu'au 21 octobre 1992, date à laquelle il a été relevé de ses fonctions. Il espérait que la Commission enquêterait sur les circonstances qui avaient entraîné son renvoi.

[5] Le 15 septembre 1995, l'intimé a demandé à la Commission de lui reconnaître pleine qualité pour agir comme partie et, par une ordonnance datée du 20 septembre 1995, sa demande a été accueillie. Le 22 septembre 1995, l'intimé a reçu signification, sous le sceau de la confidentialité, d'un préavis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Le préavis se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION]

SOYEZ AVISÉ que, conformément aux pouvoirs qui leur sont dévolus en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, les commissaires entendront et examineront les observations que votre avocat et vous-même voudrez bien présenter à l'égard des imputations de fautes ou des allégations qui peuvent donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de vous discréditer, dont vous pourriez faire l'objet au cours des audiences testimoniales tenues par la Commission portant sur la phase antérieure au déploiement.

Au cours des audiences testimoniales ayant trait aux manquements ou carences qui se sont manifestés dans l'exercice de vos fonctions militaires, à vos actions, ou au rôle que vous avez eu, l'avocat des commissaires pourra enquêter sur les fautes qui vous sont imputées ou sur les allégations qui peuvent donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de vous discréditer, en ce qui concerne les questions suivantes:

- a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à accomplir la mission en Somalie;
- b) la question de savoir si le groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (le GTRAC) était constitué d'une façon appropriée au point de vue de son organisation et de sa composition, et s'il était opérationnellement prêt aux fins du déploiement en Somalie;
- c) l'efficacité de vos décisions dans la chaîne de commandement en ce qui concerne la phase antérieure au déploiement de la mission en Somalie, la présélection et sélection des officiers et des militaires du rang et l'état de préparation opérationnelle du GTRAC ainsi que votre leadership;
- d) la question de la préparation du groupement tactique et le fait de l'avoir déclaré prêt ou d'avoir approuvé

of the composition of CARBG, the state of discipline in CARBG, the lack of previous command experience of many of the officers, the high turnover in officers and non-commissioned members in 2 Commando, the late replacement of the Commanding Officer of CAR, the change in the structure of CAR, the late change in the nature of the mission and the training received; or

- (e) addressing the administrative, operational and disciplinary problems encountered in the pre-deployment phase.

[6] By this notice the respondent was informed that he was entitled to be heard in relation “to the above-noted charges or allegations” either in person or by counsel or by means of written submissions. By his counsel’s letter to the Commission of October 3, 1995, the respondent indicated his wish to be heard in person and by counsel. In the same letter he requested “that you provide us with further information concerning the specific charges of misconduct or allegations that may be made against our client, and which form the basis of the section 13 notice” and, also, that the respondent be provided “with any witness statements in which allegations that may lead to an adverse finding against our client have been made.”

[7] On October 2, 1995, shortly after the evidentiary hearings into the pre-deployment phase of the Inquiry commenced, the respondent was informed that he would be called as a witness. On October 9, 1995, he was interviewed by Commission counsel for a full day, at which time he suggested names of a number of possible witnesses and provided documentation from his own personal files. The respondent testified before the Inquiry from January 22 to 25, 1996.

[8] By letter of January 31, 1997, Commission counsel notified the respondent as follows:

The Commissioners have instructed me to advise you that, pursuant to the section 13 Notice already delivered to you and based upon the evidence adduced before the Inquiry, the Commissioners will, in their Final Report, consider

une décision en ce sens, compte tenu en particulier de la composition du GTRAC, de l’état de la discipline au sein du GTRAC, du manque d’expérience antérieure d’un grand nombre d’officiers en matière de commandement, du taux de roulement élevé parmi les officiers et les militaires du rang du 2^e Commando, du remplacement tardif du commandant du RAC, du changement de structure du RAC, du changement tardif de la nature de la mission et de la formation reçue; ou

- e) la question de la résolution des problèmes administratifs, opérationnels et disciplinaires qui se sont posés au cours de la phase antérieure au déploiement.

[6] Par cet avis, on a informé l’intimé qu’il avait le droit de se faire entendre au sujet [TRADUCTION] «des accusations ou allégations susmentionnées» en personne ou par le ministère d’un avocat, ou encore au moyen d’observations écrites. Dans la lettre que son avocat a envoyée à la Commission le 3 octobre 1995, l’intimé a fait savoir qu’il souhaitait se faire entendre en personne et par le ministère d’un avocat. Dans la même lettre, l’avocat a demandé qu’on leur fournisse des renseignements additionnels au sujet des fautes précises qui étaient imputées ou des allégations précises dont son client pouvait faire l’objet et sur lesquelles le préavis donné en vertu de l’article 13 était fondé; il a également demandé que l’on fournisse à l’intimé les déclarations des témoins dans lesquelles des allégations susceptibles d’entraîner une conclusion défavorable à son client avaient été faites.

[7] Le 2 octobre 1995, peu de temps après que les audiences testimoniales concernant la phase de l’enquête antérieure au déploiement eurent commencé, on a informé l’intimé qu’il serait cité pour témoigner. Le 9 octobre 1995, l’intimé a été interrogé par l’avocat de la Commission pendant toute la journée; il a alors fourni les noms d’un certain nombre de témoins possibles et a remis des documents tirés de ses propres dossiers personnels. L’intimé a témoigné devant la Commission du 22 au 25 janvier 1996.

[8] Par une lettre datée du 31 janvier 1997, l’avocat de la Commission a avisé l’intimé de ce qui suit:

[TRADUCTION] Les commissaires m’ont demandé de vous aviser que, conformément au préavis prévu à l’article 13 qui vous a déjà été remis et compte tenu des témoignages rendus devant l’Enquête, ils examineront, dans leur Rapport

allegations that you exercised poor and inappropriate leadership in the pre-deployment phase of the Somalia mission by failing:

- (i) in advising Brigadier-General Beno that the Canadian Airborne Regiment would be operationally ready once the unit had completed Exercise Stalwart Providence when you knew, or ought to have known, that the Regiment was experiencing problems with discipline, cohesiveness, training at the regimental level and informal leadership.
- (ii) to adequately organize, direct and supervise the training preparations of the Canadian Airborne Regiment during the period from receipt of the Warning Order for Operation Cordon until you were relieved of command.
- (iii) to ensure that all members of the Canadian Airborne Regiment were adequately trained and tested in the Law of War or the Law of Armed Conflict including the four 1949 Geneva Conventions on the protection of victims of armed conflict.
- (iv) in your duty as a Commanding Officer as defined in Queen's Regulations and Orders, s. 4.20 and in military custom.

This letter is designed to provide greater specification and particularization of the matters previously conveyed to you in your section 13 Notice.

The Commissioners, in writing their Final Report, will limit their comments regarding your possible misconduct to these matters.

[9] A letter of reply dated February 3, 1997 from the respondent's counsel reads in part:

We also request further particulars of some of the allegations against LCol. Morneau that are set out in your notice, in order for our client to effectively respond. The allegations, as stated, are very sweeping. The requested particulars include:

- (a) With respect to para. 2 of the notice, what acts or omissions by LCol. Morneau are alleged to have constituted poor and inappropriate leadership in adequately organizing, directing and supervising the training preparations?

final, les allégations que vous avez fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie:

- (i) en informant le brigadier-général Beno que le Régiment aéroporté du Canada serait opérationnellement prêt une fois que l'unité aurait effectué l'exercice Stalwart Providence, alors que vous saviez ou que vous auriez dû savoir qu'il faisait face à des problèmes de discipline, de cohésion, d'entraînement au niveau du régiment et de leadership informel;
- (ii) en négligeant d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment aéroporté du Canada pendant la période allant de la réception de l'ordre d'avertissement en vue de l'opération «Cordon» jusqu'au moment où vous avez été relevé de son commandement;
- (iii) en négligeant de vous assurer que tous les membres du Régiment aéroporté du Canada aient reçu une formation adéquate sur le droit de la guerre ou sur le droit des conflits armés, y compris les quatre conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés, et que leurs connaissances aient été vérifiées à cet égard;
- (iv) en négligeant votre devoir de commandant, tel qu'il est défini à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires.

La présente lettre a pour objet de vous fournir des précisions et des renseignements complémentaires sur les questions qui vous ont été communiquées dans le préavis prévu à l'article 13.

Dans la rédaction de leur rapport final, les commissaires limiteront leurs commentaires concernant votre responsabilité éventuelle à ces questions.

[9] Une lettre que l'avocat de l'intimé a envoyée en réponse le 3 février 1997 est rédigée en partie comme suit:

[TRADUCTION]

Nous aimerions également avoir des détails additionnels au sujet de certaines des allégations concernant le lcol Morneau qui sont énoncées dans votre avis, de façon que notre client puisse réellement donner une réponse. Les allégations, telles qu'elles sont énoncées, sont fort générales. Nous aimerions notamment obtenir les renseignements suivants:

- a) En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'avis, quels sont les présumés actes ou omissions du lcol Morneau qui indiquent un manque de leadership et un leadership inadéquat lorsqu'il s'est agi d'organiser, de diriger et de superviser les préparatifs de la formation?

- | | |
|--|---|
| <p>(b) With respect to para. 3 of the notice, what acts or omissions of LCol. Morneault are alleged to have shown poor and inappropriate leadership in training and testing in the Law of War and the Law of Armed Conflict, including the four 1949 Geneva Conventions?</p> <p>(c) With respect to para. 4 of the notice, in what respect is LCol. Morneault alleged to have failed to perform his duty as defined in QR&O 4.20?</p> <p>(d) With respect to para. 4 of the notice, what "military customs" are being referred to?</p> | <p>b) En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'avis, quels sont les présumés actes ou omissions du lcol Morneault qui indiquent un manque de leadership et un leadership inadéquat lorsqu'il s'est agi de garantir une formation sur le droit de la guerre et sur le droit des conflits armés, y compris les quatre conventions de Genève de 1949, et de vérifier les connaissances à cet égard.</p> <p>c) En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'avis, de quelle façon le lcol Morneault aurait-il manqué à son devoir au sens de l'article 4.20 des ORFC?</p> <p>d) En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'avis, de quelles «coutumes militaires» s'agit-il?</p> |
|--|---|

[10] Commission counsel responded by letter dated February 11, 1997, addressed to the respondent's counsel. The material portion of that letter reads:

For the four allegations against LCol Morneault for which you request further particulars in your February 3, 1997 letter, the Commissioners will consider in their Final Report:

- (a) With respect to para. 2 of the Notice:

He spent insufficient time observing and supervising training and providing direction with respect to training, especially as it related to the tone of the training [see the testimony of BGen Beno, p. 7795 and 8115; Maj Turner, pp. 3547-48, 3446, 3449, 3527, 3674 and 3728; Maj Kyle, pp. 3845, 3808 and 3855-57. LCol Morneault said in his own evidence that he spent 15 to 20 per cent of his time supervising training. [See also his testimony at p. 7321.]

He did not set out a statement of concept, objectives, standards and priorities in the training plan. [See the testimony of BGen Beno, p. 7753; Maj Turner, pp. 3724, 3435-38 and 3619-20; Maj Seward, p. 5760 and Maj MacKay, p. 6485.]

He did not provide uniform training for the various sub-units. [See the testimony of Maj Turner, pp. 3449 and 3528 and MWO Murphy, p. 6646. In this context, the Commissioners will take into account the performance of the CAR during exercise Stalwart Providence.]

Please note: these references are not exhaustive.

[10] L'avocat de la Commission a répondu par une lettre datée du 11 février 1997, adressée à l'avocat de l'intimé. La partie pertinente de cette lettre est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les quatre allégations se rapportant au lcol Morneault à l'égard desquelles vous demandez des détails additionnels dans votre lettre du 3 février 1997, les commissaires tiendront compte des éléments suivants dans leur rapport final:

- a) Pour ce qui est du paragraphe 2 du préavis:

Il n'a pas consacré suffisamment de temps à l'observation, à la supervision et à la direction de la formation, tout particulièrement en ce qui concerne le ton de cette formation [voir le témoignage du bgén Beno, aux pages 7795 et 8115; du maj Turner, aux pages 3547 et 3548, 3446, 3449, 3527, 3674 et 3728; du maj Kyle, aux pages 3845, 3808 et 3855 à 3857. Dans son témoignage, le lcol Morneault a déclaré qu'il avait consacré de 15 à 20 p. 100 de son temps à la supervision de la formation. [Voir également son témoignage à la page 7321.]

Il n'a pas établi un énoncé des concepts, objectifs, normes et priorités dans le plan de formation [voir le témoignage du bgén Beno, à la page 7753; du maj Turner, aux pages 3724, 3435-3438, 3619 et 3620; du maj Seward, à la page 5760, et du maj MacKay, à la page 6485.]

Il n'a pas fourni de formation uniforme aux différentes sous-unités [voir le témoignage du maj Turner, aux pages 3449 et 3528 et de l'adjum Murphy, à la page 6646]. Dans ce contexte, les commissaires tiendront compte du rendement du RAC au cours de l'exercice «Stalwart Providence».

Prière de noter que ces renvois ne sont pas exhaustifs.

(b) With respect to para. 3 of the Notice:

He did not exercise his responsibility as commander of the CAR, to ensure that all of the personnel under his command were familiar with their rights and obligations under the law of armed conflict (LOAC). Reference should be made to his obligations as set out in the four Geneva Conventions of 1949 (articles 47, 48, 127, 144 respectively for Convention I-IV), and the First Additional Protocol of 1977 (article 87).

The Commissioners will examine the question of whether your client ensured that the members of the CAR understood their obligations toward the basic rights of “detainees”, whether civilian or captured, sick or wounded combatants.

The Commissioners will also consider if your client directed his staff to include adequate LOAC training in the Op Cordon training plan, provided guidance to his subordinates on the content of the LOAC training, directed the OCs to include refresher training in the LOAC in their sub-unit training and tested or provided for testing of all ranks on this subject.

The Commissioners will consider if your client advised the SSF Commander, BGen Beno, or his staff of the importance of including LOAC in Exercise Stalwart Providence, with a view to ensuring that the soldiers understood the principles of the LOAC.

(c) With respect to para. 4 of the Notice:

The Commissioners will consider whether LCol Morneau retained for himself “important matters requiring the Commander’s personal attention and decision,” in accordance with s. 4.20 of the QR&O. In particular, the Commissions will consider whether he supervised the training of his commandos, supervised specific training in 2 Commando even though problems had been brought to his attention concerning the status of readiness of the sub-units, redressed problems of command within the CAR, adequately assess the operational readiness of the CAR and properly informed his superiors of the state of readiness, discipline and training of the CAR.

A further question which will be addressed is whether LCol Morneau maintained adequate “general control

b) Pour ce qui est du paragraphe 3 de l’avis:

En sa qualité de commandant du RAC, il ne s’est pas acquitté de son obligation de veiller à ce que tous les membres du personnel sous son commandement connaissent leurs droits et obligations dans le domaine du droit des conflits armés (DCA). Il devrait être fait mention de ses obligations, telles qu’elles sont énoncées dans les quatre conventions de Genève de 1949 (articles 47, 48, 127, 144 respectivement des conventions I à IV) et dans le Premier protocole additionnel de 1977 (article 87).

Les commissaires examineront la question de savoir si votre client a veillé à ce que les membres du RAC comprennent les obligations qui leur incombent en ce qui concerne les droits fondamentaux des «détenus», et ce, qu’il s’agisse de civils ou de combattants qui ont été capturés ou blessés ou qui sont malades.

Les commissaires examineront également la question de savoir si votre client a ordonné à son personnel d’inclure dans le plan de formation de l’opération Cordon une formation adéquate sur le DCA, s’il a indiqué à ses subordonnés le contenu de pareille formation, s’il a ordonné aux officiers commandants, pour la formation de leur sous-unité, d’inclure des séances de recyclage sur le DCA et s’il a vérifié les connaissances à tous les niveaux à ce sujet ou s’il a fait en sorte que pareilles connaissances soient vérifiées.

Les commissaires examineront la question de savoir si votre client a informé le commandant de la FOS, le brigadier-général Beno, ou son personnel, de l’importance d’inclure le DCA dans l’exercice Stalwart Providence, de façon à s’assurer que les soldats comprennent les principes du DCA.

c) Pour ce qui est du paragraphe 4 du préavis:

Les commissaires examineront la question de savoir si le lcol Morneau s’était réservé «des questions importantes qui exigent son attention et sa décision personnelles» conformément à l’article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux. En particulier, les commissaires examineront la question de savoir s’il a supervisé la formation de ses commandos, s’il a supervisé des composantes précises de la formation du 2^e Commando, bien qu’on lui eût signalé l’existence de problèmes concernant l’état de préparation des sous-unités, s’il avait corrigé les problèmes de commandement au sein du RAC, s’il avait bien évalué l’état de préparation opérationnelle du RAC et s’il avait bien informé ses supérieurs de l’état de préparation et des problèmes de discipline et de formation au RAC.

Une autre question qui sera abordée est celle de savoir si le lcol Morneau s’était réservé «le contrôle

and supervision of the various duties” that he allocated to others. In particular, did he supervise adequately the training plans and activities of the OCs, review properly the orders and directives that his subordinate commanders were issuing and ensure that his orders and directives were being followed as intended.

(d) With respect to para. 4 of the Notice:

The Commissioners will consider whether LCol Morneau maintained good order and discipline in the unit under his command.

Did he lead by example in the field?

A further reference for you with respect to “military custom” is found in s. 1.13 of Q.R.&O and s. 49 of the **National Defence Act**.

[11] Hearings into the pre-deployment phase continued until February 22, 1996. They were followed by hearings into the in-theatre phase, which began on April 1, 1996 and, after a four-month interruption relating to the post-deployment phase, continued until March 1997. In the meantime, the time for completing the Inquiry and for filing a report with the Governor in Council was extended to March 31, 1997 and to June 30, 1997, respectively. A total of 116 witnesses testified before the Inquiry and something in the order of 200,000 documents were filed in evidence. In April 1997 the respondent filed lengthy written submissions and presented oral submissions before the Inquiry with respect to the alleged misconduct.

THE MOTION

[12] The respondent’s motion focussed on general statements made by the Commission in the preface to Volume 1 of the Report and in the introductory chapter to Volume 4, as well as on specific findings made in Chapter 35 of Volume 4 which is devoted exclusively to the respondent’s conduct as Commanding Officer of the regiment. The principal attack on the general statements is that they ought to have been made the subject of a section 13 notice. While the Motions Judge agreed that this was so, she found that the statements did not apply to the respondent and

et la surveillance d’ordre général des diverses fonctions» qu’il avait confiées à d’autres. En particulier, avait-il supervisé les plans et les activités de formation des officiers commandants, avait-il bien revu les ordres et les directives que ses commandants subordonnés donnaient et s’était-il assuré que ses ordres et ses directives étaient suivis comme prévu?

d) Pour ce qui est du paragraphe 4 du préavis:

Les commissaires examineront si le lcol Morneau avait assuré l’ordre et la discipline dans l’unité qu’il commandait.

Avait-il prêché par l’exemple sur le terrain?

Pour en savoir davantage au sujet des «coutumes militaires», prière de consulter l’article 1.13 des Ordonnances et règlements royaux et l’article 49 de la **Loi sur la défense nationale**.

[11] Les audiences relatives à la phase antérieure au déploiement se sont poursuivies jusqu’au 22 février 1996. Elles ont été suivies d’audiences sur la phase des opérations sur le théâtre, qui ont commencé le 1^{er} avril 1996, et après une interruption de quatre mois se rapportant à la phase qui a suivi le déploiement, elles se sont poursuivies jusqu’au mois de mars 1997. Dans l’intervalle, les délais dans lesquels l’enquête devait être effectuée et un rapport déposé auprès du gouverneur en conseil ont été prorogés jusqu’au 31 mars 1997 et jusqu’au 30 juin 1997 respectivement. 116 personnes en tout ont témoigné devant la Commission et environ 200 000 documents ont été produits en preuve. Au mois d’avril 1997, l’intimé a déposé de longues observations écrites et a présenté verbalement des observations devant la Commission au sujet des fautes imputées.

LA REQUÊTE

[12] Dans sa requête, l’intimé mettait l’accent sur des déclarations générales que la Commission avait faites dans la préface du volume 1 du rapport et dans le chapitre introductif du volume 4 ainsi que sur des conclusions précises énoncées au chapitre 35 du volume 4, qui est exclusivement consacré à la conduite de l’intimé en sa qualité de commandant du régiment. La principale critique qui est faite au sujet de ces déclarations générales est qu’un préavis aurait dû être donné à leur sujet en vertu de l’article 13. Le juge des requêtes était d’accord, mais il a conclu que

granted a declaration to that effect.

[13] In the preface to Volume 1 the Commission laments the Government's "decision to impose time constraints" on the Inquiry and, more significantly, that the Commissioners "were too often frustrated by the behaviour of witnesses whose credibility must be questioned". The statement attacked appears in the same section of the Report, at pages xxxii-xxxiii. It reads:

We are cognizant of the institutional and peer pressure on witnesses appearing before us. Giving testimony before a public inquiry is a test of personal integrity that demands the moral courage to face reality and tell the truth. It also involves a readiness to be held to account and a willingness to accept the blame for one's own wrongdoing. Many soldiers, non-commissioned officers and officers have shown this kind of integrity. They have demonstrated courage and fidelity to duty, even where doing so required an acknowledgement of personal shortcomings or the expression of unwelcome criticism of the institution. These soldier-witnesses deserve society's respect and gratitude for contributing in this way to improving of an institution they obviously cherish.

With regret, however, we must also record that on many occasions, the testimony of witnesses before us was characterized by inconsistency, improbability, implausibility, evasiveness, selective recollection, half truths, and even plain lies. Indeed, on some issues, we encountered what can only be described as a 'wall of silence'. When several witnesses behave in this manner, the wall of silence becomes a wall of calculated deception.

The proper functioning of an inquiry depends upon the truthfulness of witnesses under oath. Truthfulness under oath is the foundation of our system of justice. Some witnesses clearly flouted their oath.

Perhaps more troubling is the fact that many of the witnesses who displayed these shortcomings were officers, non-commissioned members (active or retired) or senior civil servants—individuals sworn to respect and promote the values of leadership, courage, integrity, and accountability. For these individuals, undue loyalty to a regiment or to the military institution or, even worse, naked self-interest, took precedence over honesty and integrity. By conducting themselves in this manner, these witnesses have also reneged on their duty to assist this Inquiry in its endeavours. In the case of officers, such conduct is a breach of the undertakings set out in their Commissioning Scroll.

les déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé et il a accordé un jugement déclaratoire en ce sens.

[13] Dans la préface du volume 1, la Commission déplore la décision du gouvernement d'«imposer des contraintes temporelles» à l'égard de l'enquête et, ce qui est encore plus important, le fait que les commissaires avaient «trop souvent été retardés dans [leur] travail par le comportement de témoins dont la crédibilité doit être mise en doute». La déclaration contestée figure dans la même section du rapport aux pages xxxvi à xxxviii. Elle est libellée comme suit:

Nous sommes conscients du fait que ces témoins subissaient la pression de l'institution et de leurs pairs. Témoigner devant une commission d'enquête publique met à l'épreuve l'intégrité personnelle. Le témoin doit avoir la force morale de faire face à la réalité et de dire la vérité. Il doit aussi être prêt à rendre des comptes et à accepter le blâme pour les fautes qu'il a commises. Nous avons constaté ce type d'intégrité chez de nombreux soldats, sous-officiers et officiers. Ils ont donné la preuve de leur courage et de leur sens du devoir, même si cela les obligeait à reconnaître leurs lacunes personnelles ou à exprimer une critique importune à l'égard de l'institution. Ces soldats-témoins méritent le respect et la gratitude de notre société pour avoir ainsi contribué à améliorer une institution qui leur est manifestement très chère.

En revanche, nous devons aussi signaler que nous avons souvent entendu des témoignages empreints de contradictions, d'improbabilités, d'in vraisemblances, d'ambiguïtés, de souvenirs sélectifs, de demi-vérités, et même de mensonges. De fait, sur certaines questions, nous nous sommes heurtés à ce que nous ne pouvons qu'appeler un «mur de silence». Lorsque plusieurs témoins se comportent de cette manière, le mur de silence devient une tromperie délibérée.

Le bon fonctionnement d'une enquête repose sur la sincérité des témoins assermentés. La sincérité sous serment est la pierre angulaire de notre système juridique. Il est évident que certains témoins en ont fait fi.

Ce qui est peut-être plus inquiétant, c'est que nombre des témoins chez qui nous avons constaté ces lacunes étaient des officiers, des sous-officiers (en service actif ou à la retraite) ou des hauts fonctionnaires—c'est-à-dire des personnes qui ont juré de respecter et de promouvoir des valeurs telles que le leadership, le courage, l'intégrité et l'obligation de rendre compte. Pour ces personnes, la loyauté excessive envers un régiment ou l'institution militaire ou, pis encore, le simple intérêt personnel, ont primé sur l'honnêteté et l'intégrité. En se comportant de la sorte, ces témoins ont également manqué à leur devoir d'aider la Commission dans ses travaux. Chez des officiers, une telle conduite constitue une violation des engagements énoncés dans leur commission.

...

Our concern is not with the mere fact of contradictions in testimony. Even where all who testify speak the truth as they know it, contradictions can occur. Contradictions often relate to recollections of conversations that took place between or among people without the presence of other witnesses and without the benefit of notes. At the time, a particular conversation may have seemed unimportant. The passage of time may have driven its details from memory. We are not concerned with differences in recollection that simply reflect the frailty of human memory. We are concerned, however, with something darker than imprecision and contradiction, something closer to a pattern of evasion and deception.

[14] The respondent also attacks the general statement at page 953 in the introductory chapter to Volume 4 of the Report. It reads:

A few additional words are called for concerning the portrayal of the actions of individuals that follows. The individuals whose actions are scrutinized are members of the Canadian Forces (CF) who have had careers of high achievement. Their military records, as one would expect of soldiers who have risen so high in the CF pantheon, are without blemish. The Somalia deployment thus represents for them a stain on otherwise distinguished careers. There have been justifications or excuses advanced before us which, if accepted, might modify or attenuate the conclusions that we have reached. These have ranged from "the system performed well; it was only a few bad apples" to "there will always be errors" to "I did not know" or "I was unaware" to "it was not my responsibility" and "I trusted my subordinates". We do not review these claims individually in the pages that follow, but we have carefully considered them.

Also mitigating, to a certain extent, is the fact that these individuals must be viewed as products of a system that placed great store in the "can do" attitude. The reflex to say "yes sir" rather than to question the appropriateness of a command or policy obviously runs against the grain of free and open discussion, but it is ingrained in military discipline and culture. However, leaders properly exercising command responsibility must recognize and assert not only their right but their duty to advise against improper actions, for failing to do so means that professionalism is lost.

[15] The respondent also challenges various specific findings in Chapter 35 of Volume 4 for lack of procedural fairness and for absence of evidentiary support.

[. . .]

Ce n'est pas le seul fait que des contradictions surviennent dans les témoignages qui nous préoccupe. On peut noter des contradictions dans les témoignages même si tous les témoins disent la vérité et relatent les faits tels qu'ils les connaissent. Souvent, les contradictions tiennent au souvenir qu'ont les intéressés de conversations qui ont eu lieu sans témoin et sans prise de notes. Sur le moment, l'échange peut ne pas sembler important. Avec le temps, les détails s'effacent de la mémoire. Nous ne nous inquiétons pas de ces différences dans le souvenir qui reflètent tout simplement la fragilité de la mémoire humaine. Le phénomène qui nous préoccupe est bien plus sombre que l'imprécision et la contradiction: il se rapproche de l'esquive et de la tromperie.

[14] L'intimé conteste également la déclaration générale qui est faite aux pages 1075 et 1076 du chapitre introductif du volume 4 du rapport, laquelle est libellée comme suit:

Il convient ici d'ajouter quelques mots concernant la description faite ci-après des actions de certaines personnes. Ces personnes, dont les actions sont examinées de près, sont des militaires dont la carrière est marquée d'importantes réalisations. Comme on peut s'y attendre de soldats montés aussi haut dans le panthéon des Forces canadiennes (FC), leur dossier militaire est irréprochable. Pour eux, la mission en Somalie fait donc tache dans une carrière par ailleurs distinguée. Certaines justifications ou excuses formulées devant nous pourraient, si on les acceptait, modifier ou atténuer les conclusions auxquelles nous en sommes arrivés. On nous a dit par exemple «le système fonctionnait bien; les problèmes n'étaient le fait que de quelques mauvais éléments», «il se commettra toujours des erreurs», «je ne savais pas», «je n'étais pas au courant», «ce n'était pas ma responsabilité», «j'ai fait confiance à mes subalternes». Nous n'examinerons pas chacune de ces affirmations dans les pages qui suivent, mais nous les avons prises en considération.

On peut dire jusqu'à un certain point, à la décharge de ces personnes, qu'elles sont le produit d'un système qui mise énormément sur une attitude téméraire. Le réflexe d'acquiescer d'emblée à un commandement ou à une ligne de conduite plutôt que d'en remettre en question le bien-fondé va évidemment à l'encontre d'une discussion libre et franche, mais il est ancré dans la discipline et la culture militaires. Toutefois, des commandants soucieux de bien assumer leur responsabilité de commandement doivent reconnaître et affirmer qu'ils ont non seulement le droit mais aussi le devoir de s'élever contre des actions irrégulières, sans quoi ils manquent de professionnalisme.

[15] L'intimé conteste en outre diverses conclusions particulières figurant au chapitre 35 du volume 4 en invoquant l'absence d'équité procédurale et l'absence de preuve corroborante.

[16] It was contended before the Motions Judge that the Chapter 35 findings in issue were not reviewable under paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act* because they did not constitute “decisions”. The Motions Judge rejected this argument. She rejected the appellant’s further argument that, in any event, there was evidence in the record of the Inquiry to support each of the Chapter 35 findings. After proceeding to a detailed examination of those findings the Motions Judge concluded, at paragraph 109 [pages 285-286] of her reasons:

It is clear, on the basis of the above, that the Commission’s finding of misconduct against the applicant on the ground that he failed to adequately organize, direct, and supervise training preparations from September 5, 1992 to September 21, 1992 is deeply flawed. Many of the primary findings of fact simply do not accord with the evidence. Many conclusions are simply not supported by the evidence. I do not think it is possible to reach any other conclusions than that the decision was patently unreasonable.

ISSUES

[17] Three issues are raised in this appeal. First, whether the Motions Judge erred in determining that the Commission did not give reasonable notice of matters that were eventually cited by the Commission as grounds for findings of misconduct. Second, whether the Judge erred in determining that the findings of misconduct constituted reviewable “decisions” under paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*. Third, whether the Judge erred in determining that findings of fact made by the Commission in respect of the respondent’s conduct were not supported by the evidence and, therefore, were patently unreasonable.

[18] I turn to a discussion of these issues.

ANALYSIS

Reasonable notice

The general statements

[19] The respondent contends that the general statements in issue include findings that reflect

[16] Il a été soutenu devant le juge des requêtes que les conclusions figurant au chapitre 35 en question n’étaient pas susceptibles de révision en vertu de l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu’il ne s’agissait pas de «décisions». Le juge des requêtes a rejeté cet argument. Il a également rejeté l’argument de l’appelant selon lequel, de toute façon, le dossier de l’enquête renfermait une preuve à l’appui de chacune des conclusions énoncées au chapitre 35. Après avoir effectué un examen détaillé de ces conclusions, le juge des requêtes a conclu ce qui suit, au paragraphe 109 [pages 285 et 286] de ses motifs:

À la lumière de ce qui précède, il est clair que la faute imputée par la Commission au requérant pour le motif qu’il n’avait pas organisé, dirigé et supervisé comme il convenait les préparatifs de la formation du 5 au 21 septembre 1992 est profondément viciée. Plusieurs constatations de fait sont tout simplement incompatibles avec la preuve et plusieurs conclusions ne sont aucunement étayées par la preuve. Je ne pense pas qu’il soit possible d’arriver à d’autres conclusions que de dire que la décision rendue était manifestement déraisonnable.

LES POINTS LITIGIEUX

[17] Trois points litigieux sont soulevés dans le présent appel. Premièrement, il s’agit de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en statuant que la Commission n’avait pas donné un préavis suffisant des questions qu’elle a finalement citées pour conclure à l’existence d’une faute. Deuxièmement, il s’agit de savoir si le juge a commis une erreur en déterminant que ces conclusions constituaient des «décisions» susceptibles de révision au sens de l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Troisièmement, il s’agit de savoir si le juge a commis une erreur en statuant que les conclusions de fait tirées par la Commission au sujet de la conduite de l’intimé n’étaient pas étayées par la preuve et qu’elles étaient donc manifestement déraisonnables.

[18] J’examinerai maintenant ces points litigieux.

ANALYSE

Préavis suffisant

Les déclarations générales

[19] L’intimé soutient que les déclarations générales en question comprennent des conclusions qui

adversely on his own reputation and that he was denied procedural fairness because they were not made the subject of a section 13 notice. He maintains as well that five specific findings made by the Commission in Chapter 35 were not the subject of such a notice.

[20] The requirement for “reasonable notice” of alleged misconduct is laid down in section 13 of the *Inquiries Act*, which reads:

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

[21] The critical importance for reasonable notice of alleged misconduct is made clear in *Krever*, *supra*, given that a finding may damage the reputation of a witness. As Cory J. put it, at paragraph 56 [pages 471-472]:

That same principle of fairness must be extended to the notices pertaining to misconduct required by s. 13 of the *Inquiries Act*. A commission is required to give parties a notice warning of potential findings of misconduct which may be made against them in the final report. As long as the notices are issued in confidence to the party receiving them, they should not be subject to as strict a degree of scrutiny as the formal findings. This is because the purpose of issuing notices is to allow parties to prepare for or respond to any possible findings of misconduct which may be made against them. The more detail included in the notice, the greater the assistance it will be to the party. In addition, the only harm which could be caused by the issuing of detailed notices would be to a party's reputation. But so long as notices are released only to the party against whom the finding may be made, this cannot be an issue. The only way the public could find out about the alleged misconduct is if the party receiving the notice chose to make it public, and thus any harm to reputation would be of its own doing. Therefore, in fairness to witnesses or parties who may be the subject of findings of misconduct, the notices should be as detailed as possible. Even if the content of the notice appears to amount to a finding that would exceed the jurisdiction of the commissioner, that does not mean that the final, publicized findings will do so. It must be assumed, unless the final report demonstrates otherwise, that commissioners will not exceed their jurisdiction.

ternissent sa propre réputation et que l'équité procédurale n'a pas été respectée parce qu'aucun préavis n'a été donné en vertu de l'article 13. Il maintient également qu'aucun préavis de ce genre n'a été donné au sujet de cinq conclusions particulières tirées par la Commission au chapitre 35.

[20] L'exigence selon laquelle un «préavis suffisant» doit être donné au sujet de la faute imputée est énoncée à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, qui se lit comme suit:

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

[21] Le fait que la signification d'un préavis suffisant de la faute imputée est d'une importance cruciale ressort clairement de l'arrêt *Krever*, précité, étant donné qu'une conclusion peut nuire à la réputation d'un témoin. Comme le juge Cory l'a dit au paragraphe 56 [pages 471 et 472]:

Le même principe d'équité doit s'étendre aux préavis concernant la faute exigés par l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Toute commission est tenue de donner aux parties un préavis les informant des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à leur égard dans le rapport final. Tant qu'ils sont remis à la partie visée sous le sceau de la confidentialité, les préavis ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales. C'est que les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer à leur égard. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. En outre, le seul tort qui pourrait être causé par la délivrance de préavis détaillés se limite à la réputation d'une partie. Mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Le public ne peut prendre connaissance de la faute reprochée que si la partie ayant reçu le préavis choisit de le rendre public, auquel cas elle est elle-même responsable du tort ainsi causé à sa réputation. Par conséquent, en toute justice pour les témoins ou les parties qui peuvent faire l'objet de conclusions faisant état d'une faute, les préavis devraient être le plus détaillés possible. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, cela ne signifie pas qu'il en serait ainsi des conclusions finales destinées à être divulguées. Il faut supposer, jusqu'à preuve du contraire à la communication du rapport final, que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs.

If a notice of alleged misconduct complies with section 13 requirements and the inquiry process is otherwise fair, a commission of inquiry is authorized by that section, as Cory J. found in *Krever*, *supra*, at paragraph 52 [pages 469-470], to make findings of fact and reach conclusions based upon the facts.

[22] The tone of the statement in the preface to Volume 1 is unquestionably harsh. However, while the respondent complains that the statement applies to him, the language in which it is couched suggests that this is not necessarily so. It refers to “the testimony of witnesses”, “several witnesses” and “some witnesses”, and states that “many of the witnesses who displayed these shortcomings were officers, non-commissioned officers, and senior civil servants”. It is clear, therefore, that the statement is not aimed at all senior officers so as to unmistakably include the respondent. The Motions Judge herself concluded with respect to both statements that it was not “seriously contended that the statements of general condemnation” applied to Lieutenant-Colonel Morneau.

[23] Even if it could be said that the statement in Volume 1 applies to the respondent, I am not at all sure that its presence deprived the respondent of procedural fairness. There would appear to be no link between that statement and findings of misconduct in Chapter 35. What needs to be addressed is whether the adverse findings of credibility suggested by the statement required a section 13 notice, assuming for the moment that the statement was intended to apply to the respondent. As was emphasized by Cory J. in *Krever*, *supra*, at paragraph 52 [page 469], the “primary role, indeed the *raison d’être*, of an inquiry investigating a matter is to make findings of fact” and that, in doing so, the commission “may have to assess and make findings as to the credibility of witnesses”. Indeed, as Cory J. explained in that case, at paragraph 42 [page 465], the very wording of section 13 of the *Inquiries Act* “by necessary inference authorizes a commissioner to make findings of fact and to reach conclusions based upon those facts, even if the findings and conclusions may adversely affect the

Si un préavis de la faute imputée est conforme aux exigences de l’article 13 et que la procédure d’enquête est par ailleurs équitable, cette disposition autorise une commission d’enquête, comme le juge Cory l’a conclu dans l’arrêt *Krever*, précité, au paragraphe 52 [pages 469 et 470], de faire des constatations de fait et d’en tirer des conclusions.

[22] Le ton de la remarque qui figure dans la préface du volume 1 est incontestablement dur. Toutefois, même si l’intimé se plaint que la remarque le vise, les termes dans lesquels cette remarque est libellée donnent à penser que ce n’est pas nécessairement le cas. Il est question de «témoignages», de «plusieurs témoins» et de «certains témoins» et la Commission dit que «nombre des témoins chez qui [elle a] constaté ces lacunes étaient des officiers, des sous-officiers [. . .] ou des hauts fonctionnaires». Il est donc clair que la remarque ne vise pas tous les officiers supérieurs de façon à inclure nécessairement l’intimé. Le juge des requêtes lui-même a conclu, en ce qui concerne les deux déclarations, que l’on n’invoquait pas «sérieusement [. . .] que les déclarations de condamnation générale» s’appliquent au lieutenant-colonel Morneau.

[23] Même s’il était possible de dire que la déclaration qui est faite dans le volume 1 s’applique à l’intimé, je suis loin d’être certain que sa présence privait l’intimé de l’équité procédurale. Il ne semblerait y avoir aucun rapport entre cette déclaration et les conclusions relatives à la faute figurant au chapitre 35. Il faut plutôt se demander si les conclusions défavorables relatives à la crédibilité que la déclaration laisse supposer exigeaient la signification d’un préavis en vertu de l’article 13, à supposer pour le moment que la remarque ait été destinée à s’appliquer à l’intimé. Comme l’a souligné le juge Cory dans l’arrêt *Krever*, précité, au paragraphe 52 [page 469], le «rôle premier, voire la raison d’être d’une enquête sur une question donnée est de tirer des conclusions de fait» et, pour ce faire, il se peut que la commission «doive évaluer la crédibilité des témoins et en tirer des conclusions». De fait, le juge Cory a expliqué au paragraphe 42 [page 465] de l’arrêt en question, que le libellé même de l’article 13 de la *Loi sur les enquêtes* «autorise implicitement un commissaire à constater des faits et à tirer

reputation of individuals or corporations”. He also explained, at paragraph 40 [page 463], that the authority in section 13 to make findings of “misconduct” encompasses “not only finding the facts, but also evaluating and interpreting them” and, if necessary, “to weigh the testimony of witnesses . . . and make findings of credibility”. It is by adhering to this process that a commissioner is able to determine whether a party’s behaviour amounted to “misconduct”.

[24] The process would not in general appear to require the giving of prior notice that a party’s credibility may be made the subject of an adverse finding. Such a finding could be made only after the witness had testified and perhaps not until his or her testimony could be weighed and evaluated in the light of other evidence. A requirement that there be prior notice could well impose on a commission of inquiry an unduly onerous standard of procedural fairness.

[25] By contrast with the Volume 1 statement, the general statement in the introductory chapter to Volume 4 would appear on its face to apply to all of the military officers whose conduct is addressed in that volume including the respondent. Thus the “portrayal of actions” is of the “individuals that follows”, namely, “members of the Canadian Forces . . . whose actions are scrutinized”. The statement is objected to on the twin bases that the respondent was not given prior notice and that the evidence does not support the finding that the respondent conducted himself in the manner described in the statement. The Motions Judge concluded that the statement ought not to have been made because no reasonable notice had been given in compliance with section 13.

[26] The appellant contends that the statement is unassailable because it cannot be construed as a finding of misconduct against the respondent. I find this difficult to accept. As a “product of the system” the respondent was one whose reflex was to say “yes

des conclusions fondées sur ces faits, même si les constatations et conclusions sont susceptibles de nuire à la réputation de personnes physiques ou morales». Il a également expliqué, au paragraphe 40 [page 463], que le pouvoir prévu à l’article 13 de conclure à l’existence d’une «faute» doit comprendre «non seulement la constatation des faits, mais aussi leur évaluation et leur interprétation» et, au besoin, le pouvoir «d’apprécier la déposition des témoins [. . .] et de juger de leur crédibilité». C’est en se conformant à cette procédure qu’un commissaire est en mesure de déterminer si le comportement d’une partie équivalait à une «faute».

[24] En général, la procédure ne semblerait pas exiger la signification d’un préavis disant que la crédibilité d’une partie peut faire l’objet d’une conclusion défavorable. Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que la personne en question a témoigné et peut-être pas avant que son témoignage puisse être soupesé et apprécié à la lumière des autres éléments de preuve. L’exigence selon laquelle il faut signifier un préavis pourrait bien imposer à une commission d’enquête une norme d’équité procédurale beaucoup trop rigoureuse.

[25] Contrairement à la déclaration qui est faite dans le volume 1, la déclaration générale figurant dans le chapitre introductif du volume 4 semblerait à première vue s’appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée dans ce volume, y compris l’intimé. Il en serait donc ainsi de la «description [. . .] des actions» de «certaines personnes», à savoir «des militaires dont [. . .] les actions sont examinées de près». On s’oppose à la remarque pour le motif que l’intimé n’a pas été avisé au préalable et que la preuve n’étaye pas la conclusion selon laquelle l’intimé s’est conduit de la façon décrite dans la remarque. Le juge des requêtes a conclu que la remarque n’aurait pas dû être faite parce qu’aucun préavis suffisant n’avait été donné conformément à l’article 13.

[26] L’appelant soutient que la remarque est inattaquable parce qu’elle ne peut pas être interprétée comme constituant une conclusion selon laquelle l’intimé avait commis une faute. Il m’est difficile de souscrire à cet avis. En tant que «produit d’un

sir”, who as a “leader exercising command responsibilities” had a “duty to advise against improper actions” and to lose “professionalism” by failing in that duty. There is a direct link between the statement and the findings in Chapter 35 for, as we have seen, the statement is expressly tied to the “individuals that follow”. The appellant conceded before the Motions Judge and in written argument on appeal that the statement did not amount to misconduct and, indeed, the Motions Judge herself found that it did not apply to the respondent. In my view, the Court should, if it can, uphold the declaratory order below in this respect, so as to remove any possible question that this critical statement which, on its face, applies to the respondent was not intended to apply to him.

Availability of declaratory relief

[27] There was a time when declaratory relief was not available if it would have no legal effect, but this is no longer so. In *Merricks v. Nott-Bower*, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.), at page 721, Lord Denning stated:

If a real question is involved, which is not merely theoretical, and on which the court’s decision gives practical guidance, then the court in its discretion can grant a declaration. A good instance is the recent case on the football transfer system decided by Wilberforce, J., *Eastham v. Newcastle United Football Club, Ltd.* ([1963] 3 All E.R. 139). Counsel for the plaintiff’s said that, in this particular case, the declaration might be of some use in removing a slur which was cast against the plaintiffs by the transfer. He also put us on the wider ground of the public interest that the power to transfer can only be used in the interest of administrative efficiency and not as a form of punishment. He said that it would be valuable for the court so to declare. Again on this point, but without determining the matter, it seems to me that there is an arguable case that a declaration might serve some useful purpose.

Salmon L.J., concurring, added at page 724:

système», l’intimé avait le réflexe «d’acquiescer d’emblée»; en sa qualité de «commandan[t] soucieux de bien assumer [sa] responsabilité de commandement», il avait «le devoir de s’élever contre des actions irrégulières», sans quoi il manquait de «professionnalisme». Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions figurant au chapitre 35; en effet, comme nous l’avons vu, la déclaration vise expressément «certaines personnes» nommées par la suite. L’appelant a concédé devant le juge des requêtes et dans l’argumentation écrite qu’il a présentée en appel que la déclaration n’équivalait pas à reconnaître l’existence d’une faute et, de fait, le juge des requêtes lui-même a conclu qu’elle ne s’appliquait pas à l’intimé. À mon avis, la Cour devrait, si elle le peut, confirmer l’ordonnance déclaratoire de première instance à cet égard, de façon à éliminer toute possibilité de doute au sujet du fait que cette déclaration sévère, qui à première vue vise l’intimé, n’était pas destinée à s’appliquer à lui.

Possibilité d’obtenir un jugement déclaratoire

[27] À une certaine époque, il n’était pas possible d’obtenir un jugement déclaratoire si celui-ci n’avait aucun effet juridique, mais ce n’est plus le cas. Dans la décision *Merricks v. Nott-Bower*, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.), à la page 721, lord Denning a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Lorsqu’une véritable question est en cause, c’est-à-dire une question qui ne soit pas uniquement théorique et au sujet de laquelle la décision de la Cour peut donner des directives utiles, elle peut, à sa discrétion, rendre un jugement déclaratoire. On en trouve un exemple dans une affaire récente où il était question du système de mutation des joueurs de football association, *Eastham c. Newcastle United Football Club, Ltd.* ([1963] 3 All E.R. 139), entendue par le juge Wilberforce. L’avocat des demandeurs soutenait qu’en l’espèce, le jugement déclaratoire pouvait avoir pour effet de retirer à la mutation des demandeurs le caractère d’un blâme. Il avait aussi avancé un argument plus général, à savoir qu’il était dans l’intérêt public de déclarer que le pouvoir de muter un employé ne peut être utilisé que pour des raisons de service et non pas comme un genre de punition. Il a affirmé qu’il serait utile que la Cour fasse une telle déclaration. Sans trancher cette question, il me semble que l’on peut soutenir qu’un tel jugement déclaratoire pourrait avoir une certaine utilité.

Lord juge Salmon, qui souscrivait à cet avis, a ajouté ce qui suit, à la page 724:

It is said: Even if the plaintiffs' rights under the regulations were infringed, what good could the remedies which are claimed by the plaintiffs do them? Can they benefit by these declarations? If a plaintiff seeks some declaration in which he has a mere academic interest, or one which can fulfil no useful purpose, the court will not grant the relief claimed. In this case, however, again without deciding the point in any way, it seems to me clearly arguable that, if the declarations are made, they might induce those in authority to consider the plaintiffs' promotion, there being some evidence that the alleged transfers by way of punishment have prejudiced, and whilst they remain will destroy, the plaintiffs' chances of promotion.

The principle was applied by Pratte J. (as he then was) in *Landreville v. The Queen*, [1973] F.C. 1223 (T.D.), at page 1231 and very recently, again in the context of a commission of inquiry, in *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.), at pages 186-187. The Motions Judge granted declaratory relief in respect of this error. I am satisfied that this remedy was available notwithstanding Cory J.'s characterization of a report of a commission of inquiry in *Krever*, *supra*, as having "no legal consequences". Cory J. acknowledged at the same time that it is precisely because the reputation of a witness is at stake that procedural fairness must be accorded for, as he put it at paragraph 55 [page 471]: "For most, a good reputation is their most highly prized attribute". In my view the respondent does have an interest in protecting his reputation. It is also to be noted that rule 64 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] provides for the granting of declaratory relief, whether or not any consequential relief is or can be claimed.

[28] It seems to me that while a declaration would not affect a legal right, it would serve the useful purpose of removing any possible, though perhaps unintended, harm that may have been caused to the respondent's reputation by the statement in the introductory chapter to Volume 4 of the Report. I would restrict the declaration accordingly.

[TRADUCTION] On pose la question suivante: Même si les droits des demandeurs en vertu des règlements avaient été violés, quels avantages pourraient-ils retirer du redressement demandé? Ces jugements déclaratoires peuvent-ils leur être de quelque utilité? Lorsqu'un demandeur réclame un jugement déclaratoire dans lequel il n'a qu'un intérêt purement académique ou qui n'aurait aucune portée pratique, la Cour n'accordera pas le redressement demandé. Toutefois, dans la présente affaire, sans aucunement trancher le fond de cette question, il me semble que l'on peut vraiment soutenir qu'un jugement déclaratoire pourrait inciter les autorités à examiner l'avancement des demandeurs, puisqu'il existe certaines preuves qui indiquent que ces mutations punitives ont nui à leurs chances d'avancement et qu'elles continueront à le faire tant qu'elles seront en vigueur.

Le juge Pratte (alors juge de la Section de première instance) a appliqué ce principe dans la décision *Landreville c. La Reine*, [1973] C.F. 1223 (1^o inst.), à la page 1231, et tout récemment, ce principe a de nouveau été énoncé dans le contexte d'une commission d'enquête, dans la décision *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.), aux pages 186 et 187. Le juge des requêtes a accordé un jugement déclaratoire à l'égard de cette erreur. Je suis convaincu que cette réparation peut être accordée, et ce, même si dans l'arrêt *Krever*, précité, le juge Cory a dit que le rapport d'une commission d'enquête n'avait «aucune conséquence légale». Le juge Cory a reconnu en même temps que c'est précisément parce que la réputation d'un témoin est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale car, comme il l'a dit au paragraphe 55 [page 471]: «Une bonne réputation représent[e] la valeur la plus prisée par la plupart des gens». À mon avis, l'intimé a bel et bien un intérêt dans la protection de sa réputation. Il importe également de noter que la règle 64 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] prévoit l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation soit ou puisse être en conséquence demandée ou non.

[28] Il me semble que même si un jugement déclaratoire n'avait pas d'effet sur un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort, même si l'n'était peut-être pas intentionnel, qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé par la déclaration qui est faite dans le chapitre introductif du volume 4 du rapport. Je restreindrais le jugement déclaratoire en conséquence.

Specific findings

[29] Five specific findings in Chapter 35 of the Report are then attacked on the ground that they were not made the subject of prior notice in compliance with section 13. I shall underline these findings in the following extracts from Chapter 35:²

1. . . . personal supervision is of utmost importance and must be made one of the highest priorities in the matter of training, if not the overall priority, for it is on the CO that the greatest responsibility for training falls. We find, however, that LCol Morneauult failed to meet this important responsibility in two respects. First, he failed to inculcate in his commandos, through the design of an appropriate training plan and through adequate direct supervision, an attitude suitable to a peacekeeping mission.

. . .
2. . . . LCol Morneauult knew his troops were training for a Chapter VI United Nations peacekeeping mission, and he knew or ought to have known that such missions require a broader knowledge base than normal general purpose combat training permits. Despite this, he allowed 2 Commando (2 Cdo) to train in a manner far too focused on general purpose combat skills, and with a level of aggression not in keeping with a peacekeeping mission. LCol Morneauult himself admitted that 2Cdo spent too much time on general purpose combat training, and did not complete the tasks it was assigned. LCol Morneauult also knew of 2 Cdo's aggressiveness.
3. We find that LCol Morneauult knew early in the training period that 2 Cdo had problems with leadership and aggressiveness, and that these problems were closely linked. He was the primary officer answerable for training, and bore the responsibility of ensuring that pertinent and adequate training was conducted by the appropriate officers commanding (OCs). If any of the OCs were found lacking, it was incumbent upon LCol Morneauult to make the required changes. But LCol Morneauult did not make these changes.
4. LCol Morneauult responded similarly to LCol MacDonald's criticisms of Maj Seward and 2 Cdo. He told him that he did not want his hands tied with regard to Maj Seward and requested that LCol MacDonald remove critical comments about Maj Seward from a letter LCol MacDonald was to send to BGen Beno. LCol MacDonald deleted the reference as LCol Morneauult requested, and no subsequent action was taken to correct the serious deficiency in 2Cdo's leadership as noted by

Conclusions particulières

[29] Cinq conclusions précises qui sont énoncées au chapitre 35 du rapport sont ensuite contestées pour le motif qu'elles n'ont pas fait l'objet d'un préavis conformément à l'article 13. Je soulignerai ces conclusions, qui figurent dans les passages suivants du chapitre 35²:

1. [. . .] la supervision en personne revêt une importance tout à fait primordiale et doit être placée à un rang élevé, sinon en tête, des priorités relatives à la formation, car c'est au commandant qu'incombe la plus importante responsabilité en la matière. Or, nous constatons que le lcol Morneauult ne s'est pas acquitté de cette importante responsabilité à deux égards. Premièrement, il n'a pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix.

[. . .]
2. [. . .] le lcol Morneauult savait que ses soldats s'entraînaient en vue d'une mission de maintien de la paix régie par les dispositions du chapitre VI de la *Charte des Nations Unies*. Il savait ou aurait dû savoir que ces missions nécessitent des connaissances plus étendues que l'entraînement général au combat permet d'en donner. Malgré cela, il a permis que la formation du 2^e Commando soit beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comporte un degré d'agressivité incompatible avec une mission de maintien de la paix. Le lcol Morneauult a admis lui-même que le 2^e Commando avait consacré trop de temps à l'entraînement général au combat et n'avait pas mené à bien les tâches qui lui avaient été confiées. Le lcol Morneauult était également au courant de l'agressivité de ce commando [. . .]
3. Nous constatons que le lcol Morneauult savait, peu après le début de la période de formation, que le 2^e Commando avait des problèmes de leadership et d'agressivité, et que ces problèmes étaient étroitement liés. Il était le principal officier responsable de la formation et il lui incombait de veiller à ce qu'une formation pertinente et suffisante soit donnée par les commandants concernés. Si on constatait qu'un des commandants n'était pas à la hauteur, il incombait au lcol Morneauult d'effectuer les changements qui s'imposaient. Mais il ne l'a pas fait [. . .]
4. Le lcol Morneauult a répondu de manière similaire aux critiques formulées par le lcol MacDonald au sujet du maj Seward et du 2^e Commando. Il lui a dit qu'il ne voulait pas avoir les mains liées en ce qui concernait le maj Seward, et il a demandé au lcol MacDonald de supprimer des observations critiques au sujet de ce dernier dans une lettre que le lcol MacDonald s'appropriait à envoyer au bgén Beno. Le lcol MacDonald a retranché la mention comme le lcol Morneauult le

LCol MacDonald. Though LCol Morneault was relieved of command almost immediately after this incident, and cannot be held responsible for others' inactions, his direction to LCol MacDonald prevented immediate action from being taken against Maj Seward, and for this he is accountable.

5. On this point, one of the more serious criticisms arising from Stalwart Providence was that the three commandos operated independently without the cohesion required of a regimental unit. Cohesion develops in accordance with clear training direction issued from the CO, and is ensured only when the CO personally supervises the execution of that direction. LCol Morneault did neither. [Emphasis added.]

[30] The Motions Judge found that reasonable notice had not been given of many of the matters cited by the Commission in these Chapter 35 findings. She noted further, at paragraph 46 [page 267] of her reasons, that most of the negative comments concerning the respondent's conduct "originated with one person, a person whose version of events conflicted with his own", and that the comments were repeated by others. "In those circumstances", she added, "the applicant would have great difficulty knowing, in the absence of specific notice, which of the statements concerning his conduct the Commission was treating seriously".

[31] I must respectfully disagree that the respondent was not given reasonable notice of these findings. It is to be recalled that Commission counsel's letter of January 31, 1997, as amplified by his letter of February 11, 1997, sets forth a general allegation that the respondent had "exercised poor and inappropriate leadership in the pre-deployment phase of the Somalia mission" by failing, *inter alia*:

. . . to adequately organize, direct and supervise the training preparations of the Canadian Airborne Regiment during the period from the receipt of the Warning Order for Operation Cordon until [he was] relieved of command;

lui avait demandé, et aucune mesure n'a été prise par la suite pour corriger les graves lacunes en matière de leadership que le lcol MacDonald avait relevées au sein du 2^e Commando. Bien que le lcol Morneault ait été relevé de son commandement presque immédiatement après cet incident et ne puisse être tenu responsable de l'inaction d'autres personnes, la directive qu'il a donnée au lcol MacDonald a empêché la prise immédiate de mesures à l'encontre du maj Seward, ce dont il est responsable.

5. À ce propos, une des critiques les plus sévères faites au sujet de l'exercice «Stalwart Providence» a été que les trois commandos avaient fonctionné indépendamment les uns des autres, sans la cohésion que doit avoir un régiment. La cohésion se crée lorsque le commandant imprime une orientation claire à l'entraînement et n'est assurée que lorsqu'il supervise personnellement l'exécution de cette orientation. Le lcol Morneault n'a fait ni l'un ni l'autre. [Non souligné dans l'original.]

[30] Le juge des requêtes a conclu qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné au sujet d'un grand nombre des questions mentionnées par la Commission dans les conclusions précitées. Le juge des requêtes a en outre fait remarquer, au paragraphe 46 [page 267] de ses motifs, que la plupart des commentaires négatifs concernant la conduite de l'intimé «émanaient d'une seule personne, dont la version des événements, d'ailleurs, tranchait avec la sienne» et que les commentaires avaient été répétés par d'autres personnes. Le juge des requêtes a ajouté: «Dans ces circonstances, le requérant trouverait très difficile de savoir, à défaut d'un préavis précis, quelles déclarations concernant sa conduite la Commission examinait de près.»

[31] Avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire que l'intimé n'a pas reçu un préavis suffisant de ces conclusions. Il faut se rappeler que dans sa lettre du 31 janvier 1997, telle qu'elle est précisée dans la lettre du 11 février 1997, l'avocat de la Commission énonce une allégation générale, à savoir que l'intimé avait [TRADUCTION] «fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie» en négligeant entre autres:

[TRADUCTION]

[. . .] d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment aéroporté du Canada pendant la période allant de la réception de l'ordre d'avertissement en vue de l'opération «Cordon» jusqu'au moment où [il avait] été relevé de son commandement;

... in his duty as a Commanding Officer, as defined in Queen's Regulations and Orders, art. 4.20, and in military custom.

[32] These allegations were clearly the prime focus of the Commission's findings in Chapter 35. That training of the regiment while the respondent was its Commanding Officer was the Commission's predominant concern is made plain at the beginning of the chapter, where the Commission stated:³

As the Commanding Officer (CO) of the Canadian Airborne Regiment (CAR) until October 23, 1992, LCol Morneault bore primary responsibility to ensure that training was conducted appropriately during that time with regard to factors relevant to a peacekeeping mission. Training is fundamental to deployment preparations and is the principal activity through which leadership is exercised, attitudes conveyed, and operational readiness ascertained. Those who bear responsibility for training are therefore expected to pay particular attention to its proper supervision, ensuring that the conduct of training is adequate and appropriate, and that its progression follows a carefully articulated plan.

With respect to the applicability of article 4.20 [of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994) Revision)] and military custom, the Commission wrote:⁴

Given our findings above concerning the leadership failures of LCol Morneault, and in view of the importance of control and supervision of training for overseas missions, we conclude that LCol Morneault failed as a commander.

[33] As early as September 22, 1995, the respondent was put on formal notice that the Commission would investigate the "suitability of the regiment" for service in Somalia, its "readiness", the "screening of officers and non-commissioned officers", the "appropriateness of training objectives and standards" and "effectiveness of decisions and actions taken during the training period prior to deployment", and the "state of discipline". The particularized notice of January 31, 1997, as we have seen, laid primary emphasis on the adequacy of "training preparations" for the Somalia assignment. It was followed by the letter of

[. . .]

[. . .] [son] devoir de commandant, tel qu'il est défini à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires.

[32] De toute évidence, les conclusions que la Commission a énoncées au chapitre 35 étaient principalement axées sur ces allégations. Le fait que la formation du régiment, pendant qu'il était sous le commandement de l'intimé, constituait la préoccupation primordiale de la Commission ressort clairement du début du chapitre, où la Commission a dit ce qui suit³:

Il incombait principalement au lcol Morneault, en sa qualité de commandant du Régiment aéroporté du Canada (RAC) jusqu'au 23 octobre 1992, de veiller à ce que les troupes reçoivent durant cette période une formation adéquate tenant compte des facteurs propres à une mission de maintien de la paix. La formation revêt une importance fondamentale dans les préparatifs de déploiement, et elle constitue la principale activité par laquelle on exerce un leadership, on transmet des attitudes et on vérifie l'état de préparation opérationnelle. On attend donc des responsables de la formation qu'ils portent une attention particulière à sa bonne supervision, en s'assurant qu'elle est assurée de façon adéquate et appropriée et que sa progression suit un plan soigneusement établi.

En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 4.20 [des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994)] et les coutumes militaires, la Commission a dit ce qui suit⁴:

Compte tenu des constatations exposées ci-dessus au sujet des lacunes de leadership du lcol Morneault, et vu l'importance du contrôle et de la supervision de la formation en vue de missions à l'étranger, nous concluons que le lcol Morneault a manqué à son devoir de commandant.

[33] Dès le 22 septembre 1995, l'intimé a officiellement été avisé que la Commission enquêterait sur l'«aptitude du régiment» à servir en Somalie, sur son «état de préparation», sur la «sélection des officiers et des militaires du rang», sur l'«à-propos des objectifs et des normes d'entraînement», sur l'«efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement» et sur l'«état de la discipline». Comme nous l'avons vu, l'avis détaillé du 31 janvier 1997 était principalement axé sur le caractère adéquat des «préparatifs de la formation» aux fins de la mission en Somalie. Il a été

February 11, 1997, which contained additional details of alleged misconduct as particularized in the January 31, 1997 letter with respect to the adequacy of “training preparations” and performance of the duty imposed by article 4.20 of the QR&O and by military custom.

[34] In my view, when the findings in issue are viewed in their immediate contexts and the entire context of Chapter 35, it cannot be said that the respondent was denied procedural fairness due to lack of reasonable notice. It seems to me that the findings were well within the scope of the notice and of the Commission’s mandate. I am satisfied in all of the circumstances that the respondent was given reasonable notice in accordance with section 13 of the *Inquiries Act*. The respondent was present in person or by counsel throughout all of the evidentiary hearings into the pre-deployment phase, was provided in advance with a summary of what other witnesses intended to say on the stand, had access to all of the documentary evidence, had the right to examine and cross-examine witnesses and to apply to call witnesses of his own, was prepared by Commission counsel prior to testifying, was given the opportunity to, and did, present oral submissions and written submissions before the findings in issue were made. The written submissions, running to some 117 pages, addressed in much detail the issues of training and discipline within the regiment. In my view, all of these factors are relevant in considering whether the respondent was given reasonable notice. They, together with the section 13 notice, made the respondent aware of the substance of the case against him such that nothing that the Commission found could have caught him by surprise: see *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1962] S.C.R. 294, at page 316.

Reviewability of Commission’s findings

[35] The respondent next attacks specific findings made in Chapter 35 on the basis that they are not

suivi de la lettre du 11 février 1997, qui renfermait des détails additionnels à ceux donnés au sujet de la faute imputée dans la lettre du 31 janvier 1997, en ce qui concerne le caractère adéquat des «préparatifs de la formation» et le respect de l’obligation imposée par l’article 4.20 des ORFC et par les coutumes militaires.

[34] À mon avis, lorsque les conclusions en question sont considérées dans leurs contextes immédiats et dans le contexte entier du chapitre 35, on ne saurait dire que l’équité procédurale n’a pas été respectée parce qu’aucun préavis suffisant n’a été donné à l’intimé. Il me semble que la portée de l’avis et du mandat de la Commission permet fort bien ces conclusions. Eu égard à toutes les circonstances, je suis convaincu que l’intimé a reçu un préavis suffisant conformément à l’article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. L’intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales sur la phase antérieure au déploiement, il a obtenu à l’avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l’intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire, il a eu le droit d’interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l’autorisation de citer ses propres témoins, l’avocat de la Commission l’a préparé avant qu’il témoigne, il a eu la possibilité de présenter des observations orales et des observations écrites avant que les conclusions en question soient tirées et il s’est effectivement prévalu de cette possibilité. Les observations écrites, soit environ 117 pages, traitaient d’une façon fort détaillée des questions de formation et de discipline au sein du régiment. À mon avis, tous ces facteurs sont pertinents lorsqu’il s’agit de déterminer si l’intimé a reçu un préavis suffisant. Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l’article 13 ont permis à l’intimé de prendre connaissance de la substance de la preuve présentée contre lui de sorte qu’aucune des conclusions tirées par la Commission n’a pu le prendre par surprise: voir *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1961] R.C.S. 294, à la page 316.

Possibilité d’examiner les conclusions de la Commission

[35] L’intimé conteste ensuite les conclusions particulières qui figurent au chapitre 35 pour le motif

supported by the record. The Motions Judge agreed and declared them invalid. These findings are conveniently summarized by the Motions Judge in her reasons [at paragraphs 40-41, pages 265-266]:

I turn then to a summary of the findings against Lieutenant-Colonel Morneau set out in chapter 35 of the Commission's Report. The relevant portion of the text starts with the statement that Lieutenant-Colonel Morneau failed to meet his important responsibilities with respect to training because he failed to inculcate in his commandos, through the design of an appropriate training plan and through adequate direct supervision, an attitude suitable to a peacekeeping mission. The Report then states that: he spent insufficient time directly supervising the troops; the content of the training plan was too focussed on general purpose combat skills with an inappropriate level of aggression; he ought to have known that a broad knowledge base was required; he had been warned several times about the inappropriate level of aggression in the training but had not corrected this; he had not removed Major Seward as officer commanding of 2 Commando when he had been told that that officer was not fit to command the unit; he had prevented immediate action being taken against the officer.

The second basis for the Commission's finding of misconduct with respect to training set out in the Report is that Lieutenant-Colonel Morneau failed to adequately instruct his OCs on the aim, scope, and objectives of the training they were to conduct, and failed to include a proper statement of these in the training plan he designed; he should have known that a written statement clearly establishing priorities within an overall training concept is an important feature of training direction; the cohesiveness within the Regiment suffered as a result of this absence; he failed to make every effort to draw his unit together as a cohesive whole.

[36] Two discrete issues are raised in this connection. The first is whether the Motions Judge erred in concluding that she had jurisdiction to review the findings because they were "decisions" within the meaning of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act* and, second, whether she erred in determining that the findings were not supported by the Inquiry's record.

qu'elles ne sont pas étayées par le dossier. Le juge des requêtes était d'accord et les a déclarées non valides. Le juge des requêtes a résumé ces conclusions d'une façon fort utile dans ses motifs [aux paragraphes 40 et 41, pages 265 et 266]:

Je passe maintenant au résumé des conclusions énoncées au chapitre 35 du Rapport de la Commission qui sont défavorables au lieutenant-colonel Morneau. La partie pertinente du texte commence par la déclaration selon laquelle le lieutenant-colonel Morneau ne s'était pas acquitté de ses importantes responsabilités relatives à la formation parce qu'il n'avait pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix. Le Rapport affirme ensuite qu'il n'avait pas consacré suffisamment de temps à la supervision directe; que la formation était beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comportait un degré d'agressivité incompatible avec la mission; qu'il aurait dû savoir que la mission nécessitait des connaissances plus étendues; qu'il avait été averti à plusieurs reprises que la formation était empreinte de trop d'agressivité, mais qu'il n'avait pas corrigé cette déficience; qu'il n'avait pas relevé le major Seward de son poste de commandant du 2^e Commando lorsqu'on l'avait averti que ce dernier n'était pas apte à commander l'unité et qu'il avait empêché que des mesures immédiates soient prises contre cet officier.

Le deuxième motif à l'appui de la conclusion d'inconduite tirée par la Commission relativement à la formation et énoncé dans le Rapport est que le lieutenant-colonel Morneau n'avait pas instruit convenablement ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l'entraînement qu'ils devaient donner et n'a pas inclus d'énoncé convenable de ces points dans son plan d'entraînement. Il aurait dû savoir aussi qu'un ordre écrit établissant les priorités dans un concept de formation global est un élément important de l'orientation de l'entraînement. Comme il ne l'avait pas fait, il n'est pas étonnant qu'il y ait eu un manque de cohésion entre les sous-unités du RAC. Il n'avait pas déployé tous les efforts possibles pour assurer la cohésion de son unité.

[36] Deux questions distinctes sont soulevées à cet égard. Il s'agit de savoir, en premier lieu, si le juge des requêtes a commis une erreur en concluant avoir compétence pour examiner les conclusions parce qu'il s'agissait de «décisions» au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et, en second lieu, si le juge des requêtes a commis une erreur en déterminant que les conclusions n'étaient pas étayées par le dossier de l'enquête.

[37] The issue of reviewability is certainly novel and not without some difficulty. Although the Motions Judge found that the Chapter 35 findings were “decisions” that were amenable to review under paragraph 18.1(4)(d), the whole of the section should be examined not only so as to assist in the interpretation of that paragraph but because it was invoked by the respondent in his application for judicial review.

[38] Section 18.1 reads:

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or

[37] La question de la possibilité d’effectuer un examen est à coup sûr nouvelle; il s’agit pour le moins d’une question épineuse. Le juge des requêtes a conclu que les conclusions tirées au chapitre 35 étaient des «décisions» susceptibles d’être examinées en vertu de l’alinéa 18.1(4)d), mais il faudrait examiner toute la disposition non seulement afin de faciliter l’interprétation de cet alinéa, mais aussi parce que l’intimé l’a invoquée dans sa demande de contrôle judiciaire.

[38] L’article 18.1 est rédigé comme suit:

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l’objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l’office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu’un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l’expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir ou dont il a retardé l’exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l’office fédéral, selon le cas:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer;

b) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou d’équité procédurale ou toute autre procédure qu’il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou

without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

(5) Where the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Trial Division may

(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or order, make an order validating the decision or order, to have effect from such time and on such terms as it considers appropriate.

[39] The Motions Judge noted that the procedure adopted by the Commission in investigating the alleged misconduct was similar to that which applies in a court of law, and that this supported an argument that the findings were “decisions” reviewable under paragraph 18.1(4)(d). Her analysis on the point appears in paragraph 52 [page 269] of her reasons, where she stated:

The procedure followed by the Commission for the purpose of its volume 4 findings has many similarities to that followed in a court: the proceedings are all held in public; the individuals are answering “charges of misconduct”; the individuals are allowed to call at least some witnesses; they are given an opportunity to make submissions; the outcome is either a dismissal of the “charge” or a finding of misconduct against the individual. This is a quasi-judicial decision-making process. In addition, the Commission’s findings of individual misconduct against named individuals can have grave consequences for the reputations and careers of those individuals. To hold that decisions arising out of such a process are not reviewable under paragraph 18.1(4)(d) would be completely contrary to the whole purpose of judicial review and its development as a remedy in the law.

[40] The issue, in my view, resolves itself into one of statutory construction. It is not clear, however, that similarities in procedure by itself affords a reliable basis for concluding that the findings in issue are “decisions” reviewable under paragraph 18.1(4)(d). This Court has been called upon on many occasions to construe the phrase “decision or order . . . required by

arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d’agir en raison d’une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Section de première instance peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu’en l’occurrence le vice n’entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l’ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu’elle estime indiquées.

[39] Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie en enquêtant sur la faute imputée était semblable à celle qui s’applique dans une cour de justice et que cela étayait l’argument selon lequel les conclusions étaient des «décisions» susceptibles d’être examinées en vertu de l’alinéa 18.1(4)d). Son analyse sur ce point figure au paragraphe 52 [page 269] de ses motifs et est exposée comme suit:

La procédure que la Commission a suivie pour les fins de ses conclusions figurant au volume 4 comporte de nombreux points de similitude avec celle que suit un tribunal judiciaire: les travaux se déroulent en public, les personnes répondent à des «accusations de faute» portées à leur endroit, elles ont le droit de citer au moins quelques témoins, l’occasion leur est donnée de faire des observations écrites, l’issue étant soit le rejet de l’«accusation» ou une conclusion d’inconduite à leur égard. Il s’agit d’un processus décisionnel quasi judiciaire. En outre, les conclusions de la Commission imputant des fautes à des personnes nommément désignées peuvent entraîner des conséquences graves sur leur réputation et leur carrière. Conclure que des décisions qui découlent d’un tel processus ne sont pas susceptibles de contrôle en vertu de l’alinéa 18.1(4)d) serait tout à fait contraire à l’objet même du contrôle judiciaire et à son développement en tant que recours en droit.

[40] À mon avis, il s’agit d’une question d’interprétation de la loi. Toutefois, il n’est pas clair que les similitudes qui existent sur le plan de la procédure constituent en tant que telles un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des «décisions» susceptibles d’être examinées en vertu de l’alinéa 18.1(4)d). Notre Cour a eu à maintes

law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal” in section 28 of the Act as it read prior to the 1990 amendments. As has been pointed out in D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at paragraph 2:4420, note 376, “initially the Court restricted the term to ‘final’ decisions or orders, and to those that the tribunal was expressly charged by its enabling legislation to make” but, subsequently, the scope of section 28 was “broadened to include a decision that was fully determinative of the substantive rights of the party, even though it may not be the ultimate decision of the tribunal”. Indeed, a recommendation to a Minister of the Crown by an investigative tribunal which by reasonable expectation would lead to a deportation, has been considered reviewable under section 28: *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] 4 F.C. 624 (C.A.).

[41] I must confess to some difficulty in viewing the findings in issue as “decisions” within the meaning of the section. The decision in *Krever*, *supra*, [at paragraph 34, page 460] suggests that the contrary may be true for, as has been seen, the findings of a commissioner under the *Inquiries Act* “are simply findings of fact and statements of opinion” that carry “no legal consequences”, are “not enforceable” and “do not bind courts considering the same subject matter”. In an earlier case, *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631, at page 636, it was held that the “opinion” required of the Public Service Commission under paragraph 21(b) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, was not a “decision or order” that was amenable to judicial review by this Court under section 28. I must, however, acknowledge the force of the argument the other way, that the review of findings like those in issue is available on the ground afforded by paragraph 18.1(4)(d) despite their nature as non-binding opinions, because of the serious harm that might be caused to

reprises à interpréter l’expression «décision ou ordonnance [. . .] résultant d’un processus [. . .] ayant légalement [un] caractère judiciaire ou quasi judiciaire—rendue par un office fédéral ou à l’occasion de procédures en cours devant cet office» figurant à l’article 28 de la Loi tel qu’il était libellé avant d’être modifié en 1990. Comme l’ont signalé D. J. M. Brown et J. M. Evans, dans l’ouvrage intitulé: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, édition en feuilles mobiles (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), au paragraphe 2:4420, note 376: [TRADUCTION] «La Cour a initialement restreint la portée de l’expression aux décisions ou ordonnances “définitives” et aux décisions ou ordonnances que l’office était expressément chargé de rendre en vertu de sa loi habilitante», mais la portée de l’article 28 a par la suite été [TRADUCTION] «élargie de façon à inclure une décision qui déterminait pleinement les droits fondamentaux de la partie, même si la décision de l’office n’était peut-être pas définitive». En fait, une recommandation faite à un ministre par un tribunal d’enquête qui devait normalement entraîner une expulsion a été considérée comme susceptible d’être examinée en vertu de l’article 28: *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, [1999] 4 C.F. 624 (C.A.).

[41] Je dois admettre qu’il m’est difficile de considérer les conclusions en cause comme des «décisions» au sens de la disposition. La décision qui a été rendue dans l’affaire *Krever*, précitée, [au paragraphe 34, page 460] laisse entendre que le contraire peut être vrai car, comme nous l’avons vu, les conclusions tirées par un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes* «sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions» qui n’entraînent «aucune conséquence légale»; elles «ne sont pas exécutoires» et elles «ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet». Dans un arrêt antérieur, *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631, à la page 636, il a été statué que l’«avis» que la Commission de la fonction publique devait exprimer en vertu de l’alinéa 21b) de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, n’était pas une «décision ou ordonnance» qui pouvait faire l’objet d’un contrôle judiciaire de la part de notre Cour en vertu de l’article 28. Toutefois, je dois reconnaître la force de l’argument contraire, à

reputation by findings that lack support in the record.

[42] If a ground for granting relief is not available under that paragraph, I have the view that the findings are yet reviewable under the section. Judicial review under section 18.1 is not limited to a “decision or order”. This is clear from subsection 18.1(1) which enables the Attorney General of Canada and “anyone directly affected by the matter” to seek judicial review. It is plain from the section as a whole that, while a decision or order is a “matter” that may be reviewed, a “matter” other than a decision or order may also be reviewed. This Court’s decision in *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.) illustrates the point. It was there held that an application for judicial review pursuant to section 18.1 for a remedy by way of *mandamus*, prohibition and declaration provided for in section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the Act, were “matters” over which the Court had jurisdiction and that the Court could grant appropriate relief pursuant to paragraphs 18.1(3)(a) and 18.1(3)(b). See also *Sweet v. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (F.C.A.); *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.). I am satisfied that the respondent is directly affected by the findings and that they are amenable to review under section 18.1. The findings are exceptionally important to the respondent because of the impact on his reputation. The Court must be in a position to determine whether, as alleged, the findings are not supported by the evidence.

[43] To be reviewable under section 18.1 a “matter” must yet emanate from “a federal board, commission or other tribunal”. Such was the case in *Krause*, *supra*. The phrase “a federal board, commission or other

savoir qu’un contrôle de conclusions telles que celles qui sont ici en cause est possible pour le motif énoncé à l’alinéa 18.1(4)d), et ce, même s’il s’agit d’opinions qui n’ont pas d’effet obligatoire, à cause du tort sérieux que des conclusions non étayées par le dossier pourraient causer à la réputation d’une personne.

[42] S’il n’existe aucun motif justifiant l’octroi d’une réparation en vertu de cet alinéa, je suis néanmoins d’avis que les conclusions en cause peuvent être examinées en vertu de la disposition en question. Le contrôle judiciaire prévu à l’article 18.1 n’est pas limité à «une décision ou une ordonnance». C’est ce qui ressort clairement du paragraphe 18.1(1), qui permet au procureur général du Canada et à «quiconque est directement touché» de solliciter le contrôle judiciaire. Il ressort clairement de la disposition dans son ensemble que, si d’une part une décision ou une ordonnance est une question qui peut être examinée, d’autre part une question autre qu’une décision ou une ordonnance peut également être examinée. C’est ce que montre la décision que notre Cour a rendue dans l’affaire *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Dans cette décision, il a été statué qu’une demande de contrôle judiciaire présentée conformément à l’article 18.1 en vue de l’obtention du bref de *mandamus*, du bref de prohibition et du jugement déclaratoire prévus à l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la Loi, sont des questions sur lesquelles la Cour a compétence et que la Cour peut accorder la réparation appropriée conformément aux alinéas 18.1(3)a) et 18.1(3)b). Voir également *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.); *Devinat c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.). Je suis convaincu que l’intimé est directement touché par les conclusions et que celles-ci peuvent être examinées en vertu de l’article 18.1. Les conclusions sont exceptionnellement importantes pour l’intimé à cause des conséquences qu’elles ont sur sa réputation. La Cour doit être en mesure de déterminer si, comme il a été allégué, les conclusions sont injustifiables compte tenu de la preuve.

[43] Pour pouvoir être examinée en vertu de l’article 18.1, une question doit néanmoins émaner d’un «office fédéral». Tel était le cas dans l’affaire *Krause*, précitée. L’expression «office fédéral» est définie au

tribunal” is defined in subsection 2(1) of the Act to mean “any body or any person having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or power conferred by or under an Act of Parliament. In my view, the Commission falls within the scope of that definition, for it derived its mandate from the March 20, 1995 Order in Council as subsequently amended and its detailed investigatory powers and power to make findings of misconduct from the *Inquiries Act*: see *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174 (T.D.).

[44] If, as I have stated, the findings in issue are reviewable under section 18.1, it would follow that relief may be made available under subsection 18.1(3) provided a ground for granting relief is established under subsection 18.1(4). If the findings are not “decisions or orders” no ground for review is available under paragraph 18.1(4)(d) or 18.1(4)(c). The appellant suggested in argument that a finding of the Commission that happened to be contrary to the evidence might be reviewed under paragraph 18.1(4)(f), “acted in any other way that was contrary to law”. I have difficulty in accepting this argument in that the intent of the paragraph appears to have been to afford a ground that was not otherwise specifically mentioned in subsection 18.1(4). I leave the point open as I believe that an unsupported finding in Chapter 35 made in exercise of the Commission’s statutory powers falls within the scope of paragraph 18.1(4)(b). While natural justice and procedural fairness are usually associated with the quality of a hearing that ends with a decision or order, it has not been so confined by the case law. Thus, natural justice will be denied if the findings of the tribunal, including those of a commission of inquiry, are not supported by some evidence: *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (P.C.), *per* Lord Diplock, at page 820:

The rules of natural justice that are germane to this appeal can, in their Lordships’ view, be reduced to those two that were referred to by the Court of Appeal of England in *Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore* [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, which was dealing with the

paragraphe 2(1) de la Loi comme s’entendant d’un «Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne [. . .] ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale». À mon avis, la Commission est visée par cette définition, car son mandat lui a été dévolu par le décret du 20 mars 1995, tel qu’il a subséquemment été modifié, et ses pouvoirs d’enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la *Loi sur les enquêtes*: voir *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.).

[44] Si, comme je l’ai dit, les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l’article 18.1, une mesure peut être prise en vertu du paragraphe 18.1(3), à condition qu’un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu du paragraphe 18.1(4). Si les conclusions ne sont pas des «décisions ou des ordonnances», rien ne permet d’effectuer un examen en vertu des alinéas 18.1(4)d) ou 18.1(4)c). L’appelant a soutenu dans ses plaidoiries qu’une conclusion de la Commission qui serait contraire à la preuve pourrait être examinée en vertu de l’alinéa 18.1(4)f), pour le motif que la Commission «a agi de toute autre façon contraire à la loi». Il m’est difficile de retenir cet argument; en effet, cette disposition semble viser un motif qui n’est pas par ailleurs expressément énoncé au paragraphe 18.1(4). Je laisserai la question en suspens car je crois qu’une conclusion non étayée figurant au chapitre 35 qui est tirée par la Commission dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l’alinéa 18.1(4)b). La justice naturelle et l’équité procédurale sont habituellement associées à la qualité d’une audience qui aboutit à une décision ou à une ordonnance, mais la jurisprudence n’a pas ainsi limité la chose. Par ailleurs, la justice naturelle n’est pas respectée si les conclusions de l’office, y compris celles qu’une commission d’enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve: *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (C.P.), lord Diplock, à la page 820:

[TRADUCTION] Les règles de justice naturelle qui sont ici pertinentes peuvent, à notre avis, se résumer aux deux règles que la Cour d’appel d’Angleterre a mentionnées dans l’arrêt *Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore* [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, qui portait sur

exercise of an investigative jurisdiction, though one of a different kind from that which was being undertaken by the judge inquiring into the Mt. Erebus disaster. The first rule is that the person making a finding in the exercise of such a jurisdiction must base his decision upon evidence that has some probative value in the sense described below. The second rule is that he must listen fairly to any relevant evidence conflicting with the finding and any rational argument against the finding that a person represented at the inquiry, whose interests (including in that term career or reputation) may be adversely affected by it, may wish to place before him or would have so wished if he had been aware of the risk of the finding being made.

See Sir William Wade and C. Forsyth, *Administrative Law*, 7th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), at page 540. See also *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 3 F.C. 259 (T.D.), at paragraph 144 [page 315]; compare *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 45 O.R. (2d) 70 (Div. Ct.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. No. 3039 (Div. Ct) (QL).

[45] If the findings in issue are supported by some evidence, the respondent could not really complain that the findings may have harmed his reputation. On the other hand, if there was no evidence to support the findings, the potential harm to the respondent's reputation would be significant. The respondent could not go back to the Commission to have the error corrected. Its mandate has been exhausted. Nor could he appeal an erroneous finding to a court of law. Unless the findings in issue are reviewable under section 18.1, any error that may have been committed could never be corrected and harm that may have been done could never be undone. The respondent would be obliged to live with the harm for the rest of his life regardless of how much damage may have been done to his reputation. This would seem unjust. I concede that these considerations alone are not decisive of the issue of reviewability, but neither are they to be ignored. I am satisfied, however, that a case such as this is indeed reviewable on the ground provided in paragraph 18.1(4)(b) so as to ensure that natural justice has been done and that no unjustified harm is

l'exercice d'une compétence en matière d'enquête, même s'il s'agit d'une compétence différente de celle que le juge qui enquêtait sur le désastre du mont Erebus a assumée. Selon la première règle, la personne qui tire une conclusion dans l'exercice de pareille compétence doit fonder sa décision sur des éléments de preuve qui ont une valeur probante au sens où nous l'entendons ci-dessous. Selon la seconde règle, cette personne doit entendre d'une façon équitable toute preuve pertinente qui va à l'encontre de la conclusion et tout argument rationnel contraire à la conclusion qu'une personne représentée à l'enquête, dont les intérêts (notamment au point de vue de sa carrière ou de sa réputation) peuvent être en jeu, veut ou aurait voulu lui soumettre si elle avait su que cette conclusion serait peut-être tirée.

Voir Sir William Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 7^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1994), à la page 540. Voir également *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1996] 3 C.F. 259 (1^{re} inst.), au paragraphe 144 [page 315]; comparer avec *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 40 O.R. (2d) 70 (C. div.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. n° 3039 (C. div.) (QL).

[45] Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation. D'autre part, si aucun élément de preuve n'étayait les conclusions, le tort qui pourrait être causé à la réputation de l'intimé serait important. L'intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire corriger l'erreur. Le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait. L'intimé serait obligé de subir ces conséquences pour le reste de sa vie, et ce, quel que soit le dommage qui puisse avoir été causé à sa réputation. Cela semblerait injuste. Je concède que ces considérations à elles seules ne règlent pas la question de la possibilité d'effectuer un examen, mais il ne faut pas non plus omettre d'en tenir compte. Toutefois, je suis convaincu qu'une

caused to the respondent's reputation.

The Inquiry's evidentiary record

[46] I turn then to the appellant's argument that the findings in issue are supported by the record. The Motions Judge examined the findings on a standard of patent unreasonableness, although they are findings of a commission of inquiry. Where that standard applies, the Supreme Court has held that "if there is any evidence capable of supporting the decision even though the reviewing court may not have reached the same decision" the decision is not patently unreasonable: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pages 340-341. Given that the findings are those of a commission of inquiry, I prefer to review them on a standard of whether they are supported by some evidence in the record of the inquiry. In *Mahon, supra*, at page 814, Lord Diplock remarked on differences between an investigative inquiry and ordinary civil litigation and went on, at page 820, to lay down the two rules of natural justice in the passage quoted above. He then added, at page 821:

The technical rules of evidence applicable to civil or criminal litigation form no part of the rules of natural justice. What is required by the first rule is that the decision to make the finding must be based on *some* material that tends logically to show the existence of facts consistent with the finding and that the reasoning supportive of the finding, if it be disclosed, is not logically self-contradictory.

[47] I am satisfied from my own examination of the Inquiry's record that it contains some evidence to support each of the findings which the Motions Judge found to be unsupported. I say this even if the evidence may not appear to be wholly consistent for, in the final analysis, it was for the Commission to weigh and assess the evidence of the various witnesses in

affaire telle que celle-ci doit assurément être examinée par la Cour pour le motif énoncé à l'alinéa 18.1(4)b), de façon à garantir le respect de la justice naturelle et à veiller à ce que la réputation de l'intimé ne soit pas ternie d'une façon injustifiée.

Le dossier testimonial de l'enquête

[46] J'examinerai maintenant l'argument de l'appellant selon lequel les conclusions en cause sont étayées par le dossier. Le juge des requêtes a examiné les conclusions selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, même s'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête. La Cour suprême a statué que, lorsque cette norme s'applique, la décision n'est pas manifestement déraisonnable «s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier, même si elle ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la cour chargée de procéder à l'examen»: *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 341. Étant donné qu'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête, je préfère examiner ces conclusions en me demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve versée au dossier de l'enquête. Dans l'arrêt *Mahon*, précité, à la page 814, lord Diplock a noté les différences qui existent entre une enquête et un litige civil ordinaire et, à la page 820, il a énoncé les deux règles de justice naturelle mentionnées dans le passage précité. Il a ensuite ajouté ce qui suit, à la page 821:

[TRADUCTION] Les règles techniques de preuve applicables aux litiges civils ou criminels ne font pas partie des règles de justice naturelle. La première règle exige que la décision de tirer la conclusion en question soit fondée jusqu'à un certain point sur *des* éléments qui tendent logiquement à montrer l'existence de faits compatibles avec la conclusion et que le raisonnement qui est fait au sujet de la conclusion, s'il doit être divulgué, ne soit pas en bonne partie contradictoire en soi.

[47] L'examen du dossier de l'enquête que j'ai moi-même effectué me convainc que le dossier renferme des éléments de preuve suffisants à l'appui de chacune des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayée, et ce, même si la preuve ne semble peut-être pas tout à fait cohérente car, en fin de compte, il incombait à la Commission, en tirant ses conclusions

coming to its findings of fact. It scarcely requires mention that such is not an easy task in the best of circumstances, and certainly not here where the sense of frustration with some of the testimony is made readily apparent in the Report. In my view, therefore, it is surely not the proper function of a reviewing Court to assume the role of the Commissioners by reweighing and reassessing the evidence that is here in dispute.

[48] As to the first of these findings, the respondent testified that “of the time available to me, I think it is 15 per cent of my time, 15 to 20 per cent of my time supervising training”.⁵ This evidence and other evidence on the point are discussed in the respondent’s written submissions, at paragraphs 165-173.⁶ The finding that the time spent was “insufficient” would appear to represent the conclusion or opinion the Commission arrived at on the basis of the facts found.⁷ Then a finding is made that the respondent knew or ought to have known that a peacekeeping mission “requires a broader knowledge base than normal general purpose combat training permits”. There is evidence to the effect that a peacekeeping mission involves a “completely different mind set”⁸ and that too little “mission-specific training” had been given to the soldiers during the pre-deployment phase.⁹ The finding that the respondent allowed 2 Commando “to train in a manner far too focussed on general purpose combat skills, and with the level of aggression not in keeping with a peacekeeping mission” would, again, appear to be supported by the record. There was some evidence of general purpose combat training including use of lethal force in 2 Commando that was not compatible with a peacekeeping mission.¹⁰ The finding that the respondent “failed to take Captain Kyle’s criticism of 2 Commando training seriously” appears to have some basis in the evidence.¹¹ So too the finding that a direction given by the respondent to Lieutenant-Colonel MacDonald “prevented immediate action being taken against Major Seward, the officer commanding 2 Commando” and for which the respondent was accountable.¹² Similarly, the finding that the respondent “failed to adequately instruct his OCs on the aim, scope and objective of the training that they were to conduct, and failed to include a proper

de fait, de soupeser et d’apprécier la preuve présentée par les divers témoins. Il va sans dire que, même dans les meilleures circonstances, il ne s’agit pas d’une tâche facile, certainement pas dans ce cas-ci, où le sentiment de frustration à l’égard de certains témoignages est manifeste à la lecture du rapport. Par conséquent, à mon avis, il n’incombe certes pas à la cour qui effectue l’examen de s’attribuer le rôle des commissaires en soupesant et en appréciant de nouveau la preuve qui est ici en cause.

[48] Quant à la première de ces conclusions, l’intimé a témoigné que [TRADUCTION] «sur le temps dont [il] disposai[t], 15 p. 100 du temps, de 15 à 20 p. 100 du temps était consacré à la supervision de la formation»⁵. Ce témoignage et d’autres éléments de preuve portant sur ce point sont examinés dans les observations écrites de l’intimé, aux paragraphes 165 à 173⁶. La conclusion selon laquelle l’intimé [TRADUCTION] «n’a pas consacré suffisamment de temps» semblerait représenter la conclusion ou l’opinion à laquelle la Commission est arrivée en se fondant sur les faits constatés⁷. Il est ensuite conclu que l’intimé savait ou aurait dû savoir qu’une mission de maintien de la paix [TRADUCTION] «nécessit[e] des connaissances plus étendues que l’entraînement général au combat permet d’en donner». Selon certains éléments de preuve, une mission de maintien de la paix fait appel à un [TRADUCTION] «état d’esprit tout à fait différent»⁸ et trop peu de [TRADUCTION] «formation propre à la mission» avait été donnée aux soldats au cours de la phase antérieure au déploiement⁹. La conclusion selon laquelle l’intimé a permis que la formation du 2^e Commando [TRADUCTION] «soit beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comporte un degré d’agressivité incompatible avec une mission de maintien de la paix» semblerait encore une fois être étayée par le dossier. Selon certains éléments de preuve, on avait donné au sein du 2^e Commando un entraînement général au combat, y compris en ce qui concerne l’emploi d’une force mortelle, qui n’était pas compatible avec une mission de maintien de la paix¹⁰. La conclusion selon laquelle l’intimé n’a pas pris au sérieux les critiques formulées par le Capitaine Kyle au sujet de la formation du 2^e Commando semble jusqu’à un certain point fondée sur la preuve¹¹. Il en va de même pour la conclusion selon laquelle une

statement of these in the training plan he designed”, has support in the evidence.¹³ Finally, the findings that the 3 Commando units “operated independently without the cohesion required of a Regimental unit” and that the respondent “failed to make every effort to draw his unit together as a cohesive whole”, has support in the evidence.¹⁴

directive donnée par l’intimé au lieutenant-colonel MacDonald a empêché la prise immédiate de mesures à l’encontre du major Seward, qui commandait le 2^e Commando, directive dont l’intimé était responsable¹². De même, la conclusion selon laquelle l’intimé [TRADUCTION] «n’a pas instruit convenablement ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l’entraînement qu’ils devaient donner et n’a pas inclus d’énoncé convenable de ces points dans son plan d’entraînement» est étayée par la preuve¹³. Enfin, les conclusions selon lesquelles les trois commandos [TRADUCTION] «avaient fonctionné indépendamment les uns des autres, sans la cohésion que doit avoir un régiment» et que l’intimé [TRADUCTION] «n’a pas déployé tous les efforts possibles pour assurer la cohésion de son unité» sont étayées par la preuve¹⁴.

DISPOSITION

[49] I would allow the appeal in part, set aside the order of the Trial Division and substitute a declaration that the general statement quoted above and appearing at pages xxxii-xxxiii of Volume 1 and the general statement quoted above and appearing at page 953 of Volume 4 of the Report do not apply to the respondent. In all other respects I would dismiss the application for judicial review. As the appellant has enjoyed a large measure of success on this appeal, she should have two-thirds of her party and party costs of the appeal.

STRAYER J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

DISPOSITIF

[49] J’accueillerais l’appel en partie, j’infirmerais l’ordonnance de la Section de première instance et j’y substituerai un jugement déclaratoire portant que les déclarations générales susmentionnées figurant aux pages xxxvi à xxxviii du volume 1 et les déclarations générales susmentionnées figurant aux pages 1075 et 1076 du volume 4 du rapport ne s’appliquent pas à l’intimé. À tous les autres égards, je rejetterai la demande de contrôle judiciaire. Étant donné que l’appelant a en bonne partie eu gain de cause dans le présent appel, il devrait avoir droit aux deux tiers des dépens partie-partie de l’appel.

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

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

¹ *Morneault v. Canada (Attorney General)* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 251 (F.C.T.D.).

² Commission Report, Volume 4, at pp. 1030-1031.

³ *Ibid.*, at p. 1029.

⁴ *Ibid.*, at p. 1032.

⁵ Inquiry Transcript, Appeal Book, Vol. IV, at p. 765.

⁶ *Ibid.*, Vol. I, at pp. 190-191.

⁷ *Ibid.*, Vol. IV, at p. 764.

⁸ *Ibid.*, Vol. IV, at p. 918.

¹ *Morneault c. Canada (Procureur général)* (1998), 10 Admin. L.R. (3d) 251 (C.F. 1^{re} inst.).

² Rapport de la Commission, vol. 4, aux p. 1160 à 1162.

³ *Ibid.*, aux p. 1159 et 1160.

⁴ *Ibid.*, à la p. 1162.

⁵ Transcription de l’enquête, dossier d’appel, vol. IV, à la p. 765.

⁶ *Ibid.*, vol. I, aux p. 190 et 191.

⁷ *Ibid.*, vol. IV, à la p. 764.

⁸ *Ibid.*, vol. IV, à la p. 918.

⁹ *Ibid.*, Vol. V, at pp. 953-954, 1112.

¹⁰ *Ibid.*, at pp. 1166-1167; Vol. VI, at p. 1176.

¹¹ *Ibid.*, Vol. V, at pp. 954-955.

¹² *Ibid.*, Vol. VI, at pp. 1182-1183.

¹³ *Ibid.*, Vol. V, at pp. 1131, 1151-1161. See also, at pp. 1113, 1116, 1128, 1129, 1130.

¹⁴ *Ibid.*, Vol. VI, at pp. 1185, 1205, 1208, 1212, 1215; Vol. V, at pp. 1086-1087, 1134-1135.

⁹ *Ibid.*, vol. V, aux p. 953, 954 et 1112.

¹⁰ *Ibid.*, aux p. 1166 et 1167; vol. VI, à la p. 1176.

¹¹ *Ibid.*, vol. V, aux p. 954 et 955.

¹² *Ibid.*, vol. VI, aux p. 1182 et 1183.

¹³ *Ibid.*, vol. V, aux p. 1131 et 1151 à 1161. Voir également les p. 1113, 1116, 1128, 1129 et 1130.

¹⁴ *Ibid.*, vol. VI, aux p. 1185, 1205, 1208, 1212, 1215; vol. V, aux p. 1086 et 1087, 1134 et 1135.

IMM-2208-99

IMM-2208-99

Julio Ernesto Castro Andino (*Applicant*)**Julio Ernesto Castro Andino** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: ANDINO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ANDINO c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**Trial Division, Lutfy A.C.J.—Vancouver, February 9;
Ottawa, June 27, 2000.Section de première instance, juge en chef adjoint
Lutfy—Vancouver, 9 février; Ottawa, 27 juin 2000.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of refugees — Judicial review of danger opinions issued pursuant to Immigration Act, ss. 70(5), 53(1)(a) — Applicant convicted of arson (burning of Indian Band's bighouse) — Request applicant be declared danger to public made in field report containing detailed review of reasons for decision concerning conviction, sentencing — Subsequent headquarters report focussing principally on risk assessment of removal to El Salvador — Application allowed — Field report not balanced in selection of Judge's comments on conviction, sentencing — Duty of fairness required in issuing danger opinion not minimal — Convention refugees benefit from protection against refoulement unless guilty of serious criminality in Canada and, in Minister's opinion, danger to public — Field report not focussing on Judge's comments concerning circumstances (Band's racial bias against applicant) leading to arson — Necessary to assess seriousness of crime in context of likelihood Convention refugee danger to public in Canada — Extent of right to make submissions depending on right at stake — Where Convention refugee to be removed to country where harsh, inhuman treatment may be inflicted, danger opinion affecting in fundamental way individuals' future — Fairness herein requiring opportunity to comment on field, headquarters reports prior to determination whether danger opinion should issue — Outweighing additional burden disclosure to Convention refugees may cause respondent's officials — Errors in field report sufficiently serious that failure to disclose breach of procedural fairness.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire d'avis sur le danger émis en vertu des art. 70(5) et 53(1)a) de la Loi sur l'immigration — Demandeur reconnu coupable d'incendie criminel (incendie de la grande maison d'une bande indienne) — Demande visant à faire déclarer le demandeur un danger pour le public faite dans un rapport d'enquête examinant en détail les motifs de la décision concernant la condamnation et l'imposition de la peine — Rapport ultérieur du siège de la Commission traitant principalement de l'évaluation du risque que posait le renvoi du demandeur au Salvador — Demande accueillie — Rapport d'enquête n'analysant pas de façon équilibrée les remarques du juge au moment de condamner le demandeur et de lui imposer sa peine — L'obligation d'équité que le ministre doit respecter en émettant un avis sur le danger n'est pas minimale — Le réfugié au sens de la Convention bénéficie d'une protection contre le refoulement, à moins qu'il n'ait déjà été reconnu coupable d'un crime grave au Canada et que, selon le ministre, il constitue un danger pour le public — Rapport d'enquête ne portant pas principalement sur les remarques du juge à propos des circonstances (partialité raciale de la Bande contre le demandeur) qui ont mené à l'incendie criminel — Appréciation de la gravité du crime nécessaire dans le contexte de la probabilité que le réfugié au sens de la Convention constitue un danger pour le public au Canada — La mesure dans laquelle l'intéressé aura le droit de faire des observations dépendra du droit en jeu — Lorsque le réfugié au sens de la Convention doit être renvoyé vers un pays où il pourrait subir un traitement cruel et inhumain, l'avis sur le danger a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées — L'équité en l'espèce exigeait que le demandeur ait l'occasion de commenter le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission avant que le représentant du ministre ne tranche la question de savoir si le ministre devait ou non émettre un avis sur le danger — L'équité l'emportait sur tout fardeau supplémentaire que cette communication au réfugié au sens de la Convention pouvait imposer aux fonctionnaires du défendeur — Le rapport d'enquête contenait des erreurs suffisamment graves de sorte que l'omission de le communiquer au demandeur constituait une violation de l'équité procédurale.

This was an application for judicial review of two danger opinions issued by the Minister's delegate. The applicant, a citizen of El Salvador, was determined to be a Convention refugee. In 1998 he was convicted of arson, contrary to *Criminal Code*, section 434 and sentenced to 42 months' imprisonment. The destroyed building was the bighouse of the Namgis Band at Alert Bay, British Columbia. The applicant was notified of the intention to request a ministerial opinion that he was a danger to the public. He filed written submissions prior to an immigration officer making a recommendation that a Minister's opinion be requested that the applicant was a danger to the public pursuant to *Immigration Act*, subsection 70(5) and paragraph 53(1)(a). This request was made in a Danger to the Public Ministerial Opinion Report (the field report), which reviewed in detail the Judge's reasons for decision concerning the applicant's conviction of and sentencing for the arson offence. The subsequent Request for Minister's Opinion (the headquarters report), after briefly noting the Judge's statements concerning the applicant's "unconscionable act" and the necessity that "specific deterrence" must be an element in sentencing, focussed principally on the risk assessment of the applicant's removal to El Salvador, and concluded that the applicant could still face harsh and inhumane treatment upon his return to that country. The Minister's delegate decided that the applicant constituted a danger to the public in Canada. He issued two opinions to that effect, although this application for judicial review was dealt with as if it were directed against a single decision concerning two danger opinions.

The issue was whether the denial of the opportunity for a Convention refugee to reply to the immigration officials' field report and headquarters report, prior to the issuance of the danger opinion determination on the basis of criminality under paragraph 53(1)(a), constituted a breach of the duty of procedural fairness.

Held, the application should be granted.

The immigration officer erred in stating that the Judge, in sentencing applicant upon his arson conviction, had not made a specific comment as to whether he could become a contributing member of society. In fact, the Judge had noted the possibility that the applicant could become a contributing member of society. Furthermore, the Judge noted that the Band had shown significant racial bias against the applicant, which had been a factor in motivating him to commit the crime. None of these contextual comments was referred to in the field report, which was therefore not balanced in its selection of the Judge's comments on conviction and sentencing. Finally, the field report stated that there was no guarantee that the applicant would not

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de deux avis sur le danger émis par le représentant du ministre. Le demandeur, un citoyen du Salvador, s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. En 1998, il a été reconnu coupable d'incendie criminel en vertu de l'article 434 du *Code criminel* et condamné à 42 mois d'emprisonnement. L'édifice détruit était la grande maison de la bande Namgis, qui se trouve à Alert Bay (Colombie-Britannique). Une agente d'immigration a informé le demandeur de son intention de demander au ministre d'émettre un avis selon lequel il constituait un danger pour le public. Le demandeur avait déposé des observations écrites avant que l'agente d'immigration ne recommande que le ministre se dise d'avis que le demandeur constitue un danger pour le public, en application de l'alinéa 53(1)a) et du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*. Cette demande a été faite dans le rapport concernant l'avis du ministre selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public (le rapport d'enquête), qui examinait de façon assez détaillée les motifs de décision du juge concernant la condamnation du demandeur et l'imposition d'une peine à ce dernier quant à l'infraction d'incendie criminel. La demande d'avis du ministre ultérieure (le rapport du siège de la Commission), après avoir brièvement fait état des déclarations du juge au sujet de l'«acte déraisonnable» du demandeur et du fait que la peine devait avoir un «effet dissuasif particulier», a principalement traité de l'évaluation du risque que posait le renvoi du demandeur au Salvador et conclu qu'il serait toujours susceptible de subir un traitement cruel et inhumain à son retour dans ce pays. Le représentant du ministre a conclu que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. Il a émis deux avis à cet effet, mais la présente demande de contrôle judiciaire a été traitée comme si elle visait une seule décision concernant deux avis sur le danger.

La question litigieuse était de savoir si le refus de donner au réfugié au sens de la Convention l'occasion de répondre au rapport d'enquête des fonctionnaires de l'Immigration et au rapport du siège de la Commission, avant qu'un avis sur le danger ne soit émis en vertu de l'alinéa 53(1)a) sur la base de ses antécédents criminels, constituait une violation de l'obligation d'agir de façon équitable.

Jugement: la demande est accueillie.

L'agente d'immigration a commis une erreur lorsqu'elle a dit que le juge n'avait pas expressément déclaré, en déterminant la peine du demandeur après qu'il a été reconnu coupable d'incendie criminel, qu'il était possible que ce dernier devienne un membre valable de la société. En fait, le juge a bel et bien mentionné la possibilité que le demandeur puisse devenir un membre valable de la société. En outre, le juge a souligné que la Bande avait fait preuve d'une grande partialité contre le demandeur sur la base de sa race, ce qui constituait un facteur qui l'avait poussé à commettre le crime. Or, le rapport d'enquête n'a renvoyé à ni l'une ni l'autre de ces remarques contextuelles et, partant, n'a pas analysé de façon équilibrée les remarques du juge au

become involved in any further criminal activity. The appropriate test to submit for a Minister's consideration is not a guarantee as to whether the person will be involved in future crime. Although the errors and omissions in the field report were serious, it was not necessary to determine whether they were "clearly wrong" or "patently unreasonable" given the finding concerning procedural fairness.

As a result of the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, there is an obligation to justify in writing a decision under paragraph 53(1)(a). It has been held that, at least in some cases, the reports relied on by the Minister's delegate should be disclosed to the applicant. This may be so particularly where the interpretation of the information in the field report raises serious questions as to accuracy and completeness. It has also been held that the duty of fairness required in the making of a danger opinion is not simply "minimal"; rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and those whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present relevant evidence and have it fully and fairly considered. The appropriate standard of fairness in the process leading to the issuance of a danger opinion is to share the summary reports, and provide an opportunity to the applicant to respond and to include any response to those summary documents in the material forwarded to the Minister's delegate together with further analysis. The applicant is a Convention refugee who benefits from the protection against *refoulement* unless he is guilty of serious criminality in Canada and, in the opinion of the Minister, is a danger to the public. The field report did not focus on the Judge's comments concerning the circumstances leading to the applicant's commission of arson. Such an analysis would be necessary to assess properly the seriousness of the crime in the context of the likelihood that the applicant would be a danger to the public in Canada. The duty of procedural fairness for a Convention refugee requires more than providing reasons, particularly where he could face harsh and inhuman treatment if returned to his country of origin. The extent of the right to make submissions will depend on the individual's right at stake and the extent to which it may be adversely affected by the decision. The duty of fairness as outlined in *Baker* requires that a Convention refugee who is to be removed to a country where harsh and inhuman treatment may be inflicted should be provided with the opportunity to comment on both the field report and the headquarters report prior to the Minister's delegate determining whether or not a danger opinion should issue. Such a determination affects in a fundamental way the future of individuals' lives. Fairness outweighs any additional burden this disclosure to Convention refugees may cause the respondent's officials in a process under paragraph 53(1)(a).

moment de condamner le demandeur et de lui imposer sa peine. Enfin, le rapport d'enquête disait que rien ne garantissait que le demandeur ne s'adonnerait plus à des activités criminelles. Le critère qu'il convient de soumettre au ministre pour fins d'examen n'est pas une garantie quant à savoir si l'intéressé s'adonnera encore à des activités criminelles. Même si les erreurs et omissions du rapport d'enquête étaient graves, il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si elles rendaient la décision du représentant du ministre «clairement erronée» ou «manifestement déraisonnable», vu la conclusion que la Cour a tirée au sujet de l'équité procédurale.

Vu l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, de la Cour suprême du Canada, il existe une obligation de justifier par écrit une décision fondée sur l'alinéa 53(1)a). Il a déjà été conclu qu'à tout le moins dans certains cas, les rapports sur lesquels le représentant du ministre se fonde devaient être communiqués au demandeur, surtout dans les cas où l'interprétation des renseignements du rapport d'enquête soulève des questions graves quant à leur exactitude et leur caractère exhaustif. En outre, il a déjà été conclu que l'obligation d'équité que le ministre doit respecter en émettant un avis sur le danger n'est pas simplement «minimale»; au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter des éléments de preuve pertinents et de les voir évalués de façon complète et équitable. La norme qu'il convient d'appliquer en matière d'équité dans le processus menant à l'avis sur le danger consiste à communiquer les rapports récapitulatifs au demandeur et lui donner l'occasion d'y répondre, et, par la suite, à inclure toute réponse à ces rapports dans les documents envoyés au représentant du ministre, sans analyse autre que celle que le représentant a faite. Le demandeur est un réfugié au sens de la Convention qui bénéficie d'une protection contre le *refoulement*, à moins qu'il n'ait déjà été reconnu coupable d'un crime grave au Canada et que, selon le ministre, il constitue un danger pour le public. Le rapport d'enquête n'a pas dirigé son attention sur les remarques du juge à propos des circonstances qui ont mené à l'incendie criminel que le demandeur a allumé. Une telle analyse serait nécessaire pour convenablement apprécier la gravité du crime quant à la probabilité que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada. L'obligation d'agir de façon équitable à l'égard d'un réfugié au sens de la Convention exige davantage que le simple fait d'exposer des motifs; cela est d'autant plus vrai en l'espèce que le demandeur serait susceptible de subir un traitement cruel et inhumain à son retour dans son pays d'origine. La mesure dans laquelle l'intéressé aura le droit de faire des observations dépendra du droit de ce dernier qui est en jeu et de la mesure dans laquelle la décision est susceptible d'y porter atteinte. L'obligation d'équité décrite dans *Baker* exige que le réfugié au sens de la Convention qui doit être renvoyé vers un pays où il pourrait subir un traitement cruel et inhumain ait

Even if the reports considered by the Minister's delegate need not be disclosed for rebuttal in all cases concerning Convention refugees who are subject to a paragraph 53(1)(a) danger opinion, on the facts of this case there were sufficiently serious errors in the field report that the failure to disclose it to the applicant constituted a breach of procedural fairness.

l'occasion de commenter le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission avant que le représentant du ministre ne tranche la question de savoir si le ministre doit ou non émettre un avis sur le danger. Une telle détermination a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées. L'équité l'emportait sur tout fardeau supplémentaire que cette communication au réfugié au sens de la Convention pouvait imposer aux fonctionnaires du défendeur dans le cadre du processus prévu à l'alinéa 53(1)a. Même s'il n'est pas nécessaire de communiquer au réfugié au sens de la Convention les rapports dont le représentant du ministre a tenu compte dans tous les cas où le réfugié fait l'objet d'un avis sur le danger prévu à l'alinéa 53(1)a afin qu'il puisse les réfuter, la Cour a conclu, sur la base des faits de l'affaire, que le rapport d'enquête contenait des erreurs suffisamment graves de sorte que l'omission de le communiquer au demandeur constituait une violation de l'équité procédurale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 264.1(1)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 38; S.C. 1994, c. 44, s. 16), 266, 434 (as am. by S.C. 1990, c. 15, s. 1).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 302.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 53(1)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 1F(b), 32, 33.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 181 (F.C.T.D.); *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619; (1999), 5 Imm. L.R. (3d) 189 (T.D.).

REFERRED TO:

Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 4 F.C. 525; (1998), 148 F.T.R. 296 (T.D.); *Goyal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 159; 9 C.R.R. (2d) 188; 142 N.R. 176 (F.C.A.); *Bulat v. Canada (Treasury Board)* (2000), 252 N.R. 182 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)(a) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 38; L.C. 1994, ch. 44, art. 16), 266, 434 (mod. par L.C. 1990, ch. 15, art. 1).

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb), 32, 33.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 53(1)a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 302.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.); *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619; (1999), 5 Imm. L.R. (3d) 189 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 4 C.F. 525; (1998), 148 F.T.R. 296 (1^{re} inst.); *Goyal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 159; 9 C.R.R. (2d) 188; 142 N.R. 176 (C.A.F.); *Bulat c. Canada (Conseil du Trésor)* (2000), 252 N.R. 182 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté*

Immigration), [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 854 (C.A.) (QL).

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Takkenberg, A. and C. C. Tahbaz (editors). *The Collected Travaux préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1990.

APPLICATION for judicial review of two danger opinions issued against the applicant, a Convention refugee, on the ground that failure to provide the field report and the headquarters report to him for reply submissions prior to consideration by the Minister's delegate constituted a breach of the duty of procedural fairness. Application allowed.

APPEARANCES:

Antya Schrack for applicant.
Kimberly G. Shane for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Antya Schrack, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] LUTFY A.C.J.: The principal issue in this application for judicial review is to determine the extent of the duty of procedural fairness in assessing whether a Convention refugee is a danger to the public in Canada on the basis of serious criminality.

Factual background

[2] In 1993, the applicant Julio Ernesto Castro Andino, a citizen of El Salvador, was determined to

et de l'Immigration), [2000] 2 C.F. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 854 (C.A.) (QL).

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Takkenberg, A. and C. C. Tahbaz (editors). *The Collected Travaux préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees*. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1990.

DEMANDE de contrôle judiciaire de deux avis sur le danger visant le demandeur, un réfugié au sens de la Convention, au motif que l'omission de lui fournir le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission afin qu'il puisse y répondre avant que le représentant du ministre n'examine la question constituait une violation de l'équité procédurale. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Antya Schrack pour le demandeur.
Kimberly G. Shane pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Antya Schrack, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ADJOINT LUTFY: La principale question litigieuse que soulève la présente demande de contrôle judiciaire est de déterminer en quoi consiste l'obligation d'équité procédurale que l'on doit remplir en appréciant si un réfugié au sens de la Convention constitue un danger pour le public au Canada, sur la base d'antécédents criminels graves.

Les faits

[2] En 1993, le demandeur, Julio Ernesto Castro Andino, un citoyen du Salvador, s'est vu reconnaître

be a refugee by the Convention Refugee Determination Division.

[3] On September 9, 1994, the applicant pleaded guilty and was convicted of the following charges: (a) knowingly uttering a threat to cause death or serious bodily harm against Ms. Lillian Patskovski, contrary to paragraph 264.1(1)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 38; S.C. 1994, c. 44, s. 16] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]; and (b) assault against Ms. Patskovski, contrary to section 266 of the Code. The applicant received a sentence of 30 days' imprisonment and one year of probation.

[4] On March 9, 1998, after pleading not guilty, the applicant was convicted of arson, contrary to section 434 [as am. by S.C. 1990, c. 15, s. 1] of the *Criminal Code*. The arson occurred at approximately 7:00 a.m. on August 29, 1997. The destroyed edifice was the bighouse or cultural building of the Namgis Band in Alert Bay, British Columbia. The Judge determined the appropriate sentence to be 42 months less 18 months already served. The applicant was accordingly sentenced to two years less one day incarceration.

[5] On October 23, 1998, an immigration officer in Nanaimo, B.C. notified the applicant of the intention to request a ministerial opinion that he was a danger to the public. The letter of notice stated in part:

If the Minister is of the opinion that you are a danger to the public in Canada under subsection 70(5) of the *Immigration Act*, you will **not** have a right to appeal a deportation order to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board and pursuant to paragraph 53(1)(a) of the Act, you may be removed from Canada to the country from which you have been determined to be a Convention refugee.

[6] On January 25, 1999, after obtaining additional time to do so, counsel for the applicant filed written

le statut de réfugié par la section du statut de réfugié.

[3] Le 9 septembre 1994, il a plaidé coupable d'avoir commis les infractions suivantes: a) sciemment proférer une menace de causer la mort ou de graves lésions corporelles à M^{me} Lillian Patskovski, infraction prévue à l'alinéa 264.1(1)a [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 38; L.C. 1994, ch. 44, art. 16] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]; et b) voies de fait contre M^{me} Patskovski, infraction prévue à l'article 266 du Code. Le demandeur s'est vu imposer une peine d'emprisonnement de 30 jours et une année de probation.

[4] Le 9 mars 1998, le demandeur a été reconnu coupable d'incendie criminel en vertu de l'article 434 [mod. par L.C. 1990, ch. 15, art. 1] du *Code criminel* après avoir plaidé non coupable. L'incendie criminel a eu lieu vers 7 h, le 29 août 1997. L'édifice détruit était la grande maison ou le centre culturel de la bande Namgis, qui se trouve à Alert Bay (Colombie-Britannique). Le juge a déterminé que la peine qu'il convenait d'imposer au demandeur était une peine d'emprisonnement de 42 mois moins les 18 mois au cours desquels il avait déjà été détenu. Le demandeur s'est donc vu imposer une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour.

[5] Le 23 octobre 1998, une agente d'immigration de Nanaimo (C.-B.) a informé le demandeur de son intention de demander au ministre d'émettre un avis selon lequel il constituait un danger pour le public. Voici une partie de la lettre que l'agente d'immigration a envoyée au demandeur:

[TRADUCTION] Si le ministre se dit d'avis que vous constituez un danger pour le public au Canada en application du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, vous **n'aurez pas** le droit de former un appel contre une mesure d'expulsion devant la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et, conformément à l'alinéa 53(1)a de la Loi, vous serez susceptible d'être renvoyé du Canada vers le pays à l'égard duquel vous avez obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention.

[6] Le 25 janvier 1999, après avoir obtenu une prorogation du délai applicable, l'avocate du

submissions that the circumstances did not require the issuance of a danger opinion.

[7] On January 28, 1999, the immigration officer recommended a Minister's opinion be requested that the applicant was a danger to the public pursuant to paragraph 53(1)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43] and subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The immigration officer made this request in her Danger to the Public Ministerial Opinion Report which was prepared in Nanaimo (the field report). I note that the title of the field report refers to both paragraph 53(1)(a) and subsection 70(5), although the immigration officer, apparently inadvertently, only mentioned the latter provision in her conclusion.

[8] On January 29, 1999, the immigration officer's manager concurred with her recommendation.

[9] On February 18, 1999, a reviewing officer signed a Request for Minister's Opinion (the headquarters report), again pursuant to paragraph 53(1)(a) and subsection 70(5) of the Act. The reviewing officer noted that she had reviewed the notification letter with its supporting documents, the submissions presented by the applicant's counsel and the Ministerial Opinion Report prepared by the immigration officer. The Request for Minister's Opinion focussed principally on removal risk considerations. The reviewing officer noted that:

. . . I believe that it is possible that Mr. Castro Andino could still face harsh and inhuman treatment upon his return to El Salvador as a result of his political activities when he lived there. The risks that he represents to the Canadian public must be weighed against his risks upon return to his country of nationality, El Salvador.

[10] On February 19, 1999, a senior analyst in the Case Management Branch concurred in the reviewing

demandeur a déposé des observations écrites selon lesquelles il n'était pas nécessaire, dans les circonstances, d'émettre un avis sur le danger.

[7] Le 28 janvier 1999, l'agente d'immigration a recommandé que l'on demande au ministre de se dire d'avis que le demandeur constitue un danger pour le public, en application de l'alinéa 53(1)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] et du paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. L'agente d'immigration a fait cette demande dans le rapport concernant l'avis du ministre selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public, qu'elle a préparé à Nanaimo (le rapport d'enquête). Je fais remarquer que le titre du rapport d'enquête renvoie à l'alinéa 53(1)a) et au paragraphe 70(5), bien que l'agente d'immigration ait, par inadvertance semble-t-il, mentionné seulement cette dernière disposition dans sa conclusion.

[8] Le 29 janvier 1999, le gestionnaire de l'agente d'immigration a souscrit à sa recommandation.

[9] Le 18 février 1999, une agente de réexamen a signé une demande d'avis du ministre (le rapport du siège de la Commission), encore une fois en vertu de l'alinéa 53(1)a) et du paragraphe 70(5) de la Loi. L'agente de réexamen a mentionné qu'elle avait examiné la lettre que le demandeur avait reçue de même que les documents qui accompagnaient celle-ci, les observations que l'avocate du demandeur avait présentées, et le rapport sur l'avis du ministre que l'agente d'immigration avait préparé. La demande d'avis du ministre traitait principalement de considérations concernant les risques auxquels le demandeur serait exposé s'il était renvoyé du pays. L'agente de réexamen a fait remarquer:

[TRADUCTION] [. . .] j'estime que M. Castro Andino serait toujours susceptible de subir un traitement cruel et inhumain à son retour au Salvador, étant donné les activités politiques qu'il menait alors qu'il vivait là-bas. Les risques auxquels il expose le public au Canada doivent être appréciés en fonction des risques qu'il courrait s'il retournait dans le pays dont il a la nationalité, le Salvador.

[10] Le 19 février 1999, un analyste principal de la Direction générale du règlement des cas a souscrit à la

officer's Request for Minister's Opinion.

[11] On February 23, 1999, the Minister's delegate decided that the applicant constitutes a danger to the public in Canada. He issued two opinions to that effect, one pursuant to subsection 70(5) and the other pursuant to paragraph 53(1)(a) of the Act.

[12] The two danger opinions of the Minister's delegate have been challenged in this application for judicial review. Neither party raised the issue that more than "a single order in respect of which relief is sought", within the meaning of rule 302 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], is the subject-matter of this proceeding. The opening paragraph of the respondent's factum refers to this application for judicial review "from the decision of the Minister's delegate wherein it was determined that the applicant constitutes a danger to the public pursuant to paragraphs [sic] 70(5) and 53(1)(a) of the *Immigration Act*." (Emphasis added.) Accordingly, I propose to deal with this application for judicial review as being one directed at a single decision concerning two danger opinions.

[13] The field report provides the immigration officer's rationale for the danger opinion recommendation. This report reviews, in some detail, the Judge's reasons for decision concerning the applicant's conviction and sentencing of the arson offence. The report also deals with some of the applicant's principal submissions that no danger opinion should issue against him.

[14] The headquarters report, after briefly noting the Judge's statements concerning the applicant's "unconscionable act" and the necessity that "specific deterrence" must be an element in sentencing, focusses principally on the risk assessment of the applicant's removal to El Salvador. Here, the reviewing officer considers the background of the refugee claim and the current country reports in the context of his possible return to El Salvador. As noted earlier, the reviewing

demande de l'agente de réexamen concernant l'avis du ministre.

[11] Le 23 février 1999, le représentant du ministre a conclu que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. Il a émis deux avis à cet effet, l'un fondé sur le paragraphe 70(5), et l'autre, sur l'alinéa 53(1)a) de la Loi.

[12] Ces deux avis du représentant du ministre sont contestés dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Ni l'une ni l'autre partie n'a invoqué l'argument que la présente instance porte sur plus d'«une seule ordonnance pour laquelle une réparation est demandée», au sens de la règle 302 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Au premier paragraphe de son mémoire, le défendeur renvoie à la présente demande de contrôle judiciaire [TRADUCTION] «qui vise la décision du représentant du ministre selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public au sens des paragraphes [sic] 70(5) et 53(1)a) de la *Loi sur l'immigration*». (Non souligné dans l'original.) En conséquence, je me propose de considérer que la présente demande de contrôle judiciaire vise une seule décision concernant deux avis sur le danger.

[13] Le rapport d'enquête fournit le raisonnement sur lequel l'agente d'immigration a fondé sa recommandation au sujet de l'avis sur le danger. Ce rapport examine de façon assez détaillée les motifs de décision du juge concernant la condamnation du demandeur et l'imposition d'une peine à ce dernier quant à l'infraction d'incendie criminel. Le rapport traite également des principaux arguments du demandeur selon lesquels il ne convient pas d'émettre un avis sur le danger à son égard.

[14] Le rapport du siège de la Commission, après avoir brièvement fait état des déclarations du juge au sujet de l'«acte déraisonnable» du demandeur et du fait que la peine devait avoir un «effet dissuasif particulier», a principalement traité de l'évaluation du risque que posait le renvoi du demandeur au Salvador. À cet égard, l'agente de réexamen a examiné le contexte dans lequel s'inscrivait la revendication du statut de réfugié du demandeur de même que les

officer concluded that the applicant could still face harsh and inhuman treatment upon his return to El Salvador.

[15] The applicant now seeks judicial review of the decision of the Minister's delegate.

Analysis

[16] The applicant has two principal submissions in challenging the decision of the Minister's delegate. First, the applicant argues that the field report provides insufficient consideration of a written statement by Lillian Patskovski in which she denies ever having been assaulted by the applicant. In the applicant's view, the field report also materially mischaracterizes the Judge's comments when the applicant was sentenced for the arson conviction. Second, and in any event, the applicant argues that it was a breach of natural justice and procedural fairness not to have forwarded the field report and the headquarters report to him for reply submissions prior to their consideration by the Minister's delegate.

[17] Concerning the first issue, the applicant argues that a letter sent by his victim Lillian Patskovski received only peripheral consideration in the field report. The letter, which purports to deny that the applicant assaulted Ms. Patskovski, is not sufficiently detailed and clear to put into question seriously the applicant's plea of guilty with respect to the assault offences. While the author of the field report might have dealt with this letter at greater extent, her failure to do so does not constitute a reviewable error. I also note that neither of the assault offences would trigger the operation of paragraph 53(1)(a).

[18] The applicant also challenges the following statement found in the field report: "It should be noted

rapports concernant la situation qui règne présentement au Salvador, au regard d'un éventuel retour de ce dernier dans ce pays. Comme il a déjà été souligné, l'agente de réexamen a conclu que le demandeur serait toujours susceptible de subir un traitement cruel et inhumain à son retour au Salvador.

[15] Le demandeur cherche à obtenir, dans le cadre de la présente instance, le contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre.

Analyse

[16] Le demandeur fait principalement valoir deux arguments pour contester la décision du représentant du ministre. Premièrement, il soutient que le rapport d'enquête n'a pas suffisamment tenu compte d'une déclaration écrite de Lillian Patskovski dans laquelle elle nie avoir jamais été agressée par le demandeur. Le demandeur s'est également dit d'avis que le rapport d'enquête avait considérablement dénaturé les remarques que le juge avait faites lorsqu'il l'avait reconnu coupable d'incendie criminel. Deuxièmement, le demandeur soutient que, de toute façon, l'omission de lui faire parvenir le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission pour qu'il puisse les commenter avant qu'ils ne soient examinés par le représentant du ministre constituait une violation de la justice naturelle et de l'équité procédurale.

[17] En ce qui concerne la première question, le demandeur fait valoir qu'une lettre que sa victime, Lillian Patskovski, a envoyée n'a été considérée que de façon secondaire dans le rapport d'enquête. La lettre, dans laquelle il est prétendu que le demandeur n'a pas agressé M^{me} Patskovski, n'est pas suffisamment détaillée et claire pour que l'on doute vraiment du bien-fondé du plaidoyer de culpabilité de ce dernier en ce qui concerne les accusations d'agression. Même si l'auteur du rapport d'enquête aurait pu traiter davantage de cette lettre, son omission à cet égard ne constitue pas une erreur susceptible de contrôle. Je fais également remarquer que ni l'une ni l'autre accusation d'agression n'entraîne l'application de l'alinéa 53(1)(a).

[18] Le demandeur conteste également le passage suivant du rapport d'enquête: [TRADUCTION] «Il

that the judge did not make a specific comment that Mr. Castro Andino could or could not become a contributing member of society.” In fact, the Judge did note the possibility that the applicant could become a contributing member of society:

Further in Mr. Castro-Andino’s favour is his conduct as a “father” to the children of Ms. Patskovski. This suggests that, in accordance with the philosophy of s. 718, there is a possibility that Mr. Castro-Andino will become a contributing member of society upon his release from prison.

In my view, the immigration officer erred in wrongly characterizing the Judge’s statement that the applicant could possibly become a contributing member of society.

[19] Further, the trial Judge compared the role of the applicant and Ms. Patskovski as parents. He also noted the attitude of those who were the victims of the applicant’s act of arson, without excusing his conduct. In the Judge’s words:

Unfortunately, the Band showed significant racial bias against Mr. Andino and this continued at all times relevant to this case. Generally speaking, the Band rejected Mr. Andino as a person with whom they wanted to associate and he was given clear notice of this by some members. This rejection was not on the basis of lack of merit in the person of Mr. Andino, but rather because he was a non-native on native land.

...

Here was a man who had been a better “parent” than had the mother. Yet, apparently because of his origins, he was unacceptable to the Band.

...

It will now be up to the community to look inward and consider whether or not its actions were not a contributing factor in the loss of a significant portion of their heritage.

In his sentencing comments, the Judge found that “the manner in which Mr. Castro-Andino was treated by some members of the native community was a factor in motivating him to commit the crime.” None of these contextual comments of the Judge concerning

convient de souligner que le juge n’a pas expressément dit que M. Castro Andino était ou n’était pas susceptible de devenir un membre valable de la société». En fait, le juge a bel et bien mentionné la possibilité que le demandeur puisse devenir un membre valable de la société:

[TRADUCTION] La conduite de M. Castro-Andino en tant que «père» des enfants de M^{me} Patskovski lui est également favorable, ce qui laisse entrevoir, conformément à la philosophie de l’art. 718, une possibilité que M. Castro-Andino devienne un membre valable de la société, après sa libération.

À mon avis, l’agente d’immigration a commis une erreur lorsqu’elle a dénaturé la déclaration du juge qu’il était possible que le demandeur devienne un membre valable de la société.

[19] En outre, le juge du procès a comparé le rôle du demandeur et celui de M^{me} Patskovski en tant que parents. Il a également souligné l’attitude des victimes de l’incendie criminel dont le demandeur a été reconnu coupable, sans toutefois l’excuser de sa conduite. Il a dit:

[TRADUCTION] Malheureusement, la Bande a fait preuve d’une grande partialité contre M. Andino sur la base de sa race, et ce pendant toute la période pertinente en ce qui concerne la présente affaire. De façon générale, la Bande a décidé qu’elle ne souhaitait pas fréquenter M. Andino, ce que certains membres lui ont clairement dit. Ce rejet n’était pas fondé sur le fait que M. Andino était une personne fondamentalement indésirable, mais plutôt sur le fait qu’il était une personne non autochtone se trouvant sur des terres autochtones.

[. . .]

Il s’agit d’un homme qui a été un meilleur «parent» que la mère elle-même. Pourtant, la Bande ne pouvait l’accepter, semble-t-il, en raison de ses origines.

[. . .]

Il incombera maintenant à la collectivité de faire un examen de conscience et de déterminer si ses actes ont contribué ou non à la perte d’une partie importante de son patrimoine.

Dans les remarques qu’il a faites au moment d’imposer la peine au demandeur, le juge a conclu que [TRADUCTION] «la façon dont M. Castro-Andino a été traité par certains membres de la collectivité autochtone constituait un facteur qui l’avait poussé à

the racial bias directed against the applicant was referred to in the field report, although the immigration officer quoted at some length the Judge's negative comments concerning credibility and motive. The field report is not balanced in its selection of the Judge's comments on conviction and sentencing.

[20] There is another statement in the field report which is of some concern, although not raised by counsel. In the immigration officer's report, she states: "There is no guarantee that he will not become involved in any further criminal activity." It is not apparent that the appropriate test to submit for a Minister's consideration is the guarantee as to whether the person will be involved in further crime and thereby constitute a danger to the public.

[21] In my view, the errors and omissions in the field report are serious. However, in view of my conclusion concerning the applicant's second principal submission concerning procedural fairness, it is not necessary for me to decide whether these errors and omissions render the decision of the Minister's delegate either "clearly wrong" or "patently unreasonable".

[22] The applicant's second submission is that neither the field report nor the headquarters report was made available to him prior to the decision of the Minister's delegate. In the applicant's view, these discrepancies could have been brought to the attention of the Minister's delegate if he had been afforded an opportunity to do so. According to the applicant, the principles of procedural fairness require that these reports be disclosed to allow a rebuttal with respect to any perceived mischaracterizations by the respondent's officials, prior to the Minister's delegate forming any decision concerning the issuance of the danger opinion.

[23] Pursuant to Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July

commettre le crime». Or, le rapport d'enquête n'a renvoyé à ni l'une ni l'autre de ces remarques contextuelles que le juge a faites au sujet du racisme dont le demandeur a été victime, bien que l'agente d'immigration ait cité de façon assez détaillée les remarques défavorables que le juge a faites en matière de crédibilité et de mobile. Le rapport d'enquête n'analyse pas de façon équilibrée les remarques que le juge a faites au moment de condamner le demandeur et de lui imposer sa peine.

[20] Par ailleurs, un autre passage du rapport d'enquête suscite des réserves, que l'avocate n'a toutefois pas soulevées. Dans son rapport, l'agente d'immigration dit: [TRADUCTION] «Rien ne garantit qu'il ne s'adonnera plus à des activités criminelles». Or, il ne semble pas que le critère qu'il convient de soumettre au ministre pour fins d'examen soit une garantie quant à savoir si l'intéressé s'adonnera encore à des activités criminelles et qu'en conséquence, il constitue un danger pour le public.

[21] À mon avis, les erreurs et omissions que contient le rapport d'enquête sont graves. Cependant, vu la conclusion que j'ai tirée concernant le deuxième argument principal que le demandeur a fait valoir au sujet de l'équité procédurale, j'estime qu'il n'est pas nécessaire que je tranche la question de savoir si ces erreurs et omissions rendent la décision du représentant du ministre «clairement erronée» ou encore «manifestement déraisonnable».

[22] Selon le deuxième argument du demandeur, ni le rapport d'enquête ni le rapport du siège de la Commission ne lui a été communiqué avant que le représentant du ministre ne rende sa décision. Le demandeur soutient qu'il aurait pu attirer l'attention du représentant du ministre sur ces divergences s'il en avait eu l'occasion. Il fait valoir que les principes d'équité procédurale exigent que ces rapports soient communiqués à l'intéressé afin que ce dernier puisse réfuter, le cas échéant, tout aspect que, selon lui, les fonctionnaires du défendeur ont dénaturé, avant que le représentant du ministre ne prenne de décision au sujet de l'avis sur le danger.

[23] En vertu de l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet

28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], a Convention refugee is protected against *refoulement* except where the refugee has been convicted of a particularly serious crime and constitutes a danger to the community. Article 33 reads:

Article 33

*Prohibition of Expulsion or
Return ("Refoulement")*

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

Neither counsel referred to the Convention in their submissions. Article 1F(b) includes, among those to whom the provisions of the Convention shall not apply, persons who committed "a serious non-political crime" outside their country of refuge: *Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 525 (T.D.). By way of comparison, under Article 33(2), the person must have been convicted of a "particularly" serious crime.

[24] Canada's implementation of Article 33(2) is found, for the purposes of this case, in paragraph 53(1)(a) of the *Immigration Act*:

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3) [which describe the Minister's deportation power], no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee . . . shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

(a) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph

1951, [1969] R.T. Can. n° 6], un réfugié au sens de la Convention ne peut être refoulé, sauf s'il a fait l'objet d'une condamnation pour un crime particulièrement grave et s'il constitue une menace pour la communauté. Voici le libellé de l'article 33:

Article 33

*Défense d'Expulsion et
de Refoulement*

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Ni l'une ni l'autre avocate n'a renvoyé à la Convention dans ses observations. La section Fb) de l'article premier prévoit que les dispositions de la Convention ne s'appliquent pas notamment aux personnes qui ont commis «un crime grave de droit commun» ailleurs que dans le pays de refuge: *Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 525 (1^{re} inst.). À titre de comparaison, mentionnons qu'en vertu de l'article 33(2), la personne doit avoir fait l'objet d'un crime «particulièrement» grave.

[24] Je fais remarquer, pour les fins de la présente affaire, que l'article 33(2) s'applique au Canada par l'entremise de l'alinéa 53(1)a) de la *Loi sur l'immigration*:

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3) [qui traitent du pouvoir d'expulsion conféré au ministre], la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, [. . .] ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées:

a) à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public

19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada; or

It is the applicant's conviction of the arson offence that renders him a member of an inadmissible class under paragraph 19(1)(c) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the Act.

[25] The applicant's second issue, therefore, is whether the finding by the Minister's delegate that he is a danger to the public in Canada was made in a manner consistent with the principles of procedural fairness.

[26] The drafters of the Convention were concerned with the principle of procedural fairness when a contracting state determined to expel a refugee on grounds of national security or public order. Article 32 of the Convention states:

Article 32

Expulsion

1. The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.
2. The expulsion of such a refugee shall be only in pursuance of a decision reached in accordance with due process of law. Except where compelling reasons of national security otherwise require, the refugee shall be allowed to submit evidence to clear himself, and to appeal to and be represented for the purpose before competent authority or a person or persons specially designated by the competent authority.
3. The Contracting States shall allow such a refugee a reasonable period within which to seek legal admission into another country. The Contracting States reserve the right to apply during that period such internal measures as they may deem necessary.

The *travaux préparatoires* disclose, in particular, the concern of the delegates from Canada and the United Kingdom with the appropriate interpretation of Article 32(2) and their respective countries' administrative procedures, at the time of the Convention negotiations, concerning the persons subject to deportation orders: A. Takkenberg and C. C. Tahbaz, eds., *The Collected Travaux préparatoires of the 1951 Geneva Convention*

au Canada;

C'est en raison de sa condamnation pour incendie criminel que le demandeur appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la Loi.

[25] La deuxième question que soulève le demandeur est donc de savoir si la conclusion du représentant du ministre qu'il constitue un danger pour le public au Canada a été tirée de façon compatible avec les principes d'équité procédurale.

[26] Les rédacteurs de la Convention étaient soucieux de l'application du principe de l'équité procédurale dans les cas où un État contractant déciderait d'expulser un réfugié pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Voici le libellé de l'article 32 de la Convention:

Article 32

Expulsion

1. Les États Contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.
2. L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.
3. Les États Contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune.

Il ressort notamment des *travaux préparatoires* que les représentants du Canada et ceux du Royaume-Uni étaient soucieux d'interpréter convenablement l'article 32(2) et les procédures administratives de leurs pays respectifs, lors des négociations qui ont mené à l'adoption de la Convention, en ce qui concerne les personnes faisant l'objet de mesures d'expulsion: A. Takkenberg et C. C. Tahbaz, dir., *The Collected*

relating to the Status of Refugees (Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1990), Vol. III, at pages 332-333 which reproduce pages 23-25 of 22 November 1951, U.N. Doc. A/CONF.2/S.R.14, the summary record of the Conference meeting of 10 July 1951.

[27] The consequences of a danger opinion differ according to the statutory provision pursuant to which the Minister's delegate is acting. Under paragraph 53(1)(a) of the *Immigration Act*, the danger opinion allows the Minister to remove the refugee from Canada to the country against whom the claim of persecution was made. Under subsection 70(5), the target of a danger opinion loses his right of appeal against the deportation order before the Immigration Appeal Division.

[28] As the result of the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the respondent concedes that there is an obligation to justify in writing a decision under paragraph 53(1)(a). The respondent adds that, in this proceeding, the reasons are found in the field report together with its supporting documentation. The respondent does not acknowledge that a danger opinion under subsection 70(5) gives rise to the duty to provide reasons.

[29] In *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 181 (F.C.T.D.), where the danger opinion was not directed against a Convention refugee, Justice MacKay concluded that at least in some cases, the reports relied on by the Minister's delegate should be disclosed to the applicant (at paragraph 28):

I do not say that the documents here not seen by the applicant, two intra-departmental reports, need to be provided to all applicants. I do note there would be no harm or difficulty in providing at least the first report to the applicant, before it is forwarded to headquarters in Ottawa, with an opportunity to respond at that stage. However, when documents contain information of significance for the decision in relation to the applicant, which information has not been provided to him with a fair opportunity to

Travaux préparatoires of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees (Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1990), vol. III, aux pages 332 et 333, qui reproduisent les pages 23 à 25 d'un document, daté du 22 novembre 1951, intitulé U.N. Doc. A/CONF.2/S.R.14, le dossier qui résume la réunion du 10 juillet 1951 de la Conférence.

[27] Les conséquences d'un avis sur le danger diffèrent selon la disposition législative en vertu de laquelle le représentant du ministre agit. En vertu de l'alinéa 53(1)a) de la *Loi sur l'immigration*, l'avis sur le danger permet au ministre de renvoyer le réfugié du Canada vers le pays où celui-ci dit être persécuté. En vertu du paragraphe 70(5), la personne qui fait l'objet d'un avis sur le danger perd son droit de former un appel contre la mesure d'expulsion devant la section d'appel de l'immigration.

[28] Vu l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, de la Cour suprême du Canada, le défendeur concède qu'il existe une obligation de justifier par écrit une décision fondée sur l'alinéa 53(1)a). Il ajoute qu'en l'espèce, les motifs se trouvent dans le rapport d'enquête et les documents qui l'étayaient. Le défendeur ne reconnaît pas qu'un avis sur le danger fondé sur le paragraphe 70(5) entraîne l'obligation de fournir des motifs.

[29] Dans *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.), affaire dans laquelle l'avis sur le danger ne visait pas un réfugié au sens de la Convention, le juge MacKay a conclu qu'à tout le moins dans certains cas, les rapports sur lesquels le représentant du ministre se fonde devaient être communiqués au requérant (au paragraphe 28):

Je ne prétends pas que les documents que le requérant n'a pas vus en l'espèce—les deux rapports internes du Ministère—devraient être fournis à tous les requérants. Je constate toutefois qu'il n'y aurait aucun problème ou préjudice si au moins le premier rapport était communiqué au requérant avant qu'il ne soit transmis à l'Administration centrale à Ottawa, et qu'on donne au requérant l'occasion d'y répondre à cette étape. Toutefois, lorsque des documents renferment des renseignements qui sont importants pour la décision dont

comment in advance of the decision, then the decision is faulty and will be set aside as one made in breach of the principle of fairness. [Emphasis added.]

Justice MacKay may have had in mind the introduction of new information in the departmental reports. However, in view of the higher duty of fairness suggested in *Baker*, the approach adopted by Justice MacKay may well apply where the interpretation of the information in the field report raises serious questions as to accuracy and completeness.

[30] In *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619 (T.D.), after a thorough analysis of the decision in *Baker*, Justice Gibson concluded that the duty of fairness required in the making of a danger opinion is not simply “minimal” and relied on this statement [at pages 631-632] by Justice L’Heureux-Dubé in *Baker* (at paragraph 32):

Balancing these factors, I disagree with the holding of the Federal Court of Appeal in *Shah*, *supra*, at p. 239, that the duty of fairness owed in these circumstances is simply “minimal”. Rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered.

I respectfully agree with Justice Gibson’s conclusion.

[31] Justice Gibson then stated what he considered to be the appropriate standard of fairness in the process leading to the issuance of a danger opinion (at paragraph 33 [page 639]):

By analogy to the reasoning in *Baker*, I am satisfied that the failure on the part of the respondent to share the summary reports with the applicant, and to provide an opportunity to the applicant to respond to them, and to then include any response to those summary documents in the

le requérant fait l’objet et que ces renseignements ne lui ont pas été communiqués avec la possibilité raisonnable de faire valoir son point de vue avant que la décision ne soit prise, la décision est viciée et doit être annulée au motif qu’elle a été prise en violation du principe d’équité. [Non souligné dans l’original.]

Il se peut que le juge MacKay renvoyait à l’introduction de nouveaux renseignements dans les rapports du ministère. Cependant, compte tenu de l’obligation d’équité plus grande que propose l’arrêt *Baker*, il se pourrait fort bien que la démarche que le juge MacKay a adoptée s’applique dans le cas où l’interprétation des renseignements que contient le rapport d’enquête soulève des questions graves quant à leur exactitude et leur caractère exhaustif.

[30] Dans *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619 (1^{re} inst.), le juge Gibson a conclu, après avoir soigneusement examiné l’arrêt *Baker*, que l’obligation d’équité que le ministre doit respecter en émettant un avis sur le danger n’est pas simplement «minimale». Il s’est fondé [aux pages 631 et 632] sur ce que le juge L’Heureux-Dubé a dit au paragraphe 32 de l’arrêt *Baker*:

Pondérant ces facteurs, je ne suis pas d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Shah*, [*Shah c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1994), 170 N.R. 238] [. . .], que l’obligation d’équité dans ces circonstances est simplement «minimale». Au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable.

Avec égards, je souscris à la conclusion du juge Gibson.

[31] Le juge Gibson a ensuite fait état de la norme qu’il convient d’appliquer en matière d’équité, à son avis, au processus menant à l’avis sur le danger (au paragraphe 33 [page 639]):

Par analogie avec le raisonnement que la Cour suprême a tenu dans l’arrêt *Baker*, je suis convaincu que l’omission, de la part du défendeur, de communiquer les rapports récapitulatifs au demandeur et de donner à ce dernier l’occasion d’y répondre, et, par la suite, d’inclure toute réponse à ces

material forwarded to the respondent's delegate without further analysis on the part of anyone other than the respondent's delegate himself or herself, constituted a breach of the duty of fairness owed by the respondent to the applicant on the facts of this matter. I reach this conclusion by reason of a particular concern, consistent with the analysis in *Baker*, for the ultimate importance to the applicant of the outcome of the "danger review".

In *Bhagwandass*, the applicant arrived in Canada as a permanent resident. He was not a refugee. The danger opinion was issued only under subsection 70(5). The "summary reports" referred to by Justice Gibson are similar to those that I have described in these reasons as the field report and the headquarters report. The decision in *Bhagwandass* is now before the Court of Appeal under Court file No. A-850-99.

[32] In this case, the applicant is a Convention refugee who benefits from the protection against *refoulement* unless he is guilty of serious criminality in Canada and, in the opinion of the Minister, is a danger to the public. According to Article 33(2) of the UN Convention, the refugee must have been convicted of a "particularly" serious crime and constitute a danger to the community. Paragraph 53(1)(a) refers to crimes punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more and the Minister's danger opinion. As I noted earlier, *supra* paragraph 19, the field report did not focus on the Trial Judge's comments concerning the circumstances leading to the applicant's commission of arson. Such an analysis would be necessary, in my opinion, to assess properly the seriousness of the crime in the context of the likelihood that the Convention refugee would be a danger to the public in Canada.

[33] The respondent recognizes the difference between a danger opinion under subsection 70(5) and under paragraph 53(1)(a) by acknowledging that the latter opinion must be justified with reasons. However,

rapports dans les documents qu'il a envoyés à son représentant sans analyse autre que celle que son représentant a lui-même faite, constituait une violation de l'obligation d'équité qui incombait au défendeur à l'égard du demandeur, compte tenu des faits de la présente affaire. Je suis parvenu à cette conclusion en raison d'une préoccupation particulière, compatible avec l'analyse qui a été faite dans l'arrêt *Baker*, à l'égard de l'importance suprême, pour le demandeur, du résultat de l'examen de la question de savoir s'il constitue un danger pour le public.

Dans l'affaire *Bhagwandass*, le demandeur était arrivé au Canada en tant que résident permanent. Il n'était pas un réfugié. L'avis sur le danger n'a été émis qu'en vertu du paragraphe 70(5). Les «rapports récapitulatifs» auxquels renvoie le juge Gibson sont semblables à ceux que j'ai décrits dans les présents motifs, soit le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission. La décision *Bhagwandass* fait présentement l'objet d'un appel devant la Cour d'appel (dossier n° A-850-99).

[32] En l'espèce, le demandeur est un réfugié au sens de la Convention qui bénéficie d'une protection contre le refoulement, à moins qu'il n'ait déjà été reconnu coupable d'un crime grave au Canada et que, selon le ministre, il constitue un danger pour le public. Selon l'article 33(2) de la Convention de l'ONU, le réfugié doit avoir été l'objet d'une condamnation pour un crime «particulièrement» grave et constituer une menace pour la communauté. L'alinéa 53(1)a renvoie à des crimes pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement maximale d'au moins dix ans et à l'avis du ministre sur le danger que constitue l'intéressé. Comme je l'ai déjà mentionné au paragraphe 19, le rapport d'enquête n'a pas dirigé son attention sur les remarques du juge du procès à propos des circonstances qui ont mené à l'incendie criminel que le demandeur a allumé. Une telle analyse serait nécessaire, à mon avis, pour convenablement apprécier la gravité du crime quant à la probabilité que le réfugié au sens de la Convention constitue un danger pour le public au Canada.

[33] Le défendeur reconnaît la différence entre un avis sur le danger fondé sur le paragraphe 70(5) et un tel avis fondé sur l'alinéa 53(1)a, car il convient que ce dernier avis doit être justifié par des motifs.

in my view, the duty of procedural fairness for a Convention refugee requires more than providing reasons, particularly in this case where the headquarters report states that the applicant “could still face harsh and inhuman treatment upon his return to El Salvador”.

[34] The applicant has not challenged the respondent’s procedural determination that representations from persons against whom danger opinions are being contemplated shall be made in writing. The opportunity to make at least written submissions is consistent with the participatory rights of a person who may be adversely affected by some administrative action or decision.

[35] The issue in this proceeding is whether the denial of the opportunity for a Convention refugee to reply to the immigration officials’ field report and headquarters report, prior to the danger opinion determination under paragraph 53(1)(a), constitutes a breach of the duty of procedural fairness. The extent of one’s right to make submissions will depend on the individual’s right at stake and the extent to which it may be adversely affected by the decision: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback, 1998), at paragraphs 10:9300 and 10:9400; *Goyal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 159 (F.C.A.); and *Bulat v. Canada (Treasury Board)* (2000), 252 N.R. 182 (F.C.A.). In this case, the rights of the Convention refugee are at issue because of his subsequent criminality. The danger opinion was not issued because the applicant is a threat to Canada’s national security, a factor which could have required a statutory oral hearing as in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592 (C.A.), at paragraph 54 [page 636].

Cependant, à mon avis, l’obligation d’agir de façon équitable à l’égard d’un réfugié au sens de la Convention exige davantage que le simple fait d’exposer des motifs; cela est d’autant plus vrai en l’espèce que le rapport du siège de la Commission mentionne que le demandeur [TRADUCTION] «serait toujours susceptible de subir un traitement cruel et inhumain à son retour au Salvador».

[34] Le demandeur n’a pas contesté la détermination que le défendeur a faite, sur le plan de la procédure, selon laquelle les observations de personnes contre qui il envisage d’émettre un avis sur le danger doivent être présentées par écrit. L’occasion de présenter à tout le moins des observations écrites est compatible avec les droits de participation au processus que possède l’individu susceptible de faire l’objet d’une quelconque mesure ou décision administrative qui lui serait défavorable.

[35] La question litigieuse que soulève la présente instance est de savoir si le refus de donner au réfugié au sens de la Convention l’occasion de répondre au rapport d’enquête des fonctionnaires de l’Immigration et au rapport du siège de la Commission, avant qu’un avis sur le danger ne soit émis en vertu de l’alinéa 53(1)a, constitue une violation de l’obligation d’agir de façon équitable. La mesure dans laquelle l’intéressé aura le droit de faire des observations dépendra du droit de ce dernier qui est en jeu et de la mesure dans laquelle la décision est susceptible d’y porter atteinte: D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback, 1998), aux paragraphes 10:9300 et 10:9400; *Goyal c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 159 (C.A.F.); et *Bulat c. Canada (Conseil du Trésor)* (2000), 252 N.R. 182 (C.A.F.). En l’espèce, les droits du réfugié au sens de la Convention sont en cause vu ses condamnations ultérieures au criminel. L’avis sur le danger n’a pas été émis parce que le demandeur constitue une menace pour la sécurité nationale du Canada, un facteur qui aurait exigé une audition orale prévue par la loi, comme ce fut le cas dans l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), au paragraphe 54 [page 636].

[36] The issue, then, is to ascertain the procedural rights required where a danger opinion is to be issued, pursuant to paragraph 53(1)(a), against a Convention refugee who is to be removed to a country where harsh and inhuman treatment may be inflicted. In my view, the duty of fairness as enunciated in *Baker* requires that such a Convention refugee should be provided with the opportunity to comment on both the field report and the headquarters report prior to the Minister's delegate determining whether or not a danger opinion should issue. Such a determination is, in the words of Justice L'Heureux-Dubé in *Baker* (at paragraph 15 [page 834]), "an important decision that affects in a fundamental manner the future of individuals' lives." Fairness outweighs any additional burden this disclosure to Convention refugees may cause the respondent's officials in a process under paragraph 53(1)(a).

[37] If I am wrong in concluding the reports considered by the Minister's delegate must first be disclosed for rebuttal in all cases concerning Convention refugees who are subject to a paragraph 53(1)(a) danger opinion, I would adopt the selective approach suggested by Justice MacKay in *Kim, supra*, at paragraph 29 [page 189]. On the facts of this case, I find that there were material mischaracterizations in the field report which failed to present a balanced summary of the Judge's comments and actually contradicted the Judge on a point that was quite favourable to the applicant. I find these errors sufficiently serious that the failure to disclose the field report to the applicant constitutes a breach of procedural fairness.

[38] For these reasons, this application for judicial review will be granted. The decision of the Minister's delegate to issue danger opinions under subsection 70(5) and paragraph 53(1)(a) of the Act is set aside and the matter referred for redetermination in a manner consistent with these reasons. Counsel may

[36] Il faut donc déterminer les droits en matière de procédure qui s'appliquent lorsque le ministre se propose d'émettre un avis sur le danger, en vertu de l'alinéa 53(1)a), à l'égard d'un réfugié au sens de la Convention qui sera renvoyé vers un pays où il pourrait subir un traitement cruel et inhumain. À mon avis, l'obligation d'équité décrite dans l'arrêt *Baker* exige que le réfugié au sens de la Convention ait l'occasion de commenter le rapport d'enquête et le rapport du siège de la Commission avant que le représentant du ministre ne tranche la question de savoir si le ministre doit ou non émettre un avis sur le danger. Dans l'arrêt *Baker* (au paragraphe 15 [page 834]), le juge L'Heureux-Dubé a dit qu'une telle détermination constituait «une décision importante qui a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées». L'équité l'emporte sur tout fardeau supplémentaire que cette communication au réfugié au sens de la Convention pourrait imposer aux fonctionnaires du défendeur dans le cadre du processus prévu à l'alinéa 53(1)a).

[37] Dans le cas où serait erronée ma conclusion selon laquelle les rapports dont le représentant du ministre a tenu compte doivent d'abord être communiqués au réfugié au sens de la Convention, afin qu'il puisse les réfuter, dans tous les cas où celui-ci fait l'objet d'un avis sur le danger prévu à l'alinéa 53(1)a), j'adopterais l'approche sélective que propose le juge MacKay dans la décision *Kim*, précitée, au paragraphe 29 [page 189]. Sur la base des faits de la présente affaire, je conclus que le rapport d'enquête n'a pas résumé de façon équilibrée les remarques du juge du procès, car il les a considérablement dénaturées; en fait, le rapport d'enquête a même contredit le juge sur un point très favorable au demandeur. J'estime que ces erreurs sont assez graves pour me permettre de conclure que l'omission de communiquer le rapport d'enquête au demandeur constitue une violation de l'équité procédurale.

[38] Pour ces motifs, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision du représentant du ministre d'émettre des avis sur le danger en vertu du paragraphe 70(5) et de l'alinéa 53(1)a) de la Loi est annulée et l'affaire est renvoyée pour qu'il soit statué de nouveau sur celle-ci, mais de façon

file written submissions concerning the certification of a serious question within 14 days of the date of these reasons and after having first disclosed to each other their respective positions on this issue.

[39] This paragraph is a postscript. After these reasons were substantially completed, except for certain editorial changes, I noted the recent decision of the Court of Appeal in *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 854 (C.A.) (QL). It has not been necessary to seek supplementary submissions from counsel.

compatible avec les présents motifs. Les avocates pourront faire des observations écrites sur la certification d'une question grave au plus tard 14 jours suivant la date des présents motifs, et après avoir d'abord communiqué l'une à l'autre leurs positions respectives sur cette question.

[39] Le présent paragraphe est un post-scriptum. Après avoir presque terminé d'exposer les présents motifs, hormis quelques modifications de rédaction, j'ai pris connaissance de l'arrêt que la Cour d'appel a récemment rendu dans l'affaire *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 854 (C.A.) (QL). Il n'a pas été nécessaire que j'invite les avocates à me faire part d'observations supplémentaires.

A-739-97

A-739-97

Fletcher Challenge Canada Limited (*Appellant*)**Fletcher Challenge Canada Limited** (*appelante*)

v.

c.

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

Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and McDonald JJ.A.—Vancouver, May 2; Ottawa, July 5, 2000.

Cour d'appel, juges Desjardins, Létourneau et McDonald, J.C.A.—Vancouver, 2 mai; Ottawa, 5 juillet 2000.

Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Taxpayer acquiring timber cutting licences in 1963 — Renewed in 1972 — Exchanged in 1979 for licences governed by new provisions of Forest Act — Provincial government acquiring licences in 1987 in exchange for licences to cut timber in different location — Total consideration \$4,697,491 comprising replacement licences, valued at \$3,442,675, plus \$1,254,816 cash — Taxpayer treating 1987 exchange as disposition of “timber limits and cutting rights”, characterization of timber cutting rights prior to 1974 — 1974 amendment to Income Tax Act, creating “timber resource property”, defined in s. 13(21)(d.1) as extension or renewal of original right — Reassessment treating replacement licences as “timber resource properties” acquired at no cost — Effect of reassessment was to deny taxpayer’s 1988 claim for capital cost allowance — Appellant conceding T.C.C. correctly holding replacement licences “timber resource properties — Under s. 13(21)(d.1) replacement licences “timber resource properties” only if acquired after May 6, 1974 — “Acquired” if extended, renewed, substituted after May 6, 1974 — Replacement licences thus acquired in 1979 — Income Tax Application Rules, s. 20(1), requiring property be acquired prior to 1972, not applicable — Taxpayer not “giving up” value of original licences to acquire replacement licences — Original licences expiring, replaced by operation of statute.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Le contribuable a acquis des permis de coupe de bois en 1963 — Il les a renouvelés en 1972 — Il les a échangés en 1979 contre des permis régis par les nouvelles dispositions de la Forest Act — Le gouvernement provincial a acquis les permis en 1987 en échange de permis de coupe visant du bois situé sur un autre territoire — La contrepartie totale de 4 697 491 \$ comprenait les permis de remplacement, évalués à 3 442 675 \$, ainsi qu’une somme en espèces de 1 254 816 \$ — Le contribuable a considéré l’échange de 1987 comme une disposition de «concessions forestières et droits de coupe», qualification donnée jusqu’en 1974 aux droits de coupe de bois — Le législateur a modifié la Loi de l’impôt sur le revenu en 1974 pour créer les «avoirs forestiers», qui sont définis à l’art. 13(21)d.1) comme la prorogation ou le renouvellement d’un droit initial — Dans une nouvelle cotisation, le ministre a considéré les permis de remplacement comme des «avoirs forestiers» acquis sans frais par l’appelante — Le ministre a par conséquent refusé la déduction pour amortissement demandée par l’appelante en 1988 — Le contribuable a reconnu que c’était à bon droit que la Cour de l’impôt avait conclu que les permis de remplacement étaient des «avoirs forestiers» — Aux termes de l’art. 13(21)d.1) de la Loi, pour être considéré comme un permis de remplacement, un «avoir forestier» doit avoir été acquis après le 6 mai 1974 — Il a été «acquis» s’il a été prolongé, renouvelé ou remplacé après le 6 mai 1974 — Les permis de remplacement ont donc été acquis en 1979 — L’art. 20(1) des Règles d’application de l’impôt sur le revenu, qui exige que le bien soit acquis avant 1972, ne s’applique pas — Le contribuable n’a pas «renoncé» à la valeur des permis initiaux pour acquérir les permis de remplacement — Les permis initiaux ont expiré et ont été remplacés par l’effet de la loi.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada. Taxpayer acquired the original licences to cut timber in British Columbia in 1963. Those licences were renewed for seven years in 1972. In 1979 taxpayer exchanged those licences for new licences (the replacement

Il s’agit de l’appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt. En 1963, l’appelante a acquis des permis initiaux pour couper du bois sur pied en Colombie-Britannique. Ces permis ont été renouvelés pour sept ans en 1972. En 1979, la contribuable a échangé ces permis contre de nouveaux

licences) which covered identical areas, but were governed by the 1978 amendments to the provincial *Forest Act*. In 1987 the province acquired the replacement licences, needed for the establishment of the Pacific Rim National Park, in exchange for licences relating to timber located elsewhere. The replacement licences were valued at \$3,442,675, plus \$1,254,816 cash for a total consideration of \$4,697,491.

Prior to 1974, timber cutting rights were characterized in the *Income Tax Act* as "timber limits and cutting rights", a form of depreciable property on which deductions could be claimed on a depletion basis, although taxpayer never claimed any depletion in respect of the capital cost of those licences. In 1974, the Act was amended creating "timber resource property", another form of depreciable property, which was defined in subparagraph 13(21)(d.1)(ii) as a right or licence to remove timber from an area if that right or licence could reasonably be regarded as an extension or renewal of, or was acquired in substitution for, an original right of the taxpayer. Taxpayer never claimed any capital cost allowance on the replacement licences. The 1974 amendment applied to timber resource properties acquired after May 6, 1974.

In its 1987 tax return, taxpayer treated the exchange of licences as a disposition of "timber limits and cutting rights", or capital assets having an adjusted cost base equal to the valuation day value of \$4,697,491, therefore giving rise to neither a gain nor a loss. The implication was that the replacement licences were simply a continuation of the original licences. The Minister did not reassess taxpayer for its 1987 taxation year within the statutory limitation period, but reassessed the 1988 taxation year by treating the replacement licences as "timber resource properties" acquired by the appellant at no cost. Thus no addition to the undepreciated capital cost of class 33 in respect of the acquisition of the replacement licences was allowed, and the 1987 exchange was treated as a disposition whereby \$4,697,492 was subtracted from the appellant's undepreciated capital cost of property in class 33; and \$3,442,675 representing the cost of licences was added to that class. In the result, taxpayer's claim in 1988 for a \$169,908 capital cost allowance was denied. In allowing taxpayer's appeal in part, the Tax Court found that the replacement licences were "timber resource properties", and the undepreciated cost of the replacement licences was the original cost to taxpayer in 1963 of \$259,178, and the value of the undepreciated capital cost of the licences was \$259,178. Taxpayer conceded that the Tax Court correctly determined that the replacement licences were "timber resource properties". *Income Tax Application Rules*, 1971 subsection 20(1) provides that where, after 1971, a taxpayer disposes of depreciable

permis (les permis de remplacement) qui visaient des territoires identiques, mais qui étaient régis par la version modifiée en 1978 de la *Forest Act* de la province. En 1987, la province a, en échange de permis de coupe visant du bois situé sur un autre territoire, obtenu les permis de remplacement dont elle avait besoin pour créer le parc national Pacific Rim. Les permis de remplacement étaient évalués à 3 442 675 \$, en plus d'une somme en espèces de 1 254 816 \$, pour une contrepartie totale de 4 697 491 \$.

Jusqu'en 1974, les droits de coupe de bois étaient qualifiés par la *Loi de l'impôt sur le revenu* de «concessions forestières et droits de coupe», un genre de bien amortissable qui conférait à son propriétaire le droit de se prévaloir d'une déduction pour épuisement. Le contribuable n'a cependant jamais demandé de déduction pour épuisement à l'égard du coût en capital de ces permis. En 1974, la Loi a été modifiée. Le législateur a créé les «avoirs forestiers», un autre type de bien amortissable qui a été défini au sous-alinéa 13(21)d.1(ii) comme un droit ou un permis de couper du bois sur un territoire si ce droit ou ce permis pouvait être raisonnablement considéré comme la prorogation ou le renouvellement d'un droit initial acquis par le contribuable ou s'il avait été acquis en remplacement de ce droit initial. Le contribuable n'a jamais demandé de déduction pour amortissement à l'égard des permis de remplacement. Les modifications de 1974 s'appliquaient aux avoirs forestiers acquis après le 6 mai 1974.

Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1987, le contribuable a considéré l'échange de permis comme une disposition de «concessions forestières et de droits de coupe», c'est-à-dire comme une disposition de biens en immobilisations dont le prix de base rajusté était égal à leur valeur au jour de l'évaluation, soit 4 697 491 \$, ne donnant ainsi lieu ni à un gain ni à une perte. Par ce traitement, l'appelante considérait ainsi implicitement que les permis de remplacement étaient une simple continuation des permis initiaux. Le ministre n'a pas établi de nouveau l'impôt dû par l'appelante pour son année d'imposition 1987 dans le délai prescrit par la loi, mais a établi une nouvelle cotisation pour son année d'imposition 1988 en considérant les permis de remplacement comme des «avoirs forestiers» acquis sans frais par l'appelante. En conséquence, le ministre n'a pas permis au contribuable d'augmenter la fraction non amortie du coût en capital des biens de la catégorie 33 par suite de l'acquisition des permis de remplacement, il a considéré l'échange de 1987 comme une disposition par laquelle une somme de 4 697 492 \$ avait été soustraite de la fraction non amortie du coût en capital des biens de la catégorie 33 et il a ajouté la somme de 3 442 675 \$ à cette catégorie à titre de coût des permis. Le ministre a par conséquent rejeté la déduction pour amortissement de 169 908 \$ demandée par l'appelante en 1988. Pour accueillir l'appel en partie, la Cour de l'impôt a conclu que les permis de remplacement étaient des «avoirs forestiers» et que la fraction non amortie du coût en capital des

property acquired prior to 1972, and owned by him “without interruption” from December 31, 1971 until he disposed of it, then if the original cost of the depreciable property was less than both the actual proceeds of disposition and the V-Day value of the property, the proceeds of disposition shall be the aggregate of its capital cost and the amount by which the proceeds of disposition exceeds the fair market value of the property on valuation day. In order for subsection 20(1) to apply there must not have been a disposition of the property between 1971 and 1987.

The issue was whether the 1979 exchange of the licences gave rise to a disposition.

Held, the appeal should be dismissed.

In view of the taxpayer’s concession that the Tax Court Judge correctly concluded that the replacement licences were “timber resource properties”, ITAR, subsection 20(1) did not apply. The replacement licences could only be “timber resource properties” if they were acquired after May 6, 1974 because, under paragraph 13(21)(d.1) and the transitional provisions, in order to have a “timber resource property”, a taxpayer must have acquired a right to cut timber in Canada after that date. It has been held that timber cutting rights which have been extended, renewed or substituted after May 6, 1974 are “acquired” after that date. Thus taxpayer acquired the replacement licences in 1979.

Taxpayer contended that it “gave up” the value of the original licences to acquire the replacement licences and that the cost of the replacement licences was equal to the fair market value of the original licences at the time they were given in exchange. The fact was that it did not give up anything to get the replacement licences. *Forest Act*, sections 20 and 33 made the original licences expire and required that the replacement licences be issued automatically. The replacement licences gave the same rights to cut over the same area as the original licences.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the statute law relating to income tax, S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 6(7),(9).

permis de remplacement était le prix initial payé en 1963 par le contribuable pour acquérir les permis initiaux, soit 259 178 \$. Le contribuable a reconnu que c’était à bon droit que la Cour de l’impôt avait conclu que les permis de remplacement étaient des «avoirs forestiers». Le paragraphe 20(1) des Règles de 1971 concernant l’application de l’impôt sur le revenu prévoit que, lorsqu’un contribuable dispose d’un bien amortissable qu’il a acquis avant 1972 et qui lui a appartenu «pendant toute la période» allant du 31 décembre 1971 jusqu’à la date, postérieure à 1971, à laquelle il en a disposé, et que le coût initial de ce bien est inférieur à sa valeur au jour de l’évaluation et au produit de sa disposition, le produit de la disposition est alors réputé être un montant égal au total obtenu en additionnant le coût en capital du bien, pour lui, et la fraction, si fraction il y a, du produit de la disposition du bien, déterminé par ailleurs, qui est en sus de la juste valeur marchande du bien au jour de l’évaluation. Pour que le paragraphe 20(1) s’applique, il faut déterminer s’il y a eu disposition du bien entre 1971 et 1987.

La question en litige est celle de savoir si l’échange de permis a donné lieu à une disposition.

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

Compte tenu de l’admission du contribuable, qui a reconnu que le juge de la Cour de l’impôt avait conclu à bon droit que les permis de remplacement étaient des «avoirs forestiers», le paragraphe 20(1) du RAIR ne s’applique pas. Les permis de remplacement ne pouvaient être des «avoirs forestiers» que s’ils avaient été acquis après le 6 mai 1974, parce que, aux termes de l’alinéa 13(21)d.1 de la Loi et des dispositions transitoires, pour que le permis soit considéré comme possédant un «avoir forestier», le contribuable doit avoir acquis le droit de couper du bois sur une concession ou un territoire du Canada après cette date. Il a été jugé que les droits de coupe de bois qui ont été prolongés, renouvelés ou remplacés après le 6 mai 1974 ont été «acquis» après cette date. Ainsi, le contribuable a, en l’espèce, acquis les permis de remplacement en 1979.

Le contribuable affirme qu’il a «renoncé» à la valeur des permis initiaux pour acquérir les permis de remplacement et que le coût des permis de remplacement est égal à la juste valeur marchande des permis initiaux au moment de l’échange. En l’espèce, le contribuable n’a pas renoncé à quoi que ce soit pour obtenir les permis de remplacement. Les articles 20 et 33 de la *Forest Act* prévoyaient l’expiration des permis initiaux et exigeaient que des permis de remplacement soient délivrés de plein droit. Les permis de remplacement conféraient à leur titulaire les mêmes droits de coupe sur le même territoire que les permis initiaux.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi modifiant le droit fiscal, S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 6(7),(9).

Forest Act, R.S.B.C. 1979, c. 140, ss. 19, 20, 33.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 13(5),(21)(d.1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 6), 20(1)(a).
Income Tax Application Rules, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III, s. 20(1).
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1101(1)(e), Sch. VI.

Forest Act, R.S.B.C. 1979, ch. 140, art. 19, 20, 33.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 13(5),(21)d.1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 6), 20(1)a).
Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu, 1971, S.C. 1970-71-72, ch. 63, partie III, art. 20(1).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1101(1)e), ann. VI.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kettle River Sawmills Ltd. v. Canada, [1994] 1 C.T.C. 182; (1993), 94 DTC 6086; 164 N.R. 241 (F.C.A.); confg [1992] 2 C.T.C. 276; (1992), 92 DTC 6525; 56 F.T.R. 191 (F.C.T.D.).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision that timber cutting licences acquired in 1979 as replacements for the original licences acquired in 1963, and renewed in 1972, were "timber resource properties" within the meaning of *Income Tax Act*, subparagraph 12(21)(d.1)(ii) having an undepreciated capital cost of the original cost of the licences (*Fletcher Challenge Canada Ltd. v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2279; (1997), 98 DTC 1048 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Warren J. A. Mitchell, Q.C. for appellant.
O. Brent Paris for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Thorsteinssons, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: At issue in this appeal¹ is the proper tax treatment, for the appellant's taxation year 1988, of two successive timber licence transactions, in 1979 and 1987, and their respective impacts on the "undepreciated capital cost" of the regulatory class of property (class 33) under which the said timber licences fall.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Kettle River Sawmills Ltd. c. Canada, [1994] 1 C.T.C. 182; (1993), 94 DTC 6086; 164 N.R. 241 (C.A.F.); conf. [1992] 2 C.T.C. 276; (1992), 92 DTC 6525; 56 F.T.R. 191 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a jugé que des permis de coupe de bois acquis en 1979 en remplacement des permis initiaux acquis en 1963 et renouvelés en 1972 étaient des «avoirs forestiers» au sens du sous-alinéa 12(21)(d.1)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dont la fraction non amortie du coût en capital des permis de remplacement correspondait au prix initial payé par l'appelante pour acquérir les permis initiaux (*Fletcher Challenge Canada Ltd. c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2279; (1997), 98 DTC 1048 (C.C.I.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Warren J. A. Mitchell, c.r. pour l'appelante.
O. Brent Paris pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

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

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La question en litige dans le présent appel¹ est le traitement fiscal qu'il convient de donner, pour l'année d'imposition 1988 de l'appelante, à deux opérations qu'elle a réalisées successivement en 1979 et en 1987 au sujet de permis de coupe de bois, de même que leurs incidences sur le calcul de la «fraction non amortie du

The facts²

[2] In 1963, the appellant, a forestry company in British Columbia, acquired Special timber Licences 8044P and 8045P (the original licences) for \$259,178. The original licences, also known as “Pacific Rim Licences”, afforded the appellant the right to cut the standing timber in a defined area, subject to the terms and conditions of tree farming licence TFL 27. The appellant sought and obtained renewal of the Pacific Rim Licences in 1972. Each renewal was for a period of seven years and each licence continued to be governed by the same tree farming licence. In 1978, the British Columbia *Forest Act*³ was amended and the system of granting and renewing provincial forest tenure was altered substantially. Holders of existing rights and privileges such as the original licences became entitled to replace their existing rights with new timber licences governed by the new provisions of the *Forest Act*.

[3] In 1979, the appellant, exercising this right of replacement, exchanged the original licences for timber licences T0005 and T0007 (the replacement licences). These licences covered identical areas to the original licences and were also subject to TFL 27. They were issued in accordance with section 20 of the amended *Forest Act*.

[4] In 1986, the province and the appellant entered into an exchange agreement whereby the province obtained the replacement licences required for the establishment of the Pacific Rim National Park in exchange for timber licences T0910 and T0911. The closing date of the exchange agreement was extended to March 3, 1987, at which time the exchange of property took place. The replacement licences were valued at \$3,442,675, plus a cash amount of

coût en capital» des biens de la catégorie réglementaire (la catégorie 33) de laquelle les permis de coupe en question font partie.

Les faits²

[2] En 1963, l’appelante, une compagnie forestière de la Colombie-Britannique, a acquis les permis spéciaux de coupe 8044P et 8045P (les permis initiaux) pour la somme de 259 178 \$. Les permis initiaux, également appelés «permis Pacific Rim», conféraient à l’appelante le droit de couper du bois sur pied dans une zone définie, sous réserve des modalités du permis de ferme forestière TFL 27. L’appelante a demandé et obtenu le renouvellement des permis Pacific Rim en 1972. Chaque renouvellement valait pour une période de sept ans et chaque permis continuait à être assujéti au même permis de ferme forestière. En 1978, la *Forest Act*³ de la Colombie-Britannique a été modifiée et le système d’octroi et de renouvellement de divers types de droits et privilèges de coupe de bois accordés par la province a été remanié en profondeur. En vertu des nouvelles dispositions de la *Forest Act*, les titulaires des droits et privilèges existants se sont vus conférer le droit de remplacer les droits qu’ils possédaient par de nouveaux permis de coupe régis par les nouvelles dispositions de la *Forest Act*.

[3] En 1979, l’appelante, exerçant son droit de remplacement, a échangé les permis initiaux pour les permis de coupe T0005 et T0007 (les permis de remplacement). Ces permis visaient les mêmes territoires que les permis initiaux et étaient eux aussi assujéti au permis TFL 27. Les permis de coupe T0005 et T0007 ont été délivrés conformément à l’article 20 de la *Forest Act* modifiée.

[4] En 1986, la province et l’appelante ont conclu un accord d’échange aux termes duquel la province a, en échange des permis de coupe T0910 et T0911, obtenu les permis de remplacement dont elle avait besoin pour créer le parc national Pacific Rim. La date de conclusion de l’accord d’échange a été reportée au 3 mars 1987, date à laquelle l’échange de permis a eu lieu. Les permis de remplacement étaient évalués à 3 442 675 \$, en plus d’une somme en espèces de

\$1,254,816, for a total consideration of \$4,697,491. The transaction closed in the appellant's 1987 taxation year. Licences T0910 and T0911, which were obtained in the exchange, related to timber in a different location than the timber governed by the replacement licences.

[5] Prior to 1974, all timber cutting rights of the type acquired by the appellant in 1963 were characterized in the *Income Tax Act* (the Act) as "timber limits and cutting rights", a form of depreciable property on which deductions could be claimed on a depletion basis (i.e. "on the basis of the volume of timber actually harvested").⁴ The appellant never claimed any depletion in respect of the capital cost of those licences. In 1974, the Act was amended creating "timber resource properties", another form of depreciable property which was defined as meaning a right or licence to remove timber from an area if that right or licence could reasonably be regarded as an extension or renewal of or was acquired in substitution for an original right of the taxpayer.⁵ The appellant never claimed any capital cost allowance on the replacement licences.

[6] In its return of income for its 1987 taxation year, the appellant treated the exchange of the replacement licences for timber licences T0910 and T0911 as a disposition of "timber limits and cutting rights" being capital assets having an adjusted cost base equal to their December 31, 1971 (valuation day) value of \$4,697,491, therefore giving rise to neither a gain nor a loss. Implicit in the appellant's treatment was that the replacement licences were simply a continuation of the original licences.

[7] The Minister failed to reassess the appellant for its 1987 taxation year within the statutory limitation period. However, the Minister reassessed the 1988 taxation year treating the replacement licences not as "timber limits and cutting rights", but instead as "timber resource properties" acquired by the appellant at no cost.

1 254 816 \$, pour une contrepartie totale de 4 697 491 \$. L'opération a été conclue au cours de l'année d'imposition 1987 de l'appelante. Les permis T0910 et T0911, obtenus en échange, visaient du bois situés sur un autre territoire que celui où se trouvait le bois assujetti aux permis de remplacement.

[5] Jusqu'en 1974, tous les droits de coupe de bois du type de ceux que l'appelante avait acquis en 1963 étaient qualifiés par la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) de «concessions forestières et droits de coupe», un genre de bien amortissable qui conférait à son propriétaire le droit de se prévaloir d'une déduction pour épuisement («selon le volume de bois récolté»)⁴. L'appelante n'a jamais demandé de déduction pour épuisement à l'égard du coût en capital de ces permis. En 1974, la Loi a été modifiée. Le législateur a créé les «avoirs forestiers», un autre type de bien amortissable qui a été défini comme un droit ou un permis de couper du bois sur un territoire si ce droit ou ce permis pouvait être raisonnablement considéré comme la prorogation ou le renouvellement d'un droit initial acquis par le contribuable ou s'il avait été acquis en remplacement de ce droit initial⁵. L'appelante n'a jamais demandé de déduction pour amortissement à l'égard des permis de remplacement.

[6] Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1987, l'appelante a considéré l'échange des permis de remplacement pour les permis de coupe T0910 et T0911 comme la disposition de «concessions forestières et de droits de coupe», c'est-à-dire comme la disposition de biens en immobilisations dont le prix de base rajusté était égal à leur valeur au 31 décembre 1971 («jour de l'évaluation»), soit 4 697 491 \$, ne donnant ainsi lieu ni à un gain ni à une perte. Par ce traitement, l'appelante considérait ainsi implicitement que les permis de remplacement étaient une simple continuation des permis initiaux.

[7] Le ministre n'a pas établi de nouveau l'impôt dû par l'appelante pour son année d'imposition 1987 dans le délai prescrit par la loi. Le ministre a toutefois établi une nouvelle cotisation pour son année d'imposition 1988. Dans cette nouvelle cotisation, le ministre a considéré les permis de remplacement, non pas comme des «concessions forestières et droits de

[8] As a result, the Minister:

(a) allowed for no addition to the undepreciated capital cost of class 33 in respect of the acquisition of the replacement licences;

(b) treated the 1987 exchange as a disposition whereby \$4,697,492 was subtracted from the appellant's undepreciated capital cost of property in class 33; and

(c) added \$3,442,675 to that class representing the cost of licences T0910 and T0911.

[9] The effect of the reassessment of the appellant's 1988 taxation year was to reduce the balance of class 33 to a negative \$60,094, which was added to the appellant's 1988 income, and to deny the appellant's claim in 1988 of capital cost allowance of \$169,908.

[10] The appellant objected to the reassessment and then appealed to the Tax Court of Canada. In its notice of appeal, the appellant stated it had determined the valuation day value of the original licences to be equal to the value of the cash and licences T0910 and T0911 (\$4,697,492), and argued that:

(a) the replacement licences were not "timber resource properties" within the meaning of paragraph 13(21)(d.1) of the *Income Tax Act*; and

(b) if the replacement licences were "timber resource properties", those licences were acquired for a cost equal to the value of the original licences at the time of the exchange in 1979.

The judgment below

[11] In allowing the appeal in part, the Tax Court Judge found that:

(a) the 1979 replacement licences were properly classified by the respondent as "timber resource

coupe», mais comme des «avoirs forestiers» acquis sans frais par l'appelante.

[8] En conséquence, le ministre:

a) n'a pas permis à l'appelante d'augmenter la fraction non amortie du coût en capital des biens de la catégorie 33 par suite de l'acquisition des permis de remplacement;

b) a considéré l'échange de 1987 comme une disposition par laquelle une somme de 4 697 492 \$ avait été soustraite de la fraction non amortie du coût en capital des biens de la catégorie 33;

c) a ajouté la somme de 3 442 675 \$ à cette catégorie à titre de coût des permis T0910 et T0911.

[9] Par suite de l'établissement de la nouvelle cotisation de l'appelante pour son année d'imposition 1988, le solde de la catégorie 33 était négatif d'un montant de 60 094 \$, qui a été ajouté au revenu de 1988 de l'appelante, et le ministre a rejeté la déduction pour amortissement de 169 908 \$ demandée par l'appelante en 1988.

[10] L'appelante s'est opposée à l'avis de nouvelle cotisation et a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Dans son avis d'appel, l'appelante a déclaré que, selon ses calculs, la valeur des permis initiaux au jour de l'évaluation était égale à la valeur de la somme payée en espèces et des permis T0910 et T0911 (4 697 492 \$) et elle a affirmé ce qui suit:

a) Les permis de remplacement n'étaient pas des «avoirs forestiers» au sens de l'alinéa 13(21)d.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) S'ils étaient des «avoirs forestiers», les permis de remplacement avaient été acquis à un prix égal à la valeur des permis initiaux au moment de l'échange, en 1979.

Le jugement de première instance

[11] Pour accueillir l'appel en partie, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que:

a) les permis de remplacement (délivrés en 1979) ont été classifiés à juste titre par le ministre à titre

properties” (as defined in subparagraph 13(21)(d.1)(ii) of the *Income Tax Act*) because they were acquired as extensions or renewals of or substitutions for the original licences;

(b) the undepreciated capital cost of the replacement licences was the original cost to the appellant of the original licences, or \$259,178 (a conclusion consistent with subsection 13(5) of the Act, which requires a transfer of original capital cost between classes of depreciable property upon a reclassification); and

(c) the value of the undepreciated capital cost of the licences was \$259,178.

The appellant’s position

[12] The appellant now concedes that the Tax Court Judge was correct in his determination that:

(a) the replacement licences received by the appellant on the extension or renewal of or substitution for the original licences were “timber resource properties” as defined in subparagraph 13(21)(d.1)(ii) of the Act;

(b) the undepreciated capital cost of the replacement licences to the appellant was not the fair market value of the original licences of which the replacement licences were a renewal or extension, or for which the replacement licences were substituted, but instead was \$259,178, being the cost and undepreciated capital cost to the appellant of the original licences.

[13] Accepting that the replacement licences are “timber resource properties” having a cost and undepreciated capital cost of \$259,178, the only issue raised by the appellant is whether the trial judge erred in determining the tax consequences on the exchange of the replacement licences for licences T0910 and T0911 in 1987.

[14] The appellant’s submission on this matter is the following.

d’avoirs forestiers conformément au sous-alinéa 13(21)d.1(ii) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, (parce qu’il y a eu) une prolongation, un renouvellement ou un remplacement des (permis initiaux);

b) la fraction non amortie du coût en capital des permis de remplacement était le prix initial payé par l’appelante pour acquérir les permis initiaux, soit 259 178 \$ (une conclusion qui s’accorde avec le paragraphe 13(5) de la Loi, qui exige le transfert du coût en capital initial d’une catégorie à l’autre de biens amortissables lors de leur reclassement);

c) la valeur de la fraction non amortie du coût en capital des permis était de 259 178 \$.

Thèse de l’appelante

[12] L’appelante reconnaît maintenant que les conclusions suivantes du juge de la Cour de l’impôt sont bien fondées:

a) les permis de remplacement reçus par l’appelante par suite de la prolongation, du renouvellement ou du remplacement des permis initiaux étaient des «avoirs forestiers» au sens du sous-alinéa 13(21)d.1(ii) de la Loi;

b) la fraction non amortie du coût en capital des permis de remplacement pour l’appelante ne correspondait pas à la juste valeur marchande des permis initiaux dont les permis de remplacement représentaient un renouvellement ou une prolongation, ou qu’ils remplaçaient, mais bien à 259 178 \$, c’est-à-dire au prix payé par l’appelante pour acquérir les permis initiaux et à la fraction non amortie du coût en capital des permis en question.

[13] Si l’on accepte que les permis de remplacement sont des «avoirs forestiers» dont le coût et la fraction non amortie du coût en capital sont de 259 178 \$, le seul point litigieux soulevé par l’appelante est celui de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en se prononçant sur les incidences fiscales de l’échange ou du remplacement des permis T0910 et T0911 en 1987.

[14] Voici la thèse de l’appelante à ce sujet.

[15] If, as determined by the Tax Court Judge, the replacement licences were a continuation of the original licences having as their cost the \$259,178 paid in 1963, then *Income Tax Application Rules, 1971*⁶ subsection 20(1) is applicable. ITAR, subsection 20(1) provides that where, after 1971, a taxpayer disposes of depreciable property acquired prior to 1972, and owned it without interruption from December 31, 1971 until such time after 1971 as he disposed of it, then if the original cost of the depreciable property was less than both the actual proceeds of disposition and the V-Day value of the property, the proceeds of disposition are to be determined in accordance with a specific formula provided in that rule.

[16] If, on the other hand, this Court should determine that the replacement licences obtained in 1979 were not a continuation of those original licences, it necessarily follows that there was a disposition of those original licences, and that the cost of the replacement licences equalled the fair market value of the original licences. It then becomes necessary to determine their value in 1979. The appellant asserted at trial that such value was \$4,697,491.

[17] In brief, says the appellant, either the 1979 exchange of the original licences for the replacement licences did not give rise to a disposition, in which case the proceeds of disposition in 1987 must be adjusted in accordance with ITAR subsection 20(1), or the exchange did give rise to a disposition, in which case the cost base of the replacement licences (to be added to class 33) was equal to the value of the original licences in 1979, which was \$4,697,491.

Analysis

[18] ITAR 20(1) reads:

20. (1) Where the capital cost to a taxpayer of any depreciable property acquired by him before 1972 and owned by him without interruption from December 31, 1971 until such time after 1971 as he disposed of it is less than the fair market value of the property on valuation day and less than the proceeds of disposition thereof otherwise determined, the following rules apply:

[15] Si, comme le juge de la Cour de l'impôt l'a estimé, les permis de remplacement n'étaient que le prolongement des permis initiaux dont le coût, payé en 1963, était de 259 178 \$, le paragraphe 20(1) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*⁶ (RAIR) s'applique. Le paragraphe 20(1) des RAIR prévoit que, lorsqu'un contribuable dispose d'un bien amortissable qu'il a acquis avant 1972 et qui lui a appartenu pendant toute la période allant du 31 décembre 1971 jusqu'à la date, postérieure à 1971, à laquelle il en a disposé, et que le coût initial de ce bien est inférieur à sa valeur au jour de l'évaluation et au produit de sa disposition, le produit de la disposition doit être calculé selon la formule expressément prévue à ce paragraphe.

[16] Si, en revanche, la Cour conclut que les permis de remplacement obtenus en 1979 n'étaient que le prolongement des permis initiaux en question, il s'ensuit nécessairement qu'il y a eu disposition des permis, et que le coût des permis de remplacement était égal à la juste valeur marchande des permis initiaux. Il devient alors nécessaire de déterminer leur valeur en 1979. L'appelante a affirmé au procès que cette valeur s'établissait à 4 697 491 \$.

[17] En bref, soutient l'appelante, ou bien l'échange des permis initiaux pour les permis de remplacement qui s'est produit en 1979 n'a pas donné lieu à une disposition, auquel cas le produit de la disposition en 1987 doit être rajusté conformément au paragraphe 20(1) des RAIR, ou bien l'échange en question a effectivement donné lieu à une disposition, auquel cas le prix de base des permis de remplacement (à rajouter à la catégorie 33) équivaut à la valeur des permis initiaux en 1979, soit 4 697 491 \$.

Analyse

[18] Le paragraphe 20(1) des RAIR dispose:

20. (1) Lorsque le coût en capital, pour un contribuable, d'un bien amortissable d'une catégorie prescrite qu'il a acquis avant 1972 et qui lui a appartenu pendant toute la période allant du 31 décembre 1971 jusqu'à la date, postérieure à 1971, à laquelle il en a disposé, est inférieur à la juste valeur marchande du bien au jour de l'évaluation et au produit de la disposition qu'il en a obtenu, déterminé par ailleurs, les règles suivantes s'appliquent:

(a) for the purposes of section 13 of the amended Act, subdivision c of Division B of Part I thereof and any regulations made under paragraph 20(1)(a) thereof, the taxpayer's proceeds of disposition of the property shall be deemed to be an amount equal to the aggregate of its capital cost to him and the amount, if any, by which the proceeds of disposition thereof otherwise determined exceeds the fair market value of the property on valuation day; and [Emphasis added.]

a) aux fins de l'article 13 de la loi modifiée, de la sous-section c de la section B de la Partie I de cette loi et de tout règlement établi en vertu de l'alinéa 20(1)a) de celle-ci, le produit de la disposition que le contribuable a tiré du bien est réputé être un montant égal au total obtenu en additionnant le coût en capital du bien, pour lui, et la fraction, si fraction il y a, du produit de la disposition du bien, déterminé par ailleurs, qui est en sus de la juste valeur marchande du bien au jour de l'évaluation; et [Je souligne.]

[19] In order for ITAR subsection 20(1) to apply, one must determine whether the depreciable property was owned by the appellant "without interruption" from December 31, 1971 until 1987, the time it disposed of it. A determination as to whether the 1979 transaction was a disposition of valuable rights is therefore necessary.

[19] Pour que le paragraphe 20(1) des RAIR s'applique, il faut décider si le bien amortissable a appartenu à l'appelante «pendant toute la période» allant du 31 décembre 1971 jusqu'à la date à laquelle elle en a disposé, en 1987. Il est donc nécessaire de déterminer si l'opération survenue en 1979 constituait une disposition de droits ayant une valeur.

[20] The appellant alleges that the Tax Court Judge determined that the replacement licences were a continuation of the original licences. The Tax Court Judge did not make any determination to this effect. He concluded, however, after having quoted Hugessen J.A. in the *Kettle River Sawmills Ltd. v. Canada*⁷ case, that the replacement licences were properly classified as "timber resource properties". The Tax Court Judge said:⁸

[20] L'appelante prétend que le juge de la Cour de l'impôt a déclaré que les permis de remplacement étaient le prolongement des permis initiaux. Or, le juge de la Cour de l'impôt n'a rien dit de tel. Il a toutefois conclu, après avoir cité les propos du juge d'appel Hugessen dans l'arrêt *Kettle River Sawmills Ltd. c. Canada*⁷, que les permis de remplacement avaient à juste titre été classés comme des «avoirs forestiers». Le juge de la Cour de l'impôt a déclaré⁸:

The interpretation of subparagraph 13(21)(d.1)(ii) of the Act remains unchanged. A licence which was acquired prior to May 6, 1974 ceases to be TL & CR⁹ and is a timber resource property if it is extended, renewed or substituted after that date. This of course is the case here with the extension renewed or substitution of the Pacific Rim Licences in 1979.

L'interprétation du sous-alinéa 13(21)d.1(ii) de la Loi demeure la même. Un permis qui a été acquis avant le 6 mai 1974 cesse d'être des CF et DC⁹ et est un avoir forestier s'il est prolongé, renouvelé ou remplacé après cette date. Bien sûr, c'est ici le cas étant donné que les permis Pacific Rim ont été prolongés, renouvelés ou remplacés en 1979.

[21] The appellant's concession that this was a proper conclusion cannot be reconciled with its position that ITAR subsection 20(1) is relevant in calculating the proceeds of disposition of those licences. The replacement licences can only be "timber resource properties" if they were acquired after May 6, 1974 because, under paragraph 13(21)(d.1) of the Act and the transitory provisions of S.C. 1974-75-76, c. 26, subsection 6(9), in order to have a "timber resource property", a taxpayer must have acquired a right to cut timber in a limit or area in Canada after that date.

[21] L'admission de l'appelante quant au bien-fondé de cette conclusion est incompatible avec sa prétention que le paragraphe 20(1) des RAIR s'applique au calcul du produit de disposition de ces permis. Les permis de remplacement ne peuvent être des «avoirs forestiers» que s'il ont été acquis après le 6 mai 1974, parce que, aux termes de l'alinéa 13(21)d.1) de la Loi et des dispositions transitoires contenues au paragraphe 6(9) du chapitre 26, S.C. 1974-75-76, pour être considéré comme possédant un «avoir forestier», le contribuable doit avoir acquis le droit de couper du bois sur une concession ou un territoire du Canada après le 6 mai 1974.

[22] In the *Kettle River* case, this Court reviewed and adopted the Trial Judge's interpretation of the relevant provisions¹⁰ and upheld his finding that timber cutting rights which were extended, renewed or substituted after May 6, 1974, were "acquired" after that date.

[23] Thus the replacement licences were acquired by the appellant in 1979. They cannot be "depreciable property acquired [by the taxpayer] before 1972 and owned by him without interruption from December 31, 1971 until such time after 1971 as he disposed of it" [underlining added.] as that phrase is found in ITAR subsection 20(1). It is obvious, therefore, having in mind the appellant's concession, that ITAR, subsection 20(1) cannot apply.

[24] With respect to the second argument, the appellant, as we have seen, contends that it "gave up" the value of the original licences to acquire the replacement licences and that the cost of the replacement licences is equal to the fair market value of the original licences at the time they were given in exchange.

[25] This runs contrary to what this Court decided in the *Kettle River* case where one of the issues was the cost of certain timber licences acquired by renewal. The appellants in that case contended, as in the present case, that the cost of the licences obtained or renewed was equal to the value of the replaced licences at the time of the renewal. This argument was based on the premise that the taxpayers had given up those previous licences to obtain the renewed licences.

[26] This Court found, however, that the taxpayers had not given up anything at all to obtain the renewed licences. In reversing the Trial Judge on this point, this Court said:¹¹

The trial judge was, of course, perfectly right to read the *D'Auteuil Lumber* case as standing for the proposition that the cost of an asset to a taxpayer is what he has given up to

[22] Dans l'affaire *Kettle River*, notre Cour a examiné et retenu l'interprétation que le juge de première instance avait donnée des dispositions pertinentes¹⁰ et a confirmé sa conclusion que les droits de coupe de bois qui avaient été prolongés, renouvelés ou remplacés après le 6 mai 1974 avaient été «acquis» après cette date.

[23] Ainsi, l'appelante a, en l'espèce, acquis les permis de remplacement en 1979. Ces permis ne peuvent être considérés comme «un bien amortissable qu'il [. . .] [le contribuable] a acquis avant 1972 et qui lui a appartenu pendant toute la période allant du 31 décembre 1971 jusqu'à la date, postérieure à 1971, à laquelle il en a disposé» [soulignement ajouté] pour reprendre le libellé du paragraphe 20(1) des RAIR. Il est donc évident, compte tenu de l'admission de l'appelante, que le paragraphe 20(1) ne peut s'appliquer.

[24] Pour ce qui est du second argument, l'appelante affirme, comme nous l'avons vu, qu'elle a «renoncé» à la valeur des permis initiaux pour acquérir les permis de remplacement et que le coût des permis de remplacement est égal à la juste valeur marchande des permis initiaux au moment de l'échange.

[25] Cet argument va à l'encontre de ce que notre Cour a décidé dans l'arrêt *Kettle River* dans lequel le débat portait notamment sur le coût de certains permis de coupe acquis par renouvellement. Dans cette affaire, les appelantes affirmaient, comme en l'espèce, que le coût des permis obtenus ou renouvelés était égal à la valeur des permis remplacés au moment de leur renouvellement. Cet argument reposait sur la prémisse que les contribuables avaient renoncé aux permis antérieurs en question pour obtenir les permis renouvelés.

[26] Notre Cour a toutefois conclu que les contribuables n'avaient renoncé à rien pour obtenir les permis renouvelés. Pour infirmer la décision du juge de première instance sur ce point, notre Cour a déclaré ce qui suit¹¹:

Le juge de première instance a eu, bien entendu, parfaitement raison d'interpréter le précédent *D'Auteuil Lumber* comme illustrant le principe que le coût d'un bien est, pour

get it. He was, however, with respect, wrong to think that these taxpayers, the respondents, had given up the fair market value of their quotas when they renewed their licences. Indeed, far from giving them up, the respondents, by the renewal of their licences, were exercising and enjoying the rights which they had in virtue of their quotas. In *D'Auteuil Lumber*, the taxpayer had actually given up the right to compensation for expropriation but, as far as I can see, neither of these taxpayers gave up anything at all As the trial judge himself said, . . . the respondents "rolled over" their quotas and that is a very different thing from giving them up.

[27] The appellant, in the case at bar, has not given up anything to get the replacement licences. Sections 20 and 33 of the *Forest Act* make it clear that the original licences were made to expire by statute and required that the replacement licences be issued automatically. The replacement licences gave the same rights to cut over the same area as the original licences.

[28] Having rejected both of the appellant's arguments, I would dismiss this appeal with costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ *Fletcher Challenge Canada Ltd. v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2279 (T.C.C.) (Sobier T.C.J.).

² A full review of the statement of agreed facts filed by the parties can be found in the Tax Court judgment, at pp. 2282-2286.

³ R.S.B.C. 1979, c. 140, ss. 19, 20 and 33.

⁴ *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(a); *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 s. 110(1)(e), Sch. VI.

⁵ The 1974 amendment, S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 6(7), applicable in respect of timber resource properties acquired after May 6, 1974, became paragraph 13(21)(d.1) of the *Income Tax Act*. During the relevant taxation year 1988, it read thus:

13. (21) . . .

(d.1) "timber resource property" of a taxpayer means (i) a right or licence to cut or remove timber from a limit or area in Canada (in this paragraph referred to as an "original right") if

le contribuable, ce qu'il a donné en échange. Il a eu cependant tort de penser que les contribuables en l'espèce, c'est-à-dire les intimées, avaient renoncé à la juste valeur marchande de leurs quotas quand elles firent renouveler leurs permis. En effet, loin d'y avoir renoncé, les intimées, par le renouvellement de leurs permis, ont exercé les droits dont elles jouissaient en vertu de leurs quotas. Dans *D'Auteuil Lumber*, le contribuable avait vraiment abandonné son droit à l'indemnisation d'expropriation mais, autant que je sache, ni l'une ni l'autre des contribuables en l'espèce n'a renoncé à quoi que ce soit [. . .] Comme le juge de première instance l'a fait remarquer lui-même, les intimées ont «abandonné [leurs quotas] en échange», ce qui ne veut pas du tout dire qu'elles y ont renoncé.

[27] En l'espèce, l'appelante n'a pas renoncé à quoi que ce soit pour obtenir les permis de remplacement. Les articles 20 et 33 de la *Forest Act* précisent dans les termes les plus nets que les permis initiaux étaient censés expirer aux termes de la loi et ils exigeaient que des permis de remplacement soient délivrés de plein droit. Les permis de remplacement conféraient à leur titulaire les mêmes droits de coupe sur le même territoire que les permis initiaux.

[28] Ayant rejeté les deux arguments de l'appelante, je suis d'avis de rejeter l'appel sans frais.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je suis du même avis.

¹ *Fletcher Challenge Canada Ltd. c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2279 (C.C.I.) (le juge Sobier).

² On trouve un examen détaillé de l'exposé conjoint des faits déposé par les parties aux p. 2282 à 2286 du jugement de la Cour de l'impôt.

³ R.S.B.C. 1979, ch 140, art. 19, 20 et 33.

⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)a; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 art. 110(1)e, ann. VI.

⁵ Les modifications de 1974, que l'on trouve à S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 6(7), et qui s'appliquent aux avoirs forestiers acquis après le 6 mai 1974, sont devenues l'alinéa 13(21)d.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Au cours de l'année d'imposition pertinente, l'année 1988, cet alinéa était ainsi libellé:

13. (21) [. . .]

d.1) «avoir forestier» d'un contribuable désigne

(i) un droit ou un permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada (appelé, au présent alinéa, «droit initial») si

(A) that original right was acquired by the taxpayer (other than in the manner referred to in subparagraph (ii)) after May 6, 1974, and

(B) at the time of the acquisition of the original right
 (I) the taxpayer may reasonably be regarded as having acquired, directly or indirectly, the right to extend or renew that original right or to acquire another such right or licence in substitution therefor, or
 (II) in the ordinary course of events, the taxpayer may reasonably expect to be able to extend or renew that original right or to acquire another such right or licence in substitution therefor, or

(ii) any right or licence owned by the taxpayer to cut or remove timber from a limit or area in Canada if that right or licence may reasonably be regarded

(A) as an extension or renewal of or as one of a series of extensions or renewals of an original right of the taxpayer, or

(B) as having been acquired in substitution for or as one of a series of substitutions for an original right of the taxpayer or any renewal or extension thereof;

As stated above, this paragraph was enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 6(7). S. 6(9) of that Act provided for the coming into force of s. 6(7) as follows:

6. . . .

(9) Subsections (1), (7) and (8) are applicable in respect of timber resource properties acquired after May 6, 1974, subsection (2) is applicable in respect of amounts that become receivable after May 6, 1974 and subsection (3) is applicable after May 6, 1974.

⁶ The *Income Tax Application Rules, 1971*, enacted as Part III of chapter 63, S.C. 1970-71-72, deal with the coming into force of the revised *Income Tax Act*. The *Income Tax Act Application Rules, 1971* set forth special transitional rules, as well as special rules that apply in the case of certain taxpayers having taxation years not coinciding with calendar years. (CCH Canadian Limited, 58th ed. 1988, at § 36,813).

⁷ [1994] 1 C.T.C. 182 (F.C.A.).

⁸ *Supra*, note 1, at p. 2297.

⁹ *Timber limits and cutting rights*.

¹⁰ *Kettle River Sawmills Ltd. v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 276 (F.C.T.D.) (Strayer J. as he then was).

¹¹ *Supra*, note 7, at p. 190.

(A) le contribuable a acquis ce droit initial (mais non de la manière visée au sous-alinéa (ii)) après le 6 mai 1974, et si,

(B) à la date de l'acquisition du droit initial,
 (I) le contribuable peut raisonnablement être considéré comme ayant acquis, directement ou indirectement, le droit à la prolongation ou au renouvellement de ce droit initial ou le droit d'acquies un autre droit ou permis de ce genre pour le remplacer, ou,
 (II) dans le cours ordinaire des choses, le contribuable peut raisonnablement s'attendre de pouvoir obtenir la prolongation ou le renouvellement de ce droit initial ou de pouvoir acquies un autre droit ou permis de ce genre pour le remplacer, ou

(ii) tout droit ou permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada qui appartient au contribuable si ce droit ou ce permis peut raisonnablement être considéré

(A) comme une prolongation ou un renouvellement d'un droit initial ou comme l'une de plusieurs prolongations ou renouvellements d'un tel droit du contribuable, ou

(B) comme ayant été acquis en remplacement d'un droit initial ou en remplacement d'un renouvellement ou prolongation de celui-ci ou lors d'un ou de plusieurs remplacements d'un tel droit du contribuable ou renouvellement ou d'une telle prolongation.

Comme nous l'avons déjà précisé, cet alinéa a été édicté par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 6(7). L'art. 6(9) de cette Loi prévoyait ce qui suit au sujet de l'entrée en vigueur de l'art. 7:

6. [. . .]

(9) Les paragraphes (1), (7) et (8) s'appliquent aux avoirs forestiers acquis après le 6 mai 1974, le paragraphe (2) s'applique aux sommes qui deviennent recevables après le 6 mai 1974 et le paragraphe (3) s'applique après le 6 mai 1974.

⁶ *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, prises en application de la partie III du chapitre 63, S.C. 1970-71-72. Ces règles portent sur l'entrée en vigueur de la version révisée de *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* renferment des dispositions transitoires spéciales, ainsi que des règles spéciales qui s'appliquent dans le cas de certains contribuables dont l'année d'imposition ne coïncide pas avec l'année civile (CCH Canadian Limited, 58^e éd. 1988, § 36 813).

⁷ [1994] 1 C.T.C. 182 (C.A.F.).

⁸ *Supra*, note 1, à la p. 2297.

⁹ *Concessions forestières et droits de coupe*.

¹⁰ *Kettle River Sawmills Ltd. c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 276 (C.F. 1^{re} inst.) (le juge Strayer, maintenant juge à la Cour d'appel).

¹¹ *Supra*, note 7, à la p. 190.

T-989-86

Eugene Houle, Henry Quinney, Finlay Moses, Noah Cardinal, Emma Gladue, Alex Redcrow, Alex Whiskeyjack, John Shirt and Edwin Quinney, on their own behalf and on behalf of the Peoples of the Saddle Lake Indian Band (formerly referred to as the Cree Tribe of Indians resident on Reserves #125 and #125A) and Sam Bull, Ernest Jackson, Morris Jackson and Alan Houle, on their own behalf and on behalf of the Peoples of the Whitefish Indian Band (formerly Jams Seenum's Band of the Cree Tribe of Indians) (Plaintiffs)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

INDEXED AS: HOULE v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, April 27 and July 24, 2000.

Practice — Pleadings — Amendments — Plaintiffs seeking amendments to statement of claim in action against Crown for breach of trust in respect of surrender of petroleum, gas, mining rights on land within Indian reservation — Whether amendments particulars, allowable under r. 201 — Amendments should be allowed for determining real questions in controversy if not resulting in injustice incapable of being compensated by costs — That amendment making case more difficult to win, exposing party to increased liability not constituting prejudice — Test for disallowing amendment plain, obvious, beyond doubt it will not succeed — Broad plea made by plaintiffs requiring limiting particulars — Where amendments arise from same factual situation as set out in initial claim, irrelevant whether amendments raise new cause of action — Amendments allowed under r. 201.

Practice — Limitation of actions — Motion for order allowing amendments to statement of claim — Crown arguing amendments would add new causes of action which may be foreclosed by limitation period — Alberta Limitation of Actions Act applicable in case of breach of trust — Argument amendment adding new cause of action may not

T-989-86

Eugene Houle, Henry Quinney, Finlay Moses, Noah Cardinal, Emma Gladue, Alex Redcrow, Alex Whiskeyjack, John Shirt et Edwin Quinney, en leur propre nom et au nom des peuples de la bande indienne de Saddle Lake (anciennement la tribu des Cris résidant sur les réserves n^{os} 125 et 125A) et Sam Bull, Ernest Jackson, Morris Jackson et Alan Houle, en leur propre nom et au nom des peuples de la bande indienne de Whitefish (anciennement la bande de Jams Seenum de la tribu des Cris) (demandeurs)

c.

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: HOULE c. CANADA (I^{re} INST.)

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 27 avril et 24 juillet 2000.

Pratique — Actes de procédure — Modifications — Les demandeurs sollicitent l'autorisation d'apporter des modifications à la déclaration dans une action contre la Couronne pour violation de l'obligation fiduciaire en ce qui concerne la cession de droits sur le pétrole, le gaz et l'exploitation minière afférents aux terres d'une réserve indienne — Les modifications constituent-elles des précisions et sont-elles autorisées en vertu de la règle 201? — Les modifications devraient être autorisées afin de déterminer quelles sont les véritables questions controversées en autant qu'elles ne créent pas une injustice impossible à réparer au moyen de dépens — Le fait qu'une modification rende la cause plus difficile à gagner et soit susceptible d'accroître la responsabilité d'une partie ne constitue pas un préjudice — Pour rejeter une demande de modification, il doit être clair, manifeste et indubitable que cette modification n'aura aucune chance de succès — L'argument général qu'ont soumis les demandeurs nécessite des précisions qui permettent de circonscrire le débat — Lorsque des modifications découlent de la même situation de fait que celle énoncée dans la déclaration initiale, la question de savoir si les modifications donnent naissance ou non à une nouvelle cause d'action est sans importance — Modifications autorisées en vertu de la règle 201.

Pratique — Prescription — Requête visant à obtenir une ordonnance permettant d'apporter des modifications à la déclaration — La Couronne prétend que les modifications ajouteraient de nouvelles causes d'action qui peuvent être prescrites — La Limitation of Actions Act de l'Alberta est applicable en cas de manquement à l'obligation de

be retroactive until limitation issue decided, not preventing amendment — Limitation point ought not be decided when amendment granted, but at trial — Where amendments arise out of same facts as alleged in original statement of claim, irrelevant whether amendments raise new cause of action barred by limitation period.

This was a motion for an order allowing amendments to the statement of claim in an action against the Crown for breach of trust in respect of the surrender of petroleum, gas and mining rights on land within an Indian reservation. The plaintiffs alleged that the defendant has breached its duties as trustee and fiduciary towards them mainly in according excessive gas costs allowances and in allowing the lessees excessive deductions from royalties. They submitted that the disputed amendments are no more than particulars and that they should be permitted under rule 201 even if the effect is to add a new cause of action, so long as they are based on facts already pleaded and the defendant would suffer no prejudice. The Crown objected to most of the amendments on the basis that they added new causes of action and that any claim founded on a failure to place money to the credit of the plaintiffs ought to be subject to a six-year limitation. Two issues were raised: (1) whether the impugned amendments could be considered as particulars and (2) whether they should be allowed under rule 201.

Held, the motion should be allowed.

Amendments to determine real questions in controversy, the determination of which would serve the interests of justice, ought to be allowed so long as they do not work an injustice incapable of being compensated by costs. Prejudice to a respondent is not measured by whether an amendment will make his case more difficult to win, nor is it a major consideration that an amendment will expose a party to increased financial liability. As a general principle, the amendments should be accepted at face value, assuming the facts pleaded in them are true and evidence on the application should not be accepted unless it is needed to clarify the nature of the amendments. The test for disallowing a proposed amendment is that it be plain, obvious and beyond doubt that it will not succeed.

fiduciaire — L'argument selon lequel la modification qui ajoute une nouvelle cause d'action ne peut être rétroactive jusqu'à ce que la question de la prescription soit tranchée n'empêche pas de procéder à la modification — Un point portant sur la prescription devrait être tranché non pas lorsqu'une modification est autorisée, mais au procès — Lorsque des modifications découlent des mêmes faits que ceux allégués dans la déclaration initiale, la question de savoir si les modifications donnent naissance ou non à une nouvelle cause d'action prescrite est sans importance.

Il s'agit d'une requête visant à obtenir une ordonnance permettant d'apporter des modifications à la déclaration dans une action contre la Couronne pour violation de l'obligation fiduciaire en ce qui concerne la cession de droits sur le pétrole, le gaz et l'exploitation minière afférents aux terres d'une réserve indienne. Les demandeurs prétendent que la défenderesse a manqué à ses obligations de fiduciaire envers eux essentiellement en permettant des déductions excessives relativement au coût du gaz, et en accordant aux preneurs à bail des déductions excessives relativement aux redevances. Ils soutiennent que les modifications contestées ne sont rien de plus que des précisions et qu'elles devraient être autorisées en vertu de la règle 201, même si cela a pour effet d'ajouter une nouvelle cause d'action, pourvu qu'elles soient fondées sur des faits déjà invoqués et que la défenderesse ne subisse pas de préjudice. La Couronne s'oppose à la plupart des modifications en soutenant qu'elles ajoutent de nouvelles causes d'action et que toute revendication fondée sur le défaut de déposer des sommes d'argent au crédit des demandeurs devrait faire l'objet d'une prescription de six ans. Deux questions sont soulevées: 1) les modifications contestées pourraient-elles être considérées comme des précisions? et 2) devraient-elles être autorisées en vertu de la règle 201?

Jugement: la requête est accueillie.

Les modifications visant à déterminer quelles sont les véritables questions controversées — et il est dans l'intérêt de la justice de déterminer quelles sont ces questions — devraient être autorisées en autant qu'elles ne créent pas une injustice impossible à réparer au moyen de dépens. La question de savoir si la modification aura pour effet de rendre la partie plus difficile pour un défendeur ne doit pas entrer en ligne de compte pour évaluer le préjudice subi par celui-ci; le fait que l'autorisation d'une modification soit susceptible d'accroître la responsabilité financière d'une partie ne constitue pas non plus un facteur important à prendre en considération. Règle générale, les modifications devraient être acceptées telles quelles, en tenant pour acquis que les faits invoqués dans les modifications sont réels, et les éléments de preuve portant sur la demande ne devraient pas être reçus à moins qu'ils ne soient nécessaires pour clarifier la nature des modifications. Pour rejeter une demande de modification, il doit être clair, manifeste et indubitable que cette modification n'aura aucune chance de succès.

(1) The underlying purpose of particulars is that each party may know the case that his opponent intends to make at trial and so prevent the confusion, prejudice, expense and delay which would arise at trial if he were taken by surprise. To achieve this end particulars elaborate on and explain the cause(s) of action set out in the pleadings, although they are not for the purpose of filling in gaps in a pleading. If the underlying cause of action persists and is appropriately broad, the amendments may be merely new particulars which invite a judge to approach and interpret the wrong, here a breach of trust, from a different angle. The cause of action pleaded is somewhat broader than it is seen by defendant, encompassing obligations and duties arising out of the surrender of mineral rights, which duties were breached not only by the allowance to lessees of a gas cost allowance deduction from royalties and an increase of that allowance, but also by a failure to pay all royalty money to the plaintiffs. Such a broad plea begs for limiting particulars, such as those which the plaintiffs now seek to file. The amendments are just such particulars and it cannot be said that they are forlorn or that it is plain and obvious that they cannot succeed. The Crown's submission, that an amendment alleging a new cause of action may not be retroactive until the issue of limitation is decided, did not prevent the amendment at this point. A limitation point ought not to be decided in the context of striking out a statement of claim or by extension, when an amendment is granted, rather it should await a trial where it may be argued in full before a judge hearing the application and having before him all the facts.

(2) The plaintiffs submitted that they also have the ability to amend under rule 201, adding a new cause of action arising out of substantially the same facts, even beyond the limitation period. The present Rules are less clear than former Rule 427 which granted the Court the discretion to allow an amendment after time had run. The question becomes whether an amendment adding a new cause of action, arising out of the same fact pattern as is pleaded, is barred on the basis of early case law which precluded amendment to the body of the statement of claim when such might deprive a defendant of a limitation defence. Where paragraphs sought to be added as amendments arise substantially out of the same facts as alleged in the original statement of claim, it is irrelevant whether the amendments raise a new cause of action which is barred by a limitation period. The impugned amendments may be categorized as particulars and granted under rule 75, but the use of rule 201 and the granting of the amendments as a new cause of

1) Le but implicite des précisions est que chacune des parties puisse connaître la preuve que la partie adverse va présenter au procès et que, ainsi, la confusion, les préjudices, les frais et les délais qui risqueraient de survenir au procès si la partie adverse était prise au dépourvu puissent être éliminés. À cette fin, les précisions explicitent la ou les causes d'action énoncées dans les actes de procédure, bien que leur but ne soit pas de combler les lacunes d'un acte de procédure. Si la cause d'action sous-jacente continue d'exister et si elle est suffisamment large, il se peut que les modifications ne soient que des précisions nouvelles qui incitent un juge à aborder et à interpréter le préjudice subi — en l'espèce, un manquement à l'obligation de fiduciaire — sous un angle différent. La cause d'action invoquée est quelque peu plus large que ne l'estime la défenderesse en ce qu'elle englobe les obligations et les devoirs découlant de la cession de droits miniers, le manquement à ces devoirs s'étant produit non seulement en raison de la déduction accordée aux preneurs à bail relativement au prix du gaz, défalquée des redevances, et de l'augmentation de cette déduction, mais également en raison du défaut de payer aux demandeurs toutes les sommes dues à titre de redevances. Un argument de cette ampleur nécessite des précisions qui permettent de circonscrire le débat, comme celles dont les demandeurs cherchent à obtenir le dépôt. Les modifications ne sont rien d'autre que des précisions de ce genre et on ne peut prétendre qu'elles soient désespérées ou qu'elles n'aient nettement, manifestement et indubitablement aucune chance de succès. La prétention de la Couronne selon laquelle une modification qui allègue une nouvelle cause d'action ne peut être rétroactive jusqu'à ce que la question de la prescription soit tranchée n'empêche pas de procéder à la modification à ce stade-ci. Un point portant sur la prescription ne devrait pas être tranché dans le contexte de la radiation d'une déclaration ou par extension, lorsqu'une modification est autorisée; il convient plutôt d'attendre le procès où le juge saisi de la demande peut entendre tous les arguments, ayant alors tous les faits en main.

2) Les demandeurs soutiennent qu'ils sont également aptes à procéder à une modification en vertu de la règle 201, ajoutant une nouvelle cause d'action résultant essentiellement des mêmes faits, même après l'expiration du délai de prescription. Les Règles actuelles sont moins claires que l'ancienne Règle 427 qui accordait à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser une modification après l'expiration du délai de prescription. La question qui se pose est de savoir si une modification qui ajoute une nouvelle cause d'action découlant du même ensemble de faits que celui invoqué dans les actes de procédure est interdite en raison de l'ancienne jurisprudence qui empêchait de modifier le corps de la déclaration quand la modification était susceptible de priver le défendeur d'une défense de prescription. Lorsque les dispositions que l'on veut ajouter à titre de modifications découlent essentiellement des mêmes faits que ceux énoncés dans la déclaration initiale, la question de savoir si les modifications donnent naissance ou non à une

action may be a better approach, even though there is a possibility that a limitation has run. These amendments are necessary to determine the real questions in controversy and, in doing so, serve the interests of justice.

nouvelle cause d'action que l'expiration du délai de prescription interdit d'invoquer est sans importance. Les modifications contestées peuvent être qualifiées de précisions et autorisées en vertu de la règle 75, mais il se peut que le recours à la règle 201 et que l'autorisation de la modification à titre de nouvelle cause d'action constituent une meilleure démarche, même s'il est possible que le délai de prescription soit expiré. Les modifications en cause sont nécessaires pour que les véritables questions en litige soient tranchées et, ce faisant, pour que justice soit faite.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 419, 420, 424, 425, 426, 427.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 75, 76, 77, 201.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 53(1).
Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. I-7.
Indian Oil and Gas Regulations, 1995, SOR/94-753, s. 4.
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 40.
Limitations Act, S.A. 1996, c. L-15.1, s. 13.
Rules of the Supreme Court 1965 (U.K.), S.I. 1965/1776, Ord. 20, r. 5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Scottish & York Insurance Co. v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 6 (T.D.) (QL); *Almecon Industries Ltd. v. Anchortek Ltd.* (1999), 85 C.P.R. (3d) 216 (F.C.T.D.); *Andersen Consulting v. Canada*, [1998] 1 F.C. 605; (1997), 220 N.R. 35 (C.A.); *Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The)*, [1995] 1 F.C. 407; (1994), 85 F.T.R. 251 (T.D.); *Enoch Band of Stony Plains Indians v. Canada*, [1994] 3 C.N.L.R. 41; (1994), 164 N.R. 301 (F.C.A.).

CONSIDERED:

- Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.); *Gleason Works v. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (F.C.T.D.); *Société Canadienne de Métaux Reynolds v. Fednav*, [1989] F.C.J. No. 1116 (T.D.) (QL); *Katcher I, The*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 232 (Adm.); *Collins v. Hertfordshire County Council and Another*, [1947] K.B. 598; *Dornan v. J. W. Ellis & Co. Ltd.*, [1962] 1 Q.B. 583 (C.A.); *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381; (1993), 49 C.C.E.L. 109; 63 F.T.R. 48 (T.D.); *Mitchell v. Harris Engineering Co. Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 703 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 40.
Limitations Act, S.A. 1996, ch. L-15.1, art. 13.
Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. I-7.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 53(1).
Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, DORS/94-753, art. 4.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 420, 424, 425, 426, 427.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 75, 76, 77, 201.
Rules of the Supreme Court 1965 (R.-U.), S.I. 1965/1776, Ord. 20, r. 5.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Scottish & York Insurance Co. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 6 (1^{re} inst.) (QL); *Almecon Industries Ltd. c. Anchortek Ltd.* (1999), 85 C.P.R. (3d) 216 (C.F. 1^{re} inst.); *Andersen Consulting c. Canada*, [1998] 1 C.F. 605; (1997), 220 N.R. 35 (C.A.); *Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le)*, [1995] 1 C.F. 407; (1994), 85 F.T.R. 251 (1^{re} inst.); *Bande Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada*, [1994] 3 C.N.L.R. 41; (1994), 164 N.R. 301 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.); *Gleason Works c. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Société Canadienne de Métaux Reynolds c. Fednav*, [1989] F.C.J. n° 1116 (1^{re} inst.) (QL); *Katcher I, The*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 232 (Adm.); *Collins v. Hertfordshire County Council and Another*, [1947] K.B. 598; *Dornan v. J. W. Ellis & Co. Ltd.*, [1962] 1 Q.B. 583 (C.A.); *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381; (1993), 49 C.C.E.L. 109; 63 F.T.R. 48 (1^{re} inst.); *Mitchell v. Harris Engineering Co. Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 703 (C.A.).

REFERRED TO:

Martel Building Ltd. v. Canada, [1998] 4 F.C. 300; (1998), 163 D.L.R. (4th) 504; 229 N.R. 187 (C.A.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *Batting v. London Passenger Transport Board*, [1941] 1 All E.R. 228 (C.A.); *Marshall v. London Passenger Transport Board*, [1936] 3 All E.R. 83 (C.A.); *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada, Inc.* (1993), 52 C.P.R. (3d) 522; 167 N.R. 82 (F.C.A.); *Canadian Motor Sales Corp. Ltd. v. The Madonna*, [1972] F.C. 25; (1972), 24 D.L.R. (3d) 573 (T.D.); *Francoeur v. Canada*, [1992] 2 F.C. 333; (1992), 140 N.R. 389; 5 T.C.T. 4096 (C.A.); *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.); *Mabro v. Eagle, Star and British Dominions Insurance Co., Ltd.* [1932] 1 K.B. 485 (C.A.); *Rodriguez v. R. J. Parker (Male)*, [1967] 1 Q.B. 116.

MOTION for an order allowing amendments to the statement of claim in an action against the Crown for breach of trust in respect of the surrender of petroleum, gas and mining rights on land within an Indian reservation. Motion allowed.

APPEARANCES:

Richard C. Secord for plaintiffs.
Greg G. Chase for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Ackroyd, Piasta, Roth & Day, Edmonton, for plaintiffs.
Miles, Davison, McCarthy, Calgary, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P: The plaintiffs seek amendments to the statement of claim, which I have allowed. In reaching that conclusion I have considered, among other authorities *Scottish & York Insurance Co. v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 6 (T.D.) (QL). *Scottish & York* explores, for the first time, the relationship among rule 75 [of the *Federal Court Rules, 1998*,

DÉCISIONS CITÉES:

Martel Building Ltd. c. Canada, [1998] 4 C.F. 300; (1998), 163 D.L.R. (4th) 504; 229 N.R. 187 (C.A.); *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (C.A.F.); *Batting v. London Passenger Transport Board*, [1941] 1 All E.R. 228 (C.A.); *Marshall v. London Passenger Transport Board*, [1936] 3 All E.R. 83 (C.A.); *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada, Inc.* (1993), 52 C.P.R. (3d) 522; 167 N.R. 82 (C.A.F.); *Canadian Motor Sales Corp. Ltd. c. Le Madonna*, [1972] C.F. 25; (1972), 24 D.L.R. (3d) 573 (1^{re} inst.); *Francoeur c. Canada*, [1992] 2 C.F. 333; (1992), 140 N.R. 389; 5 T.C.T. 4096 (C.A.); *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.); *Mabro v. Eagle, Star and British Dominions Insurance Co., Ltd.* [1932] 1 K.B. 485 (C.A.); *Rodriguez v. R. J. Parker (Male)*, [1967] 1 Q.B. 116.

REQUÊTE visant à obtenir une ordonnance permettant d'apporter des modifications à la déclaration dans une action contre la Couronne pour violation de l'obligation fiduciaire en ce qui concerne la cession de droits sur le pétrole, le gaz et l'exploitation minière afférents aux terres d'une réserve indienne. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Richard C. Secord pour les demandeurs.
Greg G. Chase pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ackroyd, Piasta, Roth & Day, Edmonton, pour les demandeurs.
Miles, Davison, McCarthy, Calgary, pour la défenderesse.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les demandeurs sollicitent l'autorisation d'apporter des modifications à la déclaration et je la leur accorde. Avant d'en venir à cette conclusion, j'ai pris en considération, entre autres, l'affaire *Scottish & York Insurance Co. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 6 (1^{re} inst.) (QL). Dans *Scottish & York*, le juge Teitelbaum analyse pour la

SOR/98-106], dealing generally with amendments, rule 76, amendments to correct the name of a party or the capacity in which the party sues and rule 201, amendments to add new causes of action. I now consider this in more detail, beginning with some relevant background material.

BACKGROUND

[2] This action arises out of the surrender of petroleum, natural gas and mining rights, in connection with reserve land, to the federal Crown, by the Saddle Lake Band in about April and May 1941 and by the Whitefish Band in about June 1949. The surrender of these interests was on the written understanding that the Crown would hold them in trust and lease out the oil and gas rights on terms most conducive to the welfare of the Saddle Lake and Whitefish Bands, with the lease proceeds and interest to go to the credit of the Bands. The plaintiffs say there was a breach of this trust, from which damages flow.

[3] In more detail, the plaintiffs say that the defendant was obliged to act in a manner consistent with the best interests of and conducive to the welfare of the plaintiffs. The statement of claim, issued 28 April 1986 seeks, among other things, damages for breach of duties and obligations as trustees. These breaches were, in the original statement of claim, said to have been ongoing since about 1979 when the Crown allowed the lessees to deduct amounts from royalty payments which the plaintiffs say were excessive. In that statement of claim the plaintiffs seek declaratory relief that there were breaches, on the part of the defendant, of obligations under the surrender agreements, of the Crown's duties and obligations as trustee and of the Crown's fiduciary duties and obligations to the plaintiffs principally by way of excessive gas cost allowances or alternatively, by way of allowing excessive deductions from royalties. The plaintiffs go on, in the relief sought, to ask that the Crown be

première fois les liens qui existent entre la règle 75 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106], qui traite des modifications en général, la règle 76, qui concerne les modifications visant à corriger le nom d'une partie ou la qualité en laquelle une partie a intenté la poursuite, et la règle 201, qui porte sur les modifications visant à ajouter de nouvelles causes d'action. Je vais maintenant examiner l'affaire plus en détail, en commençant par donner quelques éléments contextuels importants.

CONTEXTE

[2] La présente action résulte de la cession à la Couronne fédérale de droits sur le pétrole, le gaz naturel et l'exploitation minière afférents aux terres d'une réserve par la bande de Saddle Lake, en avril et mai 1941, et par la bande de Whitefish, en juin 1949. La cession de ces droits a été effectuée sur la foi d'un engagement écrit selon lequel la Couronne les garderait en fiducie et donnerait à bail les droits sur le pétrole et le gaz aux conditions les plus favorables au bien-être des bandes de Saddle Lake et de Whitefish, les revenus de la concession et les intérêts devant être versés au crédit des bandes. Les demandeurs soutiennent qu'il y a eu violation de l'obligation fiduciaire et que cela leur a porté préjudice.

[3] Plus précisément, les demandeurs soutiennent que la défenderesse avait l'obligation d'agir au mieux des intérêts et du bien-être des demandeurs. La déclaration, en date du 28 avril 1986, sollicite notamment des dommages-intérêts pour manquement aux obligations de fiduciaire. Selon la déclaration initiale, ces manquements auraient débuté en 1979, alors que la Couronne a permis aux détenteurs de concessions de déduire, des redevances, des montants que les demandeurs jugent excessifs. Dans cette même déclaration, les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire selon lequel la défenderesse a manqué aux obligations qui lui incombaient à titre de fiduciaire, en vertu des ententes relatives aux cessions, surtout lorsqu'elle a accordé des déductions excessives relativement au coût du gaz ou aux redevances. Ils demandent en outre d'enjoindre à la Couronne de ne plus accorder d'autres déductions relatives au coût du gaz ou, subsidiairement, de lui imposer une comptabilité et des dommages-intérêts en

enjoined from allowing further deductions under the gas cost allowance, or otherwise, that there be an accounting and damages and interest to reflect the improper deductions.

[4] Turning to the amendments, the subject of this application, the plaintiffs seek minor housekeeping amendments in paragraphs 7, 10 and 26, to which no objection has been made, but fairly extensive amendments in proposed new paragraphs 9 and 14. To summarize proposed paragraph 9, it is to the effect that the Crown has breached its duties as a trustee and fiduciary. It sets out a number of failures as trustee and fiduciary including the crediting of money received for the lease of the mineral rights, payment of interest, verification of the accuracy and reasonableness of royalty calculations, adoption of measures to ensure timely payment or interest in lieu, establishment of minimum production requirements and ensuring systematic, orderly and cost effective development of the mineral rights.

[5] Paragraph 14 sets out ways in which the Crown is alleged to have acted in a manner contrary to and inconsistent with its fiduciary duty. These failures are quite wide ranging and include abdications of fiduciary responsibilities, specific improper delegations and assorted further failures including as to verification of the accuracy of various deductions, establishment of minimum production requirements, the ensuring of ongoing development in an orderly and cost effective manner and, alternatively, a failure to restrict the allowance given to the lessees who failed to properly develop the mineral rights.

[6] The Crown objects to most of the amendments put forward as paragraph 9 on the basis that they add new causes of action, causes of action which might go back to a time before gas production commenced in 1976, indeed perhaps back to the time of the surrenders. Moreover the Crown takes the position that any claim founded on a failure to place money to the credit of the plaintiffs ought to be subject to a six-year limitation.

raison des déductions inappropriées.

[4] Pour ce qui est des modifications qui font l'objet de la présente demande, les demandeurs sollicitent des modifications mineures aux paragraphes 7, 10 et 26, qui n'ont pas soulevé d'opposition, mais aussi des modifications assez importantes aux nouveaux paragraphes 9 et 14 qu'ils proposent. En résumé, le paragraphe 9 déclare que la Couronne a manqué à ses obligations de fiduciaire. Il énumère divers manquements, notamment en ce qui a trait au fait de créditer des sommes reçues pour la location des droits miniers, au paiement d'intérêts, à la vérification du caractère juste et raisonnable du calcul des redevances, à l'adoption de mesures visant à obtenir le paiement à échéance ou, à défaut, le paiement d'intérêts, à l'adoption d'exigences de production minimale et à des mesures visant à garantir une exploitation systématique, ordonnée et rentable des droits miniers.

[5] Le paragraphe 14 énumère divers actes imputés à la Couronne et incompatibles avec son obligation de fiduciaire. Ces manquements d'une grande diversité comprennent le non-respect de ses obligations de fiduciaire, les délégations inappropriées de pouvoirs particuliers ainsi que d'autres manquements, notamment en ce qui concerne la vérification de la justesse de diverses déductions, l'adoption d'exigences minimales de production, la prise de mesures visant à garantir la poursuite du développement d'une façon ordonnée et rentable et, subsidiairement, le défaut de restreindre la déduction accordée aux preneurs à bail qui n'ont pas exploité convenablement les droits miniers.

[6] La Couronne s'oppose à la plupart des modifications envisagées au paragraphe 9 en soutenant qu'elles ajoutent de nouvelles causes d'action et que celles-ci pourraient remonter plus loin qu'au début de la production du gaz, en 1976, voire même à l'époque où les terres ont été cédées. En outre, la Couronne prend le parti selon lequel toute revendication fondée sur le défaut de déposer des sommes d'argent au crédit des demandeurs devrait faire l'objet d'une prescription de six ans.

[7] The Crown objects to many of the amendments put forward as paragraph 14 either on the basis that there might be a specific limitation period of six years applicable or, as in the case of some of the paragraph 9 amendments, they might allow the plaintiffs to question the Crown's actions going back to the 1940s. As I say, I have allowed the amendments. I now turn to the analysis of this conclusion.

ANALYSIS

[8] Initially, in their motion brief, the plaintiffs took two approaches by which to bring the desired amendments, to which the Crown objects, within the Rules as proper amendments, citing rules 75 and 201 as alternatives. I put no great emphasis on the argument that the defendant may have lulled the plaintiffs into believing that the amendment would go by consent: that material merely adds to the evidence that the amendments, on which there already has been some examination for discovery, come as no surprise. Indeed the defendant has had a copy of the proposed amended statement of claim since 1994.

[9] In the first instance, dealing with rule 75, the plaintiffs submit that the disputed amendments are no more than particulars. In the second instance, dealing with rule 201, the plaintiffs submit, in their original motion brief, that the amendments should be allowed even if the effect is to add a new cause of action, so long as the amendments are based on facts already pleaded and the defendant would suffer no prejudice, here citing the Federal Court of Appeal decision in *Martel Building Ltd. v. Canada*, [1998] 4 F.C. 300 reversing (1997), 129 F.T.R. 249, a case based on the former *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663].

[10] After the motion briefs had been exchanged, but before the motion was heard, counsel for the plaintiffs became aware of *Scottish & York Insurance Co.*,

[7] La Couronne s'oppose à plusieurs des modifications envisagées au paragraphe 14 en invoquant soit la possibilité d'une prescription particulière de six ans, soit, comme dans le cas de quelques-unes des modifications contenues au paragraphe 9, que cela permettrait aux demandeurs de remettre en question les actes de la Couronne qui remonteraient jusqu'aux années 40. Comme je l'ai dit précédemment, j'ai autorisé les modifications. Je vais maintenant exposer l'analyse qui a mené à cette conclusion.

ANALYSE

[8] Au début, dans leur mémoire de requête, les demandeurs ont indiqué deux démarches qui leur permettraient d'apporter, dans le cadre des règles, les modifications désirées auxquelles la Couronne s'oppose, en citant subsidiairement les règles 75 et 201. J'accorde peu d'importance à l'argument selon lequel la défenderesse aurait donné à croire aux demandeurs qu'elle consentirait aux modifications: cela ne fait que s'ajouter aux éléments de preuve selon lesquels les modifications, qui ont déjà fait l'objet d'un interrogatoire au préalable, n'ont pas été présentées à l'improviste. En réalité, la défenderesse possède depuis 1994 une copie du projet de déclaration modifiée.

[9] Dans le premier cas, à l'égard de la règle 75, les demandeurs soutiennent que les modifications contestées ne sont rien de plus que des précisions. Dans le deuxième cas, à l'égard de la règle 201, les demandeurs soutiennent, dans le premier mémoire qu'ils ont produit relativement à la requête, que les modifications devraient être autorisées même si cela a pour effet d'ajouter une nouvelle cause d'action, pourvu qu'elles soient fondées sur des faits déjà invoqués et que la Couronne ne subisse pas de préjudice, citant à l'appui de cette prétention l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Martel Building Ltd. c. Canada*, [1998] 4 C.F. 300, infirmant la décision rendue en première instance et répertoriée à (1997), 129 F.T.R. 249, dans une affaire fondée sur les anciennes *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663].

[10] Après que les parties eurent échangé leurs mémoires sur la requête, mais avant que la requête ait été entendue, l'avocat des demandeurs a pris

supra, an apt decision in the present instance, for it deals with amendment and explains the interplay among rules 75, 76 and 201, which I will set out in due course. I therefore asked counsel to provide me with their further views, that being accomplished through supplemental briefs. All of the material filed by counsel, the original motion records and the supplemental briefs, have proven interesting and useful.

[11] In these reasons I have touched upon the plaintiffs' argument that the amendments are particulars, an argument which I find acceptable. However I believe to allow the amendment under rule 201 to be more apt.

Some Relevant Legislation

[12] The relevant *Federal Court Rules, 1998*, for the purpose of this motion, are subsection 75(1), rules 76, 77 and 201:

75. (1) Subject to subsection (2) and rule 76, the Court may, on motion, at any time, allow a party to amend a document, on such terms as will protect the rights of all parties.

...

76. With leave of the Court, an amendment may be made

(a) to correct the name of a party, if the Court is satisfied that the mistake sought to be corrected was not such as to cause a reasonable doubt as to the identity of the party, or

(b) to alter the capacity in which a party is bringing a proceeding, if the party could have commenced the proceeding in its altered capacity at the date of commencement of the proceeding, unless to do so would result in prejudice to a party that would not be compensable by costs or an adjournment.

77. The Court may allow an amendment under rule 76 notwithstanding the expiration of a relevant period of limitation that had not expired at the date of commencement of the proceeding.

...

connaissance de l'affaire *Scottish & York Insurance Co.*, précitée, une décision pertinente, en l'occurrence, puisqu'elle traite de modifications et explique l'interrelation entre les règles 75, 76 et 201, explication que je présenterai en temps et lieu. J'ai donc demandé aux avocats de me faire connaître leurs points de vue, ce qu'ils ont fait au moyen de mémoires additionnels. Tous les documents déposés en preuve par les avocats, tant les premiers dossiers de requête déposés que les mémoires additionnels, se sont avérés intéressants et utiles.

[11] Dans les présents motifs, j'ai brièvement examiné l'argument des demandeurs selon lequel les modifications sont des précisions, argument que je trouve acceptable. Cependant, je pense qu'il est préférable de permettre la modification en vertu de la règle 201.

Quelques dispositions légales pertinentes

[12] Les *Règles de la Cour fédérale (1998)* pertinentes quant à la présente requête sont le paragraphe 75(1), et les règles 76, 77 et 201, qui prévoient ce qui suit:

75. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et de la règle 76, la Cour peut à tout moment, sur requête, autoriser une partie à modifier un document, aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties.

[. . .]

76. Un document peut être modifié pour l'un des motifs suivants avec l'autorisation de la Cour, sauf lorsqu'il en résulterait un préjudice à une partie qui ne pourrait être réparé au moyen de dépens ou par un ajournement:

a) corriger le nom d'une partie, si la Cour est convaincue qu'il s'agit d'une erreur qui ne jette pas un doute raisonnable sur l'identité de la partie;

b) changer la qualité en laquelle la partie introduit l'instance, dans le cas où elle aurait pu introduire l'instance en cette nouvelle qualité à la date du début de celle-ci.

77. La Cour peut autoriser une modification en vertu de la règle 76 même si le délai de prescription est expiré, pourvu qu'il ne l'ait pas été à la date du début de l'instance.

[. . .]

201. An amendment may be made under rule 76 notwithstanding that the effect of the amendment will be to add or substitute a new cause of action, if the new cause of action arises out of substantially the same facts as a cause of action in respect of which the party seeking the amendment has already claimed relief in the action.

[13] Perhaps also relevant are two limitation provisions, the first from the *Limitations Act*, S.A. 1996, c. L-15.1 and the second from the predecessor legislation, the *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15:

13. An action brought, after the coming into force of this Act, by an aboriginal people against the Crown based on a breach of fiduciary duty alleged to be owed by the Crown to those people is governed by the law of limitation of actions as if the *Limitation of Actions Act* had not been repealed and this Act were not in force. *Limitations Act*, S.A. 1996.]

and:

40. Subject to the other provisions of this Part, no claim of a cestui que trust against his trustee for any property held on an express trust, or in respect of a breach of trust, shall be held to be barred by this Act. [*Limitations of Actions Act*, R.S.A. 1980.]

In effect it is the 1980 legislation which would apply in the present instance in the case of a breach of trust, being an allegation made by the plaintiffs in this instance. The defendant submits that all of the proposed amendments may not fall within section 40 of the *Limitation of Actions Act*.

Basic Principles

[14] There are some basic principles which apply to amendments. I do not believe the parties are in disagreement here. Indeed, while the principles are, for the most part, commonplace, it is useful to set them out.

[15] To begin, amendments to determine real questions in controversy, the determination of which would

201. Il peut être apporté aux termes de la règle 76 une modification qui aura pour effet de remplacer la cause d'action ou d'en ajouter une nouvelle, si la nouvelle cause d'action naît de faits qui sont essentiellement les mêmes que ceux sur lesquels se fonde une cause d'action pour laquelle la partie qui cherche à obtenir la modification a déjà demandé réparation dans l'action.

[13] Deux dispositions en matière de prescription peuvent aussi s'avérer pertinentes: la première se trouve dans la *Limitations Act*, S.A. 1996, ch. L-15.1, et la seconde provient de la loi qui a précédé cette loi, la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, qui prévoient:

[TRADUCTION]

13. Une action intentée contre la Couronne par un peuple autochtone, après l'entrée en vigueur de la présente loi, et fondée sur un manquement de la Couronne à une obligation de fiduciaire qu'elle aurait envers ce peuple est régie par le droit de la prescription des actions comme si la *Limitation of Actions Act* n'avait pas été abrogée et comme si la présente loi n'était pas en vigueur. [*Limitations Act*, S.A. 1996.]

et:

[TRADUCTION]

40. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, la présente loi n'a pas pour effet d'empêcher le bénéficiaire d'intenter contre le fiduciaire une action relativement à un bien qui fait l'objet d'une fiducie expresse ou relativement à un manquement à l'obligation de fiduciaire. [*Limitations of Actions Act*, R.S.A. 1980.]

En réalité, c'est la loi de 1980 qui devrait s'appliquer en l'occurrence, étant donné le manquement à l'obligation de fiduciaire allégué par les demandeurs. La défenderesse soutient qu'il se peut que les modifications demandées n'entrent pas toutes dans les cas prévus à l'article 40 de la *Limitation of Actions Act*.

Principes fondamentaux

[14] Il existe des principes fondamentaux qui s'appliquent aux modifications. Je pense que les parties s'entendent sur ce point. En fait, bien que ces principes soient pour la plupart bien connus, il est tout de même utile de les exposer.

[15] Tout d'abord, les modifications visant à déterminer quelles sont les véritables questions controver-

serve the interests of justice, ought to be allowed so long as they do not work an injustice incapable of being compensated by costs. This is set out in clear language by Mr. Justice Blais, in *Almecon Industries Ltd. v. Anchortek Ltd.* (1999), 85 C.P.R. (3d) 216 (F.C.T.D.), at page 218:

It is my opinion that the amendments should be allowed for determining the real questions in controversy provided that they do not result in an injustice to the defendants not capable of being compensated for by an award of costs and that the amendments would serve the interest of justice.

[16] The Court of Appeal in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.) quoted *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (T.C.C.), in which Mr. Justice Bowman touched upon a number of factors to be considered when dealing with an amendment but concluded that “Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done”: *Canderel*, at page 12, *Continental Bank*, at page 2310.

[17] Mr. Justice Bowman touches upon the concepts of fairness and justice. The counterpart to that is prejudice to a respondent in allowing an amendment. The Court of Appeal, in *Andersen Consulting v. Canada*, [1998] 1 F.C. 605, at page 613, pointed out that prejudice to a respondent is not measured by whether an amendment will make the case more difficult for the other side to win:

The fact that the proposed amendments might make the case more difficult for a party to win is not the kind of prejudice that is in issue on motions to amend the pleadings.

Nor is it a major consideration that an amendment will expose a party to increased financial liability: *Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The)*, [1995] 1 F.C. 407 (T.D.), at page 418, where Madam Justice Reed pointed out that the main prejudice to the Crown, arising from the amendment, would be increased financial liability but that this did not weigh “heavily

sées—et il est dans l’intérêt de la justice de déterminer quelles sont ces questions—devraient être autorisées en autant qu’elles ne créent pas une injustice impossible à réparer au moyen de dépens. Ce principe est exprimé très clairement par le juge Blais dans *Almecon Industries Ltd. c. Anchortek Ltd.* (1999), 85 C.P.R. (3d) 216 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 218:

Je suis d’avis que les modifications proposées devraient être autorisées afin de cerner les véritables questions en litige, à la condition que cela n’inflige pas aux défenderesses une injustice que l’adjudication des dépens ne pourrait réparer et que les modifications servent les intérêts de la justice.

[16] La Cour d’appel, dans *Canderel Ltée. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), a cité l’affaire *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (C.C.I.) dans laquelle le juge Bowman traite brièvement d’un certain nombre de facteurs à prendre en considération quand il est question d’une modification, mais il conclut qu’«[i]l s’agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l’intérêt qu’ont les tribunaux à ce que justice soit faite»: *Canderel*, à la page 12, et *Continental Bank*, à la page 2310.

[17] Le juge Bowman aborde les concepts d’équité et de justice. La contrepartie de ces concepts consisterait en l’autorisation d’une modification susceptible de causer un préjudice à un défendeur. La Cour d’appel, dans *Andersen Consulting c. Canada*, [1998] 1 C.F. 605, à la page 613, a souligné que la question de savoir si la modification aura pour effet de rendre la partie plus difficile pour la partie adverse ne doit pas entrer en ligne de compte pour évaluer le préjudice subi par un défendeur:

Que les modifications proposées puissent rendre la cause plus difficile à gagner par une partie n’est pas le genre de préjudice qui peut être invoqué à l’encontre d’une requête en modification des plaidoiries.

Le fait que l’autorisation d’une modification soit susceptible d’accroître la responsabilité financière d’une partie ne constitue pas non plus un facteur important à prendre en considération: dans l’affaire *Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le)*, [1995] 1 C.F. 407 (1^{re} inst.), à la page 418, M^{me} le juge Reed a souligné que le principal préjudice qui découlerait de la modifi-

enough in the balance to justify denying the amendment.”.

[18] There is a final pertinent area to deal with: as a general principle I ought to accept the amendments at face value, assuming the facts pleaded in the amendments are true, and not accept evidence on the application unless it is needed to clarify the nature of the amendments: *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.), at page 24. Nor ought I to anticipate whether the amendment will be successful at trial: *Gleason Works v. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (F.C.T.D.), at page 140, in which Associate Chief Justice Jerome, being satisfied that the amendments clarified an issue and caused no injustice, referred to *Société Canadienne de Métaux Reynolds v. Fednav*, [1989] F.C.J. No. 1116 (T.D.) (QL) in which Mr. Justice Dubé wrote that “the motions judge does not anticipate whether an amendment will be successful at trial, he merely decides whether or not it ought to be filed”. This is in line with what the Court of Appeal said in *Enoch Band of Stony Plain Indians v. Canada*, [1994] 3 C.N.L.R. 41: the test for disallowing a proposed amendment is that it be plain, obvious and beyond doubt that it will not succeed. In *Enoch Band* the Court of Appeal commented upon the test to be applied under both Rule 419, for striking out pleadings, and Rule 420, the amendment of pleadings, noting it really did not matter which rule was applied in the instance. The Court of Appeal then said (at pages 42-43):

We have heard the appeals on the basic assumption that in these areas the Court will only strike pleadings or deny amendments in plain and obvious cases where the case is beyond doubt.

...

We are dealing here with an area of the law which cannot be said to be settled with certainty. Accordingly we think

cation, quant à la Couronne, serait une responsabilité financière accrue, mais elle n’a pas jugé que cela était «d’une gravité qui porterait la Cour à rejeter les demandes de modification.»

[18] Il reste un dernier secteur pertinent à aborder: règle générale, je devrais accepter les modifications telles quelles, en tenant pour acquis que les faits invoqués dans les modifications sont réels, et je ne devrais pas recevoir d’éléments de preuve portant sur la demande à moins qu’ils ne soient nécessaires pour clarifier la nature des modifications: *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.), à la page 24. Je ne devrais pas non plus être obligé de prévoir si la modification sera accueillie ou non au procès: dans l’affaire *Gleason Works c. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 140, le juge en chef adjoint Jerome, convaincu que les modifications clarifiaient une question sans toutefois causer de préjudice, a fait référence à l’affaire *Société Canadienne de Métaux Reynolds c. Fednav*, [1989] F.C.J. n° 1116 (1^{re} inst.) (QL), dans laquelle le juge Dubé a écrit que «[l]e juge des requêtes ne détermine pas à l’avance si un amendement sera invoqué avec succès lors de l’instruction; il se prononce simplement sur la question de savoir si l’amendement devrait être déposé». Cette affirmation va dans le sens de ce que la Cour d’appel a dit dans *Bande Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada*, [1994] 3 C.N.L.R. 41: le critère qui permet de rejeter une demande de modification est qu’il soit clair, manifeste et indubitable que cette modification n’aura aucune chance de succès. Dans l’arrêt *Bande Enoch*, la Cour d’appel a commenté le critère applicable, en vertu de la Règle 419, pour radier des actes de procédure et, en vertu de la Règle 420, pour modifier des actes de procédure, en soulignant qu’il était sans importance d’établir laquelle était la règle applicable en l’instance. La Cour d’appel a alors déclaré (aux pages 42 et 43):

Nous avons entendu les appels en supposant fondamentalement que, dans ces domaines, la Cour ne radie les plaidoiries ou ne refuse les modifications que dans les cas clairs et évidents où il n’existe aucun doute.

[. . .]

Il est ici question d’une branche du droit difficile à régler avec certitude. Par conséquent, nous croyons que les

the appellants should have a chance to raise the whole issue of trust at trial.

Interestingly *Enoch Band* dealt with the surrender of Indian lands and the denial, at the trial level, overturned by the Court of Appeal, of an amendment to allege a trust and a breach of trust, involving money held in trust by the Crown for the Band. I now turn to the first justification for the amendments, that they are merely particulars of the cause of action which has already been alleged.

Amendments as Particulars

[19] While there are a number of functions which particulars address, the underlying purpose of particulars is so that each party may know the case that his or her opponent intends to make at trial and so prevent the confusion, prejudice, expense and delay which would arise at trial if he or she were taken by surprise. To achieve this end particulars elaborate on and explain the cause or causes of action set out in the pleadings, although they are not for the purpose of filling in gaps in a pleading.

[20] As I understand the defendant's argument it is that the plaintiffs' proposed amendments are not particulars but rather, to quote the written argument, are a whole "series of new actions.". To arrive at this position the defendant submits that the amendments go beyond the question of the propriety of the gas cost allowance deductions granted by the Crown, that issue, in the defendant's view, being the sole issue pleaded in the original statement of claim.

[21] During argument the Crown submitted that the amendments were in fact new causes of action, rather than particulars, differentiating particulars from causes of action by reason of particulars not standing on their own, as does a cause of action.

[22] Mr. Justice Brandon pointed out in *Katcher I, The*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 232 (Adm.), at page 235,

appellants devraient avoir la chance de soulever toute la question de la fiducie au procès.

Il est intéressant de noter que l'affaire *Bande Enoch* traitait de la cession de terres indiennes et du refus opposé par la Cour de première instance, et renversé par la Cour d'appel, d'autoriser une modification concernant une allégation de fiducie et de manquement à l'obligation de fiduciaire mettant en cause des sommes d'argent gardées en fiducie par la Couronne pour le compte de la Bande. Je vais maintenant examiner la première justification invoquée au soutien des modifications, à savoir qu'elles ne sont que des précisions de la cause d'action qui a déjà été alléguée.

Les modifications qui sont des précisions

[19] Bien que les précisions aient de nombreuses utilités, leur but implicite est tel que chacune des parties puisse connaître la preuve que la partie adverse va présenter au procès et que, ainsi, la confusion, les préjudices, les frais et les délais qui risqueraient de survenir au procès si la partie adverse était prise au dépourvu puissent être éliminés. À cette fin, les précisions explicitent la ou les causes d'action énoncées dans les actes de procédure, bien que leur but ne soit pas de combler les lacunes d'un acte de procédure.

[20] Si je comprends bien les arguments invoqués par la défenderesse, les modifications que les demandeurs veulent apporter ne constituent pas des précisions, mais plutôt, pour citer l'exposé écrit, une [TRADUCTION] «série complète de nouvelles actions». Pour en arriver à cette conclusion, la défenderesse soutient que les modifications vont au-delà de la question de la justesse des déductions accordées par la Couronne pour le coût du gaz, cette question constituant, du point de vue de la défenderesse, l'unique question soulevée dans la déclaration initiale.

[21] Lors de l'argumentation, la Couronne a soutenu que les modifications étaient en réalité de nouvelles causes d'action et non des précisions en affirmant que la différence tenait à ce que, contrairement aux causes d'action, les précisions n'ont pas d'existence propre.

[22] Le juge Brandon a souligné dans *Katcher I, The*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 232 (Adm.), à la

that it is not always easy to make the fine distinction between an amendment adding a new cause of action and an amendment which extended or varied the particulars of a cause of action, referring, in that passage, to *Collins v. Hertfordshire County Council and Another*, [1947] K.B. 598 and *Dornan v. J. W. Ellis & Co. Ltd.*, [1962] 1 Q.B. 583, a decision of the Court of Appeal.

[23] In *Collins* the cause of action was the negligence of the Hertfordshire County Council in and about the conduct of their hospital. Initially the allegations were directed at the resident medical officer and at a visiting surgeon, both paid by the defendant. After limitation had run the plaintiff sought to add a claim that the hospital was also liable for the negligence of their pharmacist. In allowing the amendment Mr. Justice Hilbery pointed out that “The alleged negligence of the pharmacist was not a new cause of action; it was a new particular: that is all it is” (page 622).

[24] In *Dornan* at issue were damages for personal injuries caused by the negligence or breach of statutory duty of the defendants, their servants or agents. The initial particulars of the negligence, in substance, were that the defendants had neglected to provide a workman with means of protecting his eyes against a defective tool. At trial the plaintiff sought to amend by adding to the particulars of negligence an allegation to the effect that the accident had been caused by the negligence of a fellow worker, or other servants or agents of the defendants and that the defendants were thus vicariously liable. At trial the Judge refused the amendment as raising a fresh cause of action which would be statute-barred at that date. The Court of Appeal pointed out that the new particulars of negligence, while different in quality from the original particulars, did not raise a new cause of action nor a different case of negligence, but rather invited a different approach to the same facts. Thus the Court of Appeal was not precluded from exercising discretion and allowing the amendment after the limitation period had run. This is essentially what is set out in

page 235, qu’il n’est pas toujours facile d’établir la distinction ténue qui existe entre une modification visant à ajouter une nouvelle cause d’action et une modification visant à ajouter d’autres précisions à une cause d’action ou à les remanier, faisant référence, dans ce passage, à *Collins v. Hertfordshire County Council and Another*, [1947] K.B. 598, et *Dornan v. J. W. Ellis & Co. Ltd.*, [1962] 1 Q.B. 583, un arrêt de la Cour d’appel.

[23] Dans *Collins*, la cause d’action était la négligence du conseil du comté d’Hertfordshire dans la gestion de son hôpital. Au début, les allégations mettaient en cause le résident de l’hôpital et un chirurgien invité, tous deux rémunérés par le défendeur. Une fois le délai de prescription expiré, le demandeur a voulu ajouter une demande selon laquelle l’hôpital était également responsable de la négligence de son pharmacien. En autorisant la modification, le juge Hilbery a souligné que [TRADUCTION] «La négligence qu’on a imputée au pharmacien ne constituait pas une nouvelle cause d’action; il s’agissait d’une nouvelle précision, tout simplement» (page 622).

[24] L’affaire *Dornan* mettait en cause des dommages-intérêts pour des blessures physiques causées par la négligence des défendeurs ou de leurs préposés ou mandataires ou par leur manquement à leurs obligations légales. Essentiellement, selon les précisions initiales portant sur la négligence, les défendeurs avaient négligé de fournir à un travailleur les moyens de se protéger les yeux contre un outil défectueux. Au procès, le demandeur a voulu modifier sa déclaration en y ajoutant des précisions sur la négligence, à savoir une affirmation selon laquelle l’accident avait été causé par la négligence d’un autre travailleur ou d’autres préposés ou représentants des défendeurs et que ceux-ci étaient par conséquent responsables du fait d’autrui. Au procès, le juge a refusé la modification en disant qu’elle soulevait une nouvelle cause d’action qui était alors prescrite. La Cour d’appel a fait remarquer que les nouvelles précisions portant sur la négligence, bien que d’une qualité différente de celle des précisions originales, ne soulevaient pas une nouvelle cause d’action ni une autre affaire de négligence, mais donnaient plutôt lieu

two passages at pages 592 and 593:

. . . I find myself unable to share the judge's view that this is a case where, as a matter of principle, no amendment can be allowed. The fresh allegations do not introduce a new cause of action, nor, in my view, "a new set of ideas." The original allegations were not against Stewart: but they were allegations that the defendant company's servants or agents had failed in the provision of goggles and a proper drill. Admittedly that was an allegation of breach of duty for which the company could not avoid liability under the former doctrine of common employment. But it was all part of the allegation that through lack of proper care of the defendants' their servants or agents the plaintiff suffered injury. The allegation against a fellow-workman was an extension of the case rather than a new case. It must be a question of degree in each case on its particular facts. I regard this as a difficult case which is near the line.

Lord Justice Davies referred to and contrasted the present situation with *Batting v. London Passenger Transport Board*, [1941] 1 All E.R. 228 (C.A.) and *Marshall v. London Passenger Transport Board*, [1936] 3 All E.R. 83 (C.A.) in which the amendments set up new and different causes of action and then went on to say, at pages 593-594:

Mr. Taylor, for the defendants, contends that the present case is in the same class as *Marshall's* case and *Batting's* case. But not without hesitation I have come to the view that it is not. The story that is now set up by the plaintiff is the same story as that set up all along, namely, that the plaintiff lost his eye from a piece of the drill which was being operated by Stewart. And, as I think, what is now sought to be done is not to make out a new case of negligence, but to persist in the old story and invite the judge at the trial to approach it, to interpret it, from a different angle or aspect. It is a different approach to the same main story of the accident.

In the present instance, if the underlying cause of action persists and if it is appropriately broad, the amendments may be merely new particulars which

à une démarche différente concernant les mêmes faits. La Cour d'appel pouvait donc exercer son pouvoir discrétionnaire et autoriser la modification malgré l'expiration du délai de prescription. C'est essentiellement ce qui est énoncé dans deux passages qui se trouvent aux pages 592 et 593:

[TRADUCTION] [. . .] il m'est impossible de partager l'opinion du juge selon laquelle il s'agit d'une affaire où, en principe, aucune modification n'est permise. Les nouvelles allégations ne suscitent pas une nouvelle cause d'action ni, à mon avis, «une série d'idées nouvelles». Les premières allégations n'étaient pas dirigées contre Stewart; selon celles-ci, les préposés ou les mandataires de la compagnie du défendeur avaient fait défaut de fournir des lunettes de sécurité et une perceuse adéquates. Il faut reconnaître qu'il s'agissait là d'une allégation de manquement à une obligation contre laquelle la compagnie ne pouvait dégager sa responsabilité en invoquant l'ancienne théorie de l'emploi commun. Toutefois, on affirmait que le demandeur avait subi un préjudice en raison du manque de diligence des défendeurs ou de leurs préposés ou mandataires. L'allégation qui pesait contre un compagnon de travail constituait un développement de l'affaire plutôt qu'une nouvelle affaire. Chaque affaire est une question de degrés et doit être évaluée à partir des faits précis sur lesquels elle repose. J'estime que la présente affaire est une affaire difficile qui se situe presque à la limite.

Le lord juge Davies a comparé cette situation à celle des affaires *Batting v. London Passenger Transport Board*, [1941] 1 All E.R. 228 (C.A.) et *Marshall v. London Passenger Transport Board*, [1936] 3 All E.R. 83 (C.A.), dans lesquelles les modifications constituaient de nouvelles causes d'action, différentes des premières; puis, il a ajouté, aux pages 593 et 594:

[TRADUCTION] M. Taylor, agissant pour le compte des défendeurs, soutient que la présente affaire appartient à la même catégorie que les affaires *Marshall* et *Batting*. J'en suis toutefois venu à la conclusion, non sans hésitation, que tel n'est pas le cas. Le récit que nous offre maintenant le demandeur est le même que celui qu'il nous offre depuis le tout début, à savoir qu'il a perdu un œil à cause d'un morceau de la perceuse que maniait Stewart. Et, selon moi, le but visé maintenant n'est pas de créer de toute pièce une nouvelle affaire de négligence, mais de poursuivre la même vieille affaire et d'inviter le juge du procès à l'aborder et à l'interpréter sous un autre angle ou aspect. C'est une façon différente d'aborder le même récit principal de l'accident.

En l'occurrence, si la cause d'action sous-jacente continue d'exister et si elle est suffisamment large, il se peut que les modifications ne soient que des

invite a judge to approach and interpret the wrong, here a breach of trust, from a different angle or aspect.

[25] My reading of the statement of claim is influenced by the above comments in *The Katcher I*, *Collins* and *Dornan* and is a little more expansive than that of the defendant. The cause of action is somewhat broader, encompassing obligations and duties arising out of the surrender of mineral rights, which duties and obligations were breached not only by the allowance to lessees of a gas cost allowance deduction from royalties and an increase of that allowance, but also by a failure to pay all royalty money to the plaintiffs. The plaintiffs allege a breach of subsection 53(1) of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], which allows the Minister, in accordance with the legislation and the terms of surrender, to manage, lease or carry out other transactions pertinent to the land that has been surrendered. Most, but not all of the breaches referred to in the original statement of claim, are aspects of the gas cost allowance. However there are broad references to breaches in the context of subsection 53(1) of the *Indian Act*, the *Indian Oil and Gas Act* [R.S.C., 1985, c. I-7] and the *Indian Oil and Gas Regulations, 1995* [SOR/94-753], including by way of section 4 of the *Indian Oil and Gas Regulations*, which section brings in the issue of ensuring compliance by lessees with all of the provisions of the *Indian Act* and the *Indian Oil and Gas Regulations, 1995*. Such a broad plea begs for limiting particulars, such as those which the plaintiffs now seek to file.

[26] In my view the amendments are just such particulars. The claims that the particulars illuminate may be difficult to prove, but one cannot say either that they are forlorn or that it is plain and obvious that they cannot succeed, the test applied on amendment by the Court of Appeal in *Enoch Band, supra*.

précisions nouvelles qui incitent un juge à aborder et à interpréter le préjudice subi—en l'espèce, un manquement à l'obligation de fiduciaire—sous un angle différent.

[25] Mon interprétation de la déclaration est influencée par les commentaires susmentionnés faits dans *The Katcher I*, *Collins* et *Dornan*, et elle est un peu plus libérale que celle de la défenderesse. La cause d'action est quelque peu plus large en ce qu'elle englobe les obligations et les devoirs découlant de la cession de droits miniers, le manquement à ces devoirs et obligations s'étant produit non seulement en raison de la déduction accordée aux preneurs à bail relativement au prix du gaz, défalquée des redevances, et de l'augmentation de cette déduction, mais également en raison du défaut de payer aux demandeurs toutes les sommes dues à titre de redevances. Les demandeurs soutiennent qu'il y a eu violation du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], qui permet au ministre, conformément aux dispositions de la loi et aux conditions de la cession, de gérer, de donner à bail ou d'effectuer d'autres transactions relatives aux terres cédées. La plupart des manquements auxquels fait référence la première déclaration ont trait à la déduction pour le coût du gaz. Il y a toutefois de larges renvois aux manquements qui se sont produits dans l'application du paragraphe 53(1) de la *Loi sur les Indiens*, à la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* [L.R.C. (1985), ch. I-7] et au *Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* [DORS/94-753], notamment l'article 4 de ce Règlement qui traite de la question de garantir le respect par les preneurs à bail de toutes les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ainsi que du *Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*. Un argument de cette ampleur nécessite des précisions qui permettent de circonscrire le débat, comme celles dont les demandeurs cherchent à obtenir le dépôt.

[26] À mon avis, les modifications ne sont rien d'autre que des précisions de ce genre. Les demandes que les précisions viennent éclairer peuvent être difficiles à prouver, mais on ne peut prétendre qu'elles soient désespérées ou qu'elles n'aient nettement, manifestement et indubitablement aucune chance de succès, ce qui est le critère que la Cour d'appel a appliqué aux modifications dans l'affaire *Bande Enoch*, précitée.

[27] That the amendments may make the case a more difficult one for the Crown to successfully defend is not prejudice to the Crown: *Andersen Consulting, supra*.

[28] The defendant Crown suggests witnesses who might know about the early development of the gas fields and their management may be impossible to find or may have memories which have faded. The defendant Crown also speculates on problems it might have in tracing money it received. All of this, as injustice or prejudice, is conjectural and has no place, without some solid evidence, in submissions in opposition to the amendment.

[29] The Crown does, however, raise an interesting point: an amendment alleging a new cause of action may not be retroactive, in the face of a limitation statute, unless the Court allowing the amendment actually rules on the issue of limitation. In *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381 (T.D.), Mr. Justice Noël, as he then was, said at pages 399-400:

I do not believe that, in the face of a limitation statute, an amendment which alleges a new cause of action can be considered to have been made at a time other than that at which it was actually made, unless the Court, in allowing the amendment, actually rules on the issue of limitation.

This view, that an amendment may not be retroactive until the issue of limitation is decided does not of course prevent the amendment at this point. There are a number of possibilities which may flow from the amendments if they are not merely particulars which do not raise a new cause of action: the limitation provisions from the applicable Alberta Limitation Statutes, which I set out earlier, may or may not apply; the limitation defence, which I expect the defendant will now plead, may well be one to which the plaintiffs have an answer; contrary to *Boothman* there is substantial case law to the effect that a limitation point ought not to be decided in the context of striking out a statement of claim or by extension when an amendment is granted, but rather it should await a

[27] Le fait que les modifications puissent faire en sorte qu'il est plus difficile pour la Couronne de se défendre avec succès ne constitue pas, pour elle, un préjudice: *Andersen Consulting*, précité.

[28] La Couronne défenderesse prétend qu'il peut s'avérer impossible de trouver des personnes qui auraient été témoins de l'exploitation et de la gestion des gisements de gaz à leurs débuts ou encore qu'il est possible que les souvenirs de ces témoins se soient estompés. La Couronne suppose aussi les problèmes qu'elle risque d'avoir pour retracer les sommes d'argent qui lui ont été versées. Que ce soit une injustice ou un préjudice, tout cela n'est que conjecture et n'a pas sa place, à défaut d'éléments de preuve concrets, dans des observations allant à l'encontre de la modification.

[29] La Couronne soulève toutefois une question intéressante: la modification qui allègue une nouvelle cause d'action ne peut être rétroactive en présence d'une loi portant prescription, à moins que la Cour qui autorise la modification ne se prononce sur la question de la prescription. Dans *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.), le juge Noël, (maintenant juge à la Cour d'appel), dit aux pages 399 et 400:

Je ne crois pas que l'on puisse considérer, en présence d'une loi portant prescription, qu'une modification dans laquelle une nouvelle cause d'action est alléguée a été faite à une époque autre que celle à laquelle la modification a vraiment été faite, à moins que la Cour, en autorisant la modification, ne statue véritablement sur la question de la prescription.

Ce point de vue selon lequel une modification ne peut être rétroactive jusqu'à ce que la question de la prescription soit tranchée n'empêche évidemment pas de procéder à la modification à ce stade-ci. Plusieurs possibilités peuvent découler des modifications si elles ne sont pas que de simples précisions qui ne donnent pas naissance à une nouvelle cause d'action: les dispositions des lois de l'Alberta sur la prescription, que j'ai déjà énoncées, peuvent s'appliquer ou non; la défense de prescription, que je m'attends à ce que la défenderesse soulève, peut bien être de celles auxquelles les demandeurs ont une réponse; contrairement à l'affaire *Boothman*, il existe une importante jurisprudence selon laquelle un point portant sur la prescription ne devrait pas être tranché dans le contexte de la

trial where it may be argued in full before a judge hearing the application, a judge who has access to all of the facts; or, if there is a new cause of action contained in the amendments, *Scottish & York, supra* may provide a complete answer, a point to which I now turn.

Amendment Pursuant to Rule 201

[30] The plaintiffs submit that they also have the ability to amend under rule 201, in effect adding a new cause of action, arising out of substantially the same facts, even where a limitation might have run.

[31] Under former Rules 424 through 427 amendments were allowed after a limitation had run in certain instances. For example, an amendment was allowed after a limitation had run where the defendant had always known the facts underlying the amendment, which merely served to make the damage claim more precise: *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada, Inc.* (1993), 52 C.P.R. (3d) 522 (F.C.A.). Similarly, Rule 427, combined with Rule 424, specifically allowed an amendment which would add or substitute a new cause of action if that new cause of action arose out of the same facts, or substantially the same facts, in respect of which relief is already claimed: see for example *Canadian Motor Sales Corp. Ltd. v. The Madonna*, [1972] F.C. 25 (T.D.) and *Francoeur v. Canada*, [1992] 2 F.C. 333 (C.A.), at page 337. Important to note here is that it must also be just to allow the amendment to be made.

[32] The present Rules are less clear than Rule 427 which, as I say, unambiguously allowed the Court the discretion to allow an amendment after time had run. Present rule 201, together with rule 77, set out earlier, parallel the language found in former Rule 427, grant the discretion to allow such an amendment but, arguably, limit such an amendment to the name or capacity of a party. The question then becomes whether an amendment adding a new cause of action,

radiation d'une déclaration ou par extension, lorsqu'une modification est autorisée; il convient plutôt d'attendre le procès où le juge saisi de la demande peut entendre tous les arguments, ayant alors accès à tous les faits; ou, si les modifications contiennent une nouvelle cause d'action, la décision *Scottish & York*, précitée, peut fournir une réponse complète, un point que je vais maintenant examiner.

Modification en application de la règle 201

[30] Les demandeurs soutiennent qu'ils sont également aptes à procéder à une modification en vertu de la règle 201, ajoutant en fait une nouvelle cause d'action résultant essentiellement des mêmes faits, même lorsque le délai de prescription est expiré.

[31] Les anciennes Règles 424 à 427 autorisaient les modifications, dans certains cas, après que le délai de prescription eut expiré. Ainsi, une modification a été autorisée après l'expiration du délai de prescription alors que le défendeur avait toujours connu les faits sous-jacents à la modification, qui ne servait qu'à préciser davantage la demande de dommages-intérêts (*U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada, Inc.* (1993), 52 C.P.R. (3d) 522 (C.A.F.)). De la même façon, la Règle 427, appliquée conjointement avec la Règle 424, autorisait expressément la modification qui ajouterait une nouvelle cause d'action ou se substituerait à une autre, si cette nouvelle cause d'action résultait des mêmes faits ou de faits connexes, relativement auxquels réparation avait déjà été demandée (voir, par exemple, *Canadian Motor Sales Corp. Ltd. c. Le Madonna*, [1972] C.F. 25 (1^{re} inst.), et *Francoeur c. Canada*, [1992] 2 C.F. 333 (C.A.), à la page 337. Il importe ici de souligner qu'il doit être juste d'autoriser la modification.

[32] Les règles actuelles sont moins claires que la Règle 427 qui, comme je l'ai dit, donnait clairement à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser une modification après l'expiration du délai de prescription. L'actuelle règle 201 et la règle 77 appliquées conjointement—les deux règles ont déjà été énoncées—, suivent dans les grandes lignes l'ancienne Règle 427 en ce qu'elles donnent le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le même type de modification,

arising out of the same or substantially the same fact pattern as is pleaded, is barred on the basis of early case law which precluded amendment to the body of the statement of claim when such might deprive a defendant of a limitation defence: see for example *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.) and *Mabro v. Eagle, Star and British Dominions Insurance Co., Ltd.*, [1932] 1 K.B. 485 at pages 487, 489 (C.A.).

[33] Our old Rule 427 is similar to the English Order 20, rule 5 [*Rules of the Supreme Court 1965* (U.K.), S.I. 1965/1776], a new provision which, in 1964, allowed for the first time amendment after the running of a limitation date. This was a clear relaxation from the former practice, a practice clearly set out by Lord Justice Scrutton in *Mabro, supra*, at page 487:

In my experience the court has always refused to allow a party or a cause of action to be added where, if it were allowed, the defence of the Statute of Limitations would be defeated. The Court has never treated it as just to deprive a defendant of a legal defence. If the facts show either that the particular plaintiff or the new cause of action sought to be added are barred, I am unable to understand how it is possible for the Court to disregard the statute.

The history of the practice in England, leading up to Order 20, rule 5, is set out in *Rodriguez v. R. J. Parker (Male)*, [1967] 1 Q.B. 116.

[34] The earlier cases had been decided, for the most part on the view that a defendant had a right under the statute of limitations, which ought not to be taken away by an amendment to a writ. Lord Denning pointed out in *Mitchell v. Harris Engineering Co. Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 703 (C.A.), at page 718 that the statute of limitations had not conferred any right upon a defendant, but only a limit on a plaintiff. Thus, when a writ was issued in a timely manner, but was

mais on peut soutenir qu'elles restreignent les modifications au nom et à la qualité d'une partie. La question qui se pose alors est de savoir si une modification qui ajoute une nouvelle cause d'action découlant du même ensemble de faits que celui invoqué dans les actes de procédure—ou d'un ensemble de faits similaires—est interdite en raison de l'ancienne jurisprudence qui empêchait de modifier le corps de la déclaration quand la modification était susceptible de priver le défendeur d'une défense de prescription: voir, par exemple, *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.) et *Mabro v. Eagle, Star and British Dominions Insurance Co., Ltd.*, [1932] 1 K.B. 485, aux pages 487 et 489 (C.A.).

[33] Notre ancienne Règle 427 est semblable à la règle 5 de l'Ordonnance anglaise 20 [*Rules of the Supreme Court 1965* (R.-U.), S.I. 1965/1776], une nouvelle disposition qui, en 1964, a permis de procéder pour la première fois à une modification après l'expiration du délai de prescription. Il s'agissait là d'un net assouplissement de l'ancienne pratique, clairement énoncée par le lord juge Scrutton dans *Mabro*, précité, à la page 487:

[TRADUCTION] Selon mon expérience, la cour a toujours refusé d'autoriser l'addition d'une partie ou d'une cause d'action dans les cas où, si la chose était autorisée, la défense qu'offre la loi sur la prescription serait rejetée. La Cour n'a jamais estimé juste de priver un défendeur d'une défense prévue par la loi. Si les faits montrent qu'il est interdit d'ajouter ce demandeur ou la nouvelle cause d'action, je ne vois pas comment la Cour pourrait faire abstraction de la loi.

L'historique de la pratique, en Angleterre, qui a mené à l'adoption de la règle 5 de l'Ordonnance 20 est énoncée dans *Rodriguez v. R. J. Parker (Male)*, [1967] 1 Q.B. 116.

[34] Les anciennes décisions se fondaient, pour la plupart, sur le point de vue selon lequel un défendeur avait, en vertu de la loi sur la prescription, un droit dont on ne pouvait le priver en modifiant un bref. Lord Denning a fait remarquer, dans *Mitchell v. Harris Engineering Co. Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 703 (C.A.), à la page 718, que la loi sur la prescription n'avait conféré aucun droit au défendeur, mais uniquement imposé une restriction au demandeur. Ainsi,

defective, a defendant had no right to have it remain defective. Rather a court might cure the defect by an amendment and that is what was done by Order 20, rule 5.

[35] Until the new *Federal Court Rules, 1998* came into being in April of 1998, the English Rules as to amendment and the *Federal Court Rules* as to amendment were similar and so was the jurisprudence.

[36] In *Scottish & York, supra*, Mr. Justice Teitelbaum was faced with the argument, by the defendant, that a new cause of action might be raised, notwithstanding a limitation period, only where there were special circumstances which invoke rule 76. Rule 76, which is set out earlier, allows an amendment to correct the name of a party or alter the capacity in which a party is bringing a proceeding. Rule 77 goes on to set out that an amendment under rule 76 may be allowed, notwithstanding the expiration of a limitation period. Rule 201 seems to cover much the same ground, providing that an amendment might be made under rule 76 even though the effect will be to add or substitute a new cause of action, so long as the new cause of action arises substantially out of the same facts as that already pleaded. From all of this the defendant, in *Scottish & York*, submitted that amendments might be allowed after a limitation had run, so long as it was purely an amendment within rule 76, but such a discretion did not apply to an amendment sought pursuant to rule 75, the general right to amend a document.

[37] Mr. Justice Teitelbaum found for the plaintiffs, in *Scottish & York*, setting out that where amendments arise from the same factual situation as set out in the initial statement of claim, then there is no new cause of action and the amendments must be allowed [at paragraph 60]:

I am in agreement with the plaintiffs that if the allegations contained in the subparagraphs sought to be added to

lorsqu'un bref était émis en temps utile mais qu'il était défectueux, le défendeur n'avait pas le droit de le laisser dans cet état. Une cour devait plutôt corriger le défaut au moyen d'une modification et c'est ce à quoi servait la règle 5 de l'Ordonnance 20.

[35] Jusqu'à l'adoption des nouvelles *Règles de la Cour fédérale (1998)*, en avril 1998, les règles anglaises sur la modification et les *Règles de la Cour fédérale* sur le même sujet étaient similaires, ainsi que les jurisprudences respectives.

[36] Dans l'affaire *Scottish & York*, précitée, le juge Teitelbaum était confronté à l'argument de la défenderesse selon lequel une nouvelle cause d'action ne pourrait être soulevée, en dépit de la prescription, qu'en certaines circonstances particulières dont fait mention la règle 76. La règle 76, déjà énoncée, permet d'effectuer une modification dans le but de corriger le nom d'une partie ou de changer la qualité en laquelle une partie a intenté une instance. La règle 77 prévoit en outre qu'une modification peut être autorisée en vertu de la règle 76 sans égard à l'expiration d'un délai de prescription. La règle 201 semble reprendre la même idée, prévoyant qu'une modification peut être faite en vertu de la règle 76 même si cela aura pour effet d'ajouter ou de substituer une nouvelle cause d'action, pourvu que la nouvelle cause d'action découle essentiellement des mêmes faits que ceux déjà invoqués dans les actes de procédure. Cela dit, la défenderesse, dans *Scottish & York*, a soutenu que les modifications pouvaient être autorisées après l'expiration du délai de prescription en autant qu'il s'agissait purement et simplement d'une modification prévue à la règle 76, mais qu'un tel pouvoir discrétionnaire ne visait pas une modification demandée en vertu de la règle 75 qui énonce le droit général de modifier un document.

[37] Le juge Teitelbaum a tranché en faveur des demandresses, dans *Scottish & York*, statuant que lorsque des modifications découlent de la même situation de fait que celle énoncée dans la déclaration initiale, il n'y a alors pas de nouvelle cause d'action et les modifications doivent être autorisées [au paragraphe 60]:

Je suis d'accord avec les demandresses pour dire que, si les allégations contenues dans les alinéas que l'on veut

paragraph 18 arise from the same factual situation as was before the Court in the statement of claim of 1987, then there is no new cause of action and the amendments must be allowed.

However he then went on to examine new rules 76, 77 and 201. He concluded that the only question raised on the motion was whether the amendments were based on substantially the same facts as those contained in the original statement of claim, but then offered his view on rule 201 [at paragraphs 68-70]:

Having said that, I am of the view that rule 201 must be interpreted broadly. The wording is unambiguous—"if the new cause of action arises out of substantially the same facts as a cause of action in respect of which the parties seeking the amendment has already claimed relief in the action".

In my view, the two new subparagraphs sought to be added to the plaintiffs to paragraph 18 of the Amended statement of claim arise out of substantially the same set of facts as the cause of action for which they have already claimed relief. Thus, the amendments must be allowed pursuant to rule 201.

Furthermore I am satisfied that rule 75 permits the Court, on a motion, to allow a party to make an amendment. Rule 75 is not limited to make [*sic*] amendments subject to rule 76.

[38] The result of all of this would seem to be that Mr. Justice Teitelbaum, despite the perhaps ambiguous wording of the new *Federal Court Rules, 1998*, was not about to turn his back upon the previous practice, a practice established many decades ago in England and carried through in the original *Federal Court Rules*, merely because of some arguably ambiguous drafting in the new Rules. In summary where paragraphs sought to be added as amendments arise substantially out of the same facts as alleged in the original statement of claim it is irrelevant whether or not the amendments raise a new cause of action which is barred by a limitation period.

CONCLUSION

[39] In the present instance one should look at the overall content of the statement of claim and to the

ajouter au paragraphe 18 découlent de la même situation factuelle que celle qui a été portée à la connaissance de la Cour dans la déclaration de 1987, alors il n'y a pas de nouvelle cause d'action et les modifications doivent être autorisées.

Toutefois, il a poursuivi en examinant les nouvelles règles 76, 77 et 201. Il a conclu que la seule question soulevée par la requête était de savoir si les modifications étaient fondées essentiellement sur les mêmes faits que ceux contenus dans la déclaration initiale, et il a alors donné son opinion sur la règle 201 [aux paragraphes 68 à 70]:

Ceci étant dit, j'estime que l'article 201 doit être interprété largement. Son libellé ne comporte aucune ambiguïté: «si la nouvelle cause d'action naît de faits qui sont essentiellement les mêmes que ceux sur lesquels se fonde une cause d'action pour laquelle la partie qui cherche à obtenir la modification a déjà demandé réparation dans l'action».

À mon avis, les deux nouveaux alinéas que les demanderesse veulent insérer au paragraphe 18 de leur déclaration amendée [découlent] de faits qui sont essentiellement les mêmes que ceux sur lesquels se fonde une cause d'action pour laquelle elles ont déjà demandé réparation dans l'action. Les modifications doivent donc être autorisées en vertu de l'article 201.

En outre, je suis convaincu que l'article 75 permet à la Cour, sur requête, d'autoriser une partie à modifier un document. L'article 75 ne se limite pas aux modifications prévues à l'article 76.

[38] En définitive, il semblerait que le juge Teitelbaum, malgré le libellé peut-être ambigu des nouvelles *Règles de la Cour fédérale (1998)*, n'était pas disposé à tourner le dos à l'ancienne pratique, adoptée des dizaines d'années auparavant en Angleterre et perpétuée dans les premières *Règles de la Cour fédérale*, essentiellement à cause de ce que l'on pourrait qualifier de rédaction équivoque des nouvelles Règles. En résumé, lorsque les dispositions que l'on veut ajouter à titre de modifications découlent essentiellement des mêmes faits que ceux énoncés dans la déclaration initiale, la question de savoir si les modifications donnent naissance ou non à une nouvelle cause d'action que l'expiration du délai de prescription interdit d'invoquer est sans importance.

CONCLUSION

[39] En l'occurrence, il faut examiner l'ensemble de la déclaration ainsi que le manquement aux obligations

breach of duties founded on the agreements by which the land was surrendered. The obligations, duties and powers of the defendant are as a trustee and as a fiduciary and arise as a result of those surrender agreements. The pleading is broad enough and here I would include the breaches pleaded in the context of the *Indian Act*, the *Indian Oil and Gas Act* and the *Indian Oil and Gas Regulations, 1995*, so that the amendments may be categorized as particulars and granted under rule 75. However, the line between particulars and a new cause of action, as pointed out by Mr. Justice Brandon in *The Katcher I, supra*, is not always an easy distinction to make. Thus the use of rule 201 and the granting of the amendment as a new cause of action, even though there is the possibility that a limitation has run, may be the better approach.

[40] Returning to some of the basic principles which I set out earlier, these amendments are necessary to determine real questions in controversy and in doing so serve the interests of justice. By allowing the amendment, even where a limitation may have run, the defendant has not lost a right, a point made by Lord Denning in *Mitchell, supra*. Certainly the case may be a more difficult one for the defendant to successfully defend against and it may expose the defendant to increased financial liability. However, as I have pointed out in referring to *Andersen Consulting supra*, and to *Taiyo Gyogyo K.K., supra*, this is not real prejudice. Thus the amendments are allowed under rule 201. There will be an appropriate order as to costs to compensate the defendant.

déoulant des ententes en vertu desquelles les terres ont été cédées. Les responsabilités, les obligations et les pouvoirs de la défenderesse lui incombent en sa qualité de fiduciaire et découlent de ces ententes de cession. Cette portée de l'acte de procédure est suffisamment large et j'y inclurais les manquements invoqués dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* ainsi que du *Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, de sorte que les modifications puissent être qualifiées de précisions et autorisées en vertu de la règle 75. La démarcation entre les précisions et une nouvelle cause d'action n'est toutefois pas toujours facile à établir, ainsi que l'a fait remarquer le juge Brandon dans l'affaire *The Katcher I*, précitée. Il se peut donc que le recours à la règle 201 et que l'autorisation de la modification à titre de nouvelle cause d'action constituent une meilleure démarche, même s'il est possible que le délai de prescription soit expiré.

[40] Pour en revenir aux principes fondamentaux que j'ai déjà énoncés, les modifications en cause sont nécessaires pour que les véritables questions en litige soient tranchées et, ce faisant, pour que justice soit faite. Même dans les cas où il se peut que le délai de prescription soit expiré, le fait d'autoriser la modification ne fait pas perdre de droit au défendeur, comme l'a fait remarquer lord Denning dans *Mitchell*, précitée. Il est certain que l'affaire peut s'avérer plus difficile à contester avec succès pour la défenderesse et que la responsabilité financière de celle-ci peut s'en trouver accrue. Toutefois, comme je l'ai souligné en faisant référence aux affaires *Andersen Consulting*, et *Taiyo Gyogyo K.K.*, précitées, cela ne constitue pas véritablement un préjudice. Les modifications sont donc autorisées en vertu de la règle 201. La Cour rendra une ordonnance appropriée quant aux dépens afin de dédommager la défenderesse.

A-2-98

A-2-98

Gordon Band Council (*Appellant*)**Le conseil de la Bande de Gordon** (*appelant*)

v.

c.

Canadian Human Rights Commission and Sarah Laslo (*Respondents*)**La Commission canadienne des droits de la personne et Sarah Laslo** (*intimées*)**INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. GORDON BAND COUNCIL (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CONSEIL DE LA BANDE DE GORDON (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Isaac and Sharlow JJ.A.—Saskatoon, Saskatchewan, May 23; Ottawa, July 20, 2000.

Cour d'appel, juges Strayer, Isaac et Sharlow, J.C.A.—Saskatoon (Saskatchewan), 23 mai; Ottawa, 20 juillet 2000.

Native peoples — Registration — Band Council denying housing on reserve to female Bill C-31 Band member married to non-Indian — Although prima facie case of discrimination, CHRT cannot grant remedy in view of CHRA, s. 67, as decisions made under Indian Act.

Peuples autochtones — Inscription — Le conseil de bande a refusé une habitation dans la réserve à une membre de la bande visée par le projet de loi C-31 mariée à un non-Indien — Bien qu'il y ait une preuve prima facie de discrimination, le TCDP ne peut pas accorder une réparation compte tenu de l'art. 67 de la LCDP, parce qu'il s'agit de décisions prises en vertu de la Loi sur les Indiens.

Human Rights — Indian Band Council denying housing on reserve to female Band member married to non-Indian — Prima facie case of discrimination on prohibited grounds (sex, marital status, race) — However, Band Council housing decisions made under Indian Act immunized from remedy being granted by CHRT by CHRA, s. 67.

Droits de la personne — Le conseil d'une bande indienne a refusé une habitation dans une réserve à une membre de la bande mariée à un non-Indien — Preuve prima facie de motifs de distinction illicite (sexe, état matrimonial et race) — Toutefois, l'art. 67 de la LCDP empêche le TCDP d'accorder une réparation contre les décisions en matière d'habitation que le conseil de la bande prend en vertu de la Loi sur les Indiens.

The respondent, Sarah Laslo, was born a member of the Gordon Band with status as an Indian under the *Indian Act*. She lost that status and Band membership in 1978 when she married a non-Indian, but recovered both in 1985 pursuant to amendments (Bill C-31) to the *Indian Act*. Since then, the respondent has tried several times, in vain, to have a new house allotted to her on the Gordon Band Reserve. She was told that the housing policy developed by the Gordon Band, to be applied by a housing committee, provided that Bill C-31 members and persons living with a “non-treaty person” would not be given priority consideration for new housing. It was not clear what the role of the housing committee really was.

L'intimée, Sarah Laslo, était à sa naissance membre de la Bande de Gordon et une Indienne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Elle a perdu son statut et sa qualité de membre de la bande en 1978 lorsqu'elle a épousé un non-Indien, mais elle les a recouverts en 1985 compte tenu de modifications (projet de loi C-31) apportées à la *Loi sur les Indiens*. Depuis lors, l'intimée a tenté à plusieurs reprises de se faire attribuer une nouvelle habitation dans la réserve de la Bande de Gordon, mais en vain. On lui a dit que la politique de logement élaborée par la Bande de Gordon, qu'un comité du logement devait appliquer, prévoyait que les membres visés par le projet de loi C-31 et les personnes habitant avec une «personne non inscrite» n'auraient pas droit en priorité aux nouvelles habitations. On ne sait pas exactement quel était vraiment le rôle du comité du logement.

Her complaint to the Canadian Human Rights Commission of discrimination on the basis of sex, marital status and race, was dismissed. The Tribunal decided that although there was a *prima facie* case of discrimination, section 67 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) precluded any remedy that the Tribunal might otherwise have granted to her.

Sa plainte à la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant qu'elle avait été victime de discrimination en raison de son sexe et de son état matrimonial ainsi que pour des motifs fondés sur la race, a été rejetée. Le tribunal a conclu que, même s'il y avait une preuve *prima facie* de discrimination, l'article 67 de la *Loi canadienne sur*

The Motions Judge attributed the respondent's lack of success in obtaining housing to decisions or inaction of the housing committee. He noted that those decisions were guided or influenced by the Gordon Band housing policy, but the source of that policy was not clear. He concluded that because the evidence did not establish that the respondent's complaint was caused by a decision emanating from the Band Council, there was no decision that could come within the scope of section 67 of the CHRA. Therefore, there was nothing to preclude the Tribunal from granting a remedy to the respondent.

The appellant argues that if the decision was not made by the Gordon Band Council, then the complaint against it should be dismissed. Alternatively, if the Band Council did make or authorize the decision, then it was a decision made under or pursuant to the *Indian Act* and not subject to review under the CHRA.

Held, the appeal should be allowed.

The Tribunal correctly inferred from the evidence that the respondent's exclusion from consideration for new housing was based on a decision or series of decisions made, authorized or adopted by the Gordon Band Council.

The Tribunal also correctly found that the decision in *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 F.C. 605 (C.A.) correctly established that section 67 of the CHRA applies to decisions that, by virtue of their subject-matter, are within the authority expressly granted by a provision of the *Indian Act*. The Tribunal also correctly found that the challenged decision was made by the Band Council in the exercise of its authority under section 20 of the *Indian Act* to make housing allocation decisions. Section 67 of the CHRA therefore precluded the Tribunal from granting any remedy to the respondent. Furthermore, assuming, without deciding, that there were procedural flaws in the decision making process adopted by the Band Council with respect to the allotment of housing, those flaws did not detract from the conclusion that the housing allotment decision itself was one that Parliament had, under section 20 of the *Indian Act*, expressly entrusted to the Gordon Band Council.

This does not mean that Indians can never have recourse to the CHRA. Challenges under that statute have succeeded where the *Indian Act* was not the authority source of the impugned decision. In addition, it is possible, despite section 67 of the CHRA, to challenge Band Council decisions on the basis of an Charter infringement.

les droits de la personne (LCDP) empêche toute réparation que le tribunal aurait pu ailleurs pu lui accorder.

Le juge des requêtes a attribué l'échec de l'intimée, lorsqu'il s'était agi d'obtenir une habitation, aux décisions prises par le comité du logement ou à son inaction. Il a fait remarquer que ces décisions étaient influencées par la politique de logement de la Bande de Gordon, mais que l'origine de cette politique n'était pas claire. Il a conclu qu'étant donné que la preuve n'établissait pas que la plainte de l'intimée avait été causée par une décision émanant du conseil de bande, il n'y avait aucune décision qui puisse être visée par l'article 67 de la LCDP. Par conséquent, rien n'empêchait le tribunal d'accorder une réparation à l'intimée.

L'appelant soutient que si le conseil de la Bande de Gordon n'a pas pris la décision en cause, la plainte déposée contre lui devrait être rejetée. Subsidiairement, si le conseil de la Bande de Gordon a pris cette décision ou a autorisé la prise de cette décision, il s'agissait d'une décision prise en vertu de la *Loi sur les Indiens* et cette décision n'est pas assujettie à un examen en vertu de la LCDP.

Arrêt: l'appel est accueilli.

Le tribunal a eu raison d'inférer en se fondant sur la preuve que l'exclusion de l'intimée était fondée sur une décision ou sur une série de décisions prises, autorisées ou adoptées par le conseil de la Bande de Gordon.

Le tribunal a également eu raison de conclure que la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 C.F. 605 (C.A.), établit correctement que l'article 67 de la LCDP s'applique aux décisions qui, en raison de leur objet, relèvent du pouvoir expressément conféré par une disposition de la *Loi sur les Indiens*. Le tribunal a en outre à bon droit conclu que la décision contestée a été prise par le conseil de bande dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens* à l'égard de la prise de décisions concernant l'attribution d'habitations. L'article 67 de la LCDP empêche donc le tribunal d'accorder une réparation à l'intimée. En outre, à supposer, sans toutefois rendre de décision à cet égard, qu'il y ait eu des vices de procédure dans le processus décisionnel adopté par le conseil de bande au sujet de l'attribution des habitations, ces vices n'empêcheraient pas de conclure que la décision relative à l'attribution des habitations elle-même est une décision que le législateur a expressément confiée au conseil de la Bande de Gordon en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*.

Cela ne veut pas dire que les Indiens ne peuvent jamais se prévaloir de la LCDP. Les contestations fondées sur cette Loi ont porté fruit lorsque la *Loi sur les Indiens* ne constituait pas la source du pouvoir quant à la décision contestée. De plus, il est possible, malgré l'article 67 de la LCDP, de contester les décisions du conseil de bande en invoquant une violation de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 6, 67.

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Indian Band Council Procedure Regulations, C.R.C., c. 950.

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 14, 20.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 14 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 20, 80, 81 (as am. *idem*, s. 15).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Desjarlais (Re), [1989] 3 F.C. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

CONSIDERED:

Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), [1992] 2 S.C.R. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81.

REFERRED TO:

Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission), [1998] 2 F.C. 198; (1997), 154 D.L.R. (4th) 344; 138 F.T.R. 275; [1998] 2 C.N.L.R. 212 (T.D.); aff'd *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] F.C.J. No. 702 (C.A.) (QL); *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1.

APPEAL from a Trial Division decision (*Laslo v. Gordon Band Council* (1997), 140 F.T.R. 230) allowing an application for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision (*Laslo v. Gordon Band Council*, [1996] C.H.R.D. No. 12 (QL)) dismissing a complaint by an Indian woman married to a non-Indian against a decision to deny her housing on the Gordon Band Reserve. Appeal allowed.

LOIS ET RÉGLEMENTS

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

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 6, 67.

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 14 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 20, 80, 81 (mod., *idem*, art. 15).

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 14, 20.

Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens, C.R.C., ch. 950.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Desjarlais (Re), [1989] 3 C.F. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne), [1992] 2 R.C.S. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne), [1998] 2 C.F. 198; (1997), 154 D.L.R. (4th) 344; 138 F.T.R. 275; [1998] 2 C.N.L.R. 212 (1^{re} inst.); conf. par *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 702 (C.A.) (QL); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1.

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Laslo c. Conseil de la Bande indienne de Gordon* (1997), 140 F.T.R. 230) qui a fait droit à une demande de contrôle judiciaire d'une décision du tribunal canadien des droits de la personne (*Laslo c. Conseil de la bande indienne de Gordon*, [1996] D.C.D.P. n° 12 (QL)) de rejeter une plainte qu'avait déposée une Indienne mariée à un non-Indien contre une décision de lui refuser une habitation dans la réserve de la Bande de Gordon. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Merrilee D. Rasmussen, Q.C. for appellant.
René Duval and R. Daniel Pagowski for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Wilson, Rasmussen, Regina, Saskatchewan, for appellant.
Legal Counsel, CHRC for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The issue in this appeal is whether the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended, permits the Canadian Human Rights Tribunal to grant a remedy to Sarah Laslo for her complaint against a decision to deny her housing on the Gordon Band Reserve. Her complaint was filed on August 10, 1989. The Tribunal conducted a hearing on July 24, 1995 and July 9 to 11, 1996. In a decision dated December 4, 1996 [[1996] C.H.R.D. No. 12 (QL)], the Tribunal concluded that it was obliged by section 67 of the *Canadian Human Rights Act* to dismiss the complaint despite having found a *prima facie* case of discrimination on a prohibited ground. Section 67 reads as follows:

67. Nothing in this Act affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.

[2] The Canadian Human Rights Commission applied for judicial review of the Tribunal's decision. On December 30, 1997 [(1997), 140 F.T.R. 230 (F.C.T.D.)], the Motions Judge allowed the application and ordered the complaint to be remitted for rehearing and redetermination by a differently constituted Tribunal. The Gordon Band Council now appeals the decision of the Motions Judge.

[3] Most of the facts are not in dispute. Sarah Laslo was born with status as an Indian under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. She was then a member of

ONT COMPARU:

Merrilee D. Rasmussen, c.r. pour l'appellant.
René Duval et R. Daniel Pagowski pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Wilson, Rasmussen, Regina (Saskatchewan) pour l'appellant.
Avocat, CCDP pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Dans cet appel, il s'agit de savoir si la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, dans sa forme modifiée, autorise le tribunal canadien des droits de la personne à accorder une réparation à Sarah Laslo à l'égard de la plainte que celle-ci a déposée à la suite de la décision de lui refuser une habitation dans la réserve de la Bande de Gordon. La plainte a été déposée le 10 août 1989. Le tribunal a tenu une audience le 24 juillet 1995 ainsi que du 9 au 11 juillet 1996. Dans une décision en date du 4 décembre 1996 [[1996] D.C.D.P. n° 12 (QL)], le tribunal a conclu que l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* l'obligeait à rejeter la plainte même s'il avait conclu à l'existence d'une preuve *prima facie* de motif de distinction illicite. L'article 67 se lit comme suit:

67. La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi.

[2] La Commission canadienne des droits de la personne a demandé le contrôle judiciaire de la décision du tribunal. Le 30 décembre 1997 [(1997), 140 F.T.R. 230 (C.F. 1^{re} inst.)], le juge des requêtes a accueilli la demande et a ordonné que la plainte soit renvoyée pour nouvelle audition et nouvelle décision par un tribunal différemment constitué. Le conseil de la Bande de Gordon interjette maintenant appel contre la décision du juge des requêtes.

[3] La plupart des faits ne sont pas en litige. Sarah Laslo était à sa naissance une Indienne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

the Gordon Band. She remained so until 1978 when she married a non-Indian. Upon her marriage, section 14 of the *Indian Act*, as it read at that time [R.S.C. 1970, c. I-6], deprived her of her Indian status and her membership in the Gordon Band.

[4] The *Indian Act* was amended by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4 (Bill C-31) to repeal section 14 and to provide for the reinstatement of the status and band membership of women previously excluded by reason of their marriage to non-Indian men. Ms. Laslo's registration as an Indian and her membership in the Gordon Band were reinstated in 1985 pursuant to those amendments.

[5] The Bill C-31 amendments also permitted a band to take control of its own membership list, subject to compliance with the *Indian Act* and departmental approval of the band's membership code. The Gordon Band has not yet taken control of its membership list. Material submitted to the Tribunal suggests that is because of unanswered demands of the Gordon Band Council for additional federal funding to provide for the increased membership due to Bill C-31.

[6] Ms. Laslo tried several times since 1985 to have a new house allotted to her on the Gordon Band Reserve. She has never succeeded. Her request for housing was first noted in the minutes of the December 5, 1985 meeting of the Gordon Band Council. New housing allocations were made on several occasions after that, but none to Ms. Laslo.

[7] Over the years Ms. Laslo received a number of letters explaining why no new housing was allotted to her. A letter to Ms. Laslo from the Gordon Band administrator dated April 23, 1986 says that the Gordon Band Council had appointed a five person

Elle était alors membre de la Bande de Gordon. Elle a continué à en être membre jusqu'en 1978, lorsqu'elle a épousé un non-Indien. Lors de son mariage, l'article 14 de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6], tel qu'il était alors libellé, la privait de son statut d'Indienne et de sa qualité de membre de la Bande de Gordon.

[4] La *Loi sur les Indiens* a été modifiée par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4 (projet de loi C-31) qui abrogeait l'article 14 et prévoyait le rétablissement du statut et de la qualité de membre des femmes qui étaient antérieurement exclues en raison de leur mariage à des non-Indiens. L'inscription de M^{me} Laslo à titre d'Indienne et sa qualité de membre de la Bande de Gordon ont été rétablies en 1985 conformément à ces modifications.

[5] Les modifications prévues par le projet de loi C-31 permettaient également à une bande d'exercer un contrôle sur sa liste de membres, sous réserve de la *Loi sur les Indiens* et de l'approbation ministérielle du code d'appartenance aux effectifs de la bande. La Bande de Gordon n'a pas encore assumé la responsabilité de la tenue de la liste de la bande. Les documents soumis au tribunal donnent à entendre que c'est parce que l'on n'a pas répondu aux demandes que le conseil de la Bande de Gordon avait faites en vue d'un financement fédéral additionnel en prévision de l'augmentation du nombre de membres liée au projet de loi C-31.

[6] Depuis 1985, M^{me} Laslo a tenté à plusieurs reprises de se faire attribuer une nouvelle habitation dans la réserve de la Bande de Gordon. Elle n'a jamais réussi à en obtenir une. Sa demande a initialement été consignée dans le procès-verbal de l'assemblée du 5 décembre 1985 du conseil de la Bande de Gordon. De nouvelles habitations ont été attribuées à plusieurs reprises par la suite, mais aucune n'a été attribuée à M^{me} Laslo.

[7] Au fil des ans, M^{me} Laslo a reçu un certain nombre de lettres expliquant pourquoi aucune nouvelle habitation ne lui avait été attribuée. Dans une lettre qu'il a envoyée à M^{me} Laslo le 23 avril 1986, l'administrateur de la Bande de Gordon dit que le conseil de

housing committee which had developed criteria for setting priorities. In that letter, Ms. Laslo was also told that the Gordon Band Council did not intend to apply for new housing for Bill C-31 members until a new membership and residency code was adopted. A letter to Ms. Laslo from the Chief of the Gordon Band dated September 24, 1986 contained a similar message and appended what was represented as the Gordon Band housing policy as it then existed. It stated among other things that Bill C-31 members and persons living with a "non-treaty person" would "not likely get priority". Ms. Laslo would have fallen into both categories.

la Bande de Gordon avait constitué un comité du logement composé de cinq personnes, qui avait élaboré les critères permettant d'établir l'ordre de priorité. L'auteur de cette lettre informait également M^{me} Laslo que le conseil de la Bande de Gordon n'avait pas l'intention de demander de nouvelles habitations pour les membres visés par le projet de loi C-31 tant qu'un nouveau code d'appartenance aux effectifs et de résidence n'était pas adopté. Une lettre envoyée à M^{me} Laslo le 24 septembre 1986 par le chef de la Bande de Gordon renfermait un message similaire; on y joignait ce qui, disait-on, était la politique de logement de la Bande de Gordon telle qu'elle était alors en vigueur. La lettre disait entre autres choses que les membres visés par le projet de loi C-31 et les personnes qui habitaient avec une [TRADUCTION] «personne non inscrite» «n'auraient probablement pas priorité». Or, les deux catégories s'appliquaient à M^{me} Laslo.

[8] In a letter dated July 26, 1988 from the Chief, Ms. Laslo was told that her status as a Bill C-31 member made hers a "third-place priority". A letter to Ms. Laslo from the Chief dated July 14, 1989 reads as follows:

[8] Dans une lettre datée du 26 juillet 1988, le chef disait à M^{me} Laslo que, compte tenu de son statut de membre visé par le projet de loi C-31, elle venait [TRADUCTION] «au troisième rang». Une lettre que le chef a envoyée à M^{me} Laslo le 14 juillet 1989 se lit comme suit:

As you requested, here are the reasons why we cannot accede to your request for new housing immediately:

[TRADUCTION] Comme vous l'avez demandé, voici les raisons pour lesquelles nous ne pouvons pas agréer immédiatement votre demande en vue de l'obtention d'une nouvelle habitation:

1) During this fiscal year at least, no Bill C-31 housing funding was allocated to the Touchwood File Hills Qu'Appelle District, of which Gordon Reserve is part.

1) Au cours de l'exercice actuel du moins, aucun financement au logement n'a été accordé en vertu du projet de loi C-31 au district Touchwood File Hills Qu'Appelle, dont la réserve de Gordon fait partie.

2) At the present time, the Gordon Reserve has not yet finalized a membership code, which would allow former members the rights that other members enjoy, but would stop short of opening the reserve to homesteading, settlement and eventual ownership by non-Indians.

2) À l'heure actuelle, la réserve de Gordon n'a pas encore mis au point son code d'appartenance aux effectifs, qui conférerait aux anciens membres les droits dont bénéficient les autres membres, tout en évitant de permettre que des non-Indiens s'établissent dans la réserve et y possèdent éventuellement des biens.

I trust you appreciate the seriousness of the issue.

J'espère que vous vous rendez compte de la gravité de la question.

[9] A statement of agreed facts presented to the Tribunal states that the Gordon Band developed housing guidelines to be applied by the housing committee. An excerpt from the 1986 version referring to housing priorities is described above. Another

[9] Dans l'exposé conjoint des faits qui a été présenté au tribunal, il est dit que la Bande de Gordon a élaboré des lignes directrices sur l'habitation que le comité du logement devait appliquer. Un extrait de la version de 1986 mentionnant l'ordre de priorité aux

version is appended to the statement of agreed facts and is headed "Housing Guidelines D-9-89". It does not speak of priorities as the 1986 version does. It says instead that Bill C-31 members and persons living with a "non-treaty person" would not be considered for new housing.

[10] The minutes of the February 7, 1986 meeting of the Gordon Band Council mention a discussion of the establishment of a housing committee to review the list of housing applications and make recommendations to the Gordon Band Council with respect to priorities. The minutes of the March 21, 1986 meeting indicate that a housing policy designated "draft 4" was adopted, as was an initial housing priority list. The minutes of the October 23, 1986 and the October 5, 1987 meetings indicated approval of changes to the housing policy.

[11] It is not clear from the documents before the Tribunal whether the Gordon Band Council adopted the 1986 version of the housing policy that was sent to Ms. Laslo, or the "Housing Guidelines D-9-89" appended to the statement of agreed facts. Nor is the role of the housing committee well explained.

[12] On August 10, 1989, Ms. Laslo filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging that the Gordon Band Council had denied her residential accommodation on the basis of sex, marital status and race, thus discriminating against her on a ground prohibited by section 6 of the *Canadian Human Rights Act*.

[13] At the hearing of the complaint before the Tribunal, the Gordon Band Council took the position

fins du logement est ci-dessus décrit. Une autre version est jointe à l'exposé conjoint des faits; elle est intitulée: [TRADUCTION] «Lignes directrices relatives au logement D-9-89». Contrairement à la version de 1986, il n'y est pas question de l'ordre de priorité. On dit plutôt que les membres visés par le projet de loi C-31 et les personnes habitant avec une [TRADUCTION] «personne non inscrite» n'auraient pas droit aux nouvelles habitations.

[10] Dans le procès-verbal de l'assemblée du conseil de la Bande de Gordon qui a eu lieu le 7 février 1986, il est fait mention d'une discussion au sujet de la création d'un comité du logement qui serait chargé d'examiner la liste de demandes de logement et de faire des recommandations au conseil de la Bande de Gordon au sujet de l'ordre de priorité. Selon le procès-verbal de l'assemblée du 21 mars 1986, une politique de logement désignée comme étant l'[TRADUCTION] «ébauche n° 4» a été adoptée, ainsi qu'une liste initiale de l'ordre de priorité en matière d'habitation. Selon les procès-verbaux des assemblées du 23 octobre 1986 et du 5 octobre 1987, les modifications que l'on se proposait d'apporter à la politique de logement ont été approuvées.

[11] Les documents dont disposait le tribunal ne montrent pas clairement si le conseil de la Bande de Gordon a adopté la version de 1986 de la politique de logement qui a été envoyée à M^{me} Laslo, ou les [TRADUCTION] «Lignes directrices relatives au logement D-9-89» qui étaient jointes à l'exposé conjoint des faits. Le rôle du comité du logement n'était pas non plus bien expliqué.

[12] Le 10 août 1989, M^{me} Laslo a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne; elle alléguait que le conseil de la Bande de Gordon avait refusé de lui attribuer une habitation en raison de son sexe et de son état matrimonial ainsi que pour des motifs fondés sur la race, de sorte qu'elle était victime de discrimination pour un motif prohibé par l'article 6 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[13] Lorsque le tribunal a entendu la plainte, le conseil de la Bande de Gordon a soutenu que le

that the Tribunal did not have the jurisdiction to deal with Ms. Laslo's complaint. Although the Gordon Band Council participated in the preparation of the statement of agreed facts for the hearing, and was represented and attended the hearing, no evidence was adduced on its behalf, and its counsel did not cross-examine Ms. Laslo.

[14] After considering the agreed facts and hearing the evidence of Ms. Laslo, the Tribunal found a *prima facie* case that the Gordon Band Council had discriminated against Ms. Laslo by denying her residential accommodation on grounds prohibited by section 6 of the *Canadian Human Rights Act*, that is, because of her sex, her marital status and the race of her husband. The Tribunal noted that housing on the reserve had been allotted to male members of the Gordon Band whose wives were not Indians but lived with their husbands on the Reserve. However, as indicated above, the Tribunal dismissed the complaint on the basis of section 67 of the *Canadian Human Rights Act*.

[15] The Tribunal started its analysis by noting that section 67 of the *Canadian Human Rights Act* must be interpreted narrowly because it limits the scope of human rights legislation (*Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at page 339, *per* Sopinka J.). However, the Tribunal also noted that in *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 F.C. 605 (C.A.), the Court said that the phrase "any provision made under or pursuant to" the *Indian Act* ("*les dispositions prises en vertu de cette loi*") refers not only to regulations or by-laws made under the authority of the *Indian Act*, but also to decisions that are an exercise of authority conferred by the *Indian Act*.

[16] The Tribunal then said that, by virtue of section 20 of the *Indian Act*, the Gordon Band Council has the authority, subject to ministerial approval, to allot land on the Reserve. Section 20 reads as follows:

tribunal n'avait pas compétence pour instruire la plainte de M^{me} Laslo. Le conseil de la Bande de Gordon a participé à la préparation de l'exposé conjoint des faits aux fins de l'audience, il était représenté à l'audience et il a assisté à l'audience, mais aucune preuve n'a été présentée pour son compte et son avocate n'a pas contre-interrogé M^{me} Laslo.

[14] Après avoir examiné l'exposé conjoint des faits et avoir entendu la preuve présentée par M^{me} Laslo, le tribunal a conclu à l'existence d'une preuve *prima facie* selon laquelle le conseil de la Bande de Gordon avait agi d'une façon discriminatoire envers M^{me} Laslo en lui refusant une habitation pour des motifs prohibés par l'article 6 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, c'est-à-dire à cause de son sexe, de son état matrimonial et de la race de son mari. Le tribunal a fait remarquer que les habitations dans la réserve avaient été attribuées aux membres de sexe masculin de la Bande de Gordon dont les conjointes non-Indiennes habitaient avec eux dans la réserve. Toutefois, comme il en a ci-dessus été fait mention, le tribunal a rejeté la plainte en se fondant sur l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[15] Le tribunal a commencé son analyse en faisant remarquer que l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doit s'interpréter restrictivement parce qu'il restreint l'étendue de la législation sur les droits de la personne (*Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la page 339, juge Sopinka). Toutefois, le tribunal a également fait remarquer que dans l'arrêt *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 C.F. 605 (C.A.), la Cour a dit que l'expression «les dispositions prises en vertu de cette loi» («*any provision made under or pursuant to*») se rapporte non seulement aux règlements administratifs ou autres pris en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mais aussi aux décisions qui sont prises dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la *Loi sur les Indiens*.

[16] Le tribunal a ensuite dit qu'en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, le conseil de la Bande de Gordon est autorisé, sous réserve de l'application ministérielle, à attribuer une terre dans la réserve. L'article 20 se lit comme suit:

20. (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

[17] The Tribunal reasoned that by necessary implication, the Gordon Band Council has the authority to decide whether and when to make a decision under section 20, and thus to decide who will and who will not be allotted housing on the Reserve. In Ms. Laslo's case the Gordon Band Council had exercised its section 20 authority when it decided to refuse housing to Ms. Laslo. Even though that decision *prima facie* discriminated against Ms. Laslo on a prohibited ground, section 67 of the *Canadian Human Rights Act* precludes any remedy that the Tribunal might otherwise have granted to Ms. Laslo.

[18] The Motions Judge found no fault with the legal principles applied by the Tribunal. However, he viewed the facts differently. He attributed Ms. Laslo's lack of success in obtaining housing to decisions of the housing committee, combined with a course of conduct that included ignoring her requests or failing to deal with them or respond to her. He noted that the decisions of the housing committee were guided or influenced by the Gordon Band housing policy, but the source of that policy was not clear. He concluded that because the evidence did not establish that Ms. Laslo's complaint was caused by a decision or decisions emanating from the Gordon Band Council, there was no "provision" (that is, no decision) that could come within the scope of section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. Therefore, there was nothing to preclude the Tribunal from granting a remedy to Ms. Laslo.

[19] The Gordon Band Council argues that if the Motions Judge was correct in concluding that the decision to deny housing to Ms. Laslo was not made by the Gordon Band Council, then her complaint

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, [la] possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

[17] Le tribunal a conclu que, d'une façon nécessairement implicite, le conseil de la Bande de Gordon est autorisé à déterminer s'il doit prendre une décision en vertu de l'article 20 et à décider du moment où il doit prendre pareille décision, et par conséquent à déterminer qui se verra attribuer une habitation dans la réserve. Dans le cas de M^{me} Laslo, le conseil de la Bande de Gordon avait exercé le pouvoir qui lui était conféré par l'article 20 en décidant de refuser une habitation à M^{me} Laslo. Même si cette décision avait à première vue un effet discriminatoire sur M^{me} Laslo pour un motif de distinction illicite, l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* empêche toute réparation que le tribunal aurait par ailleurs pu accorder à M^{me} Laslo.

[18] Le juge des requêtes n'a pas trouvé à redire aux principes juridiques que le tribunal avait appliqués. Toutefois, il a considéré les faits sous un autre angle. Il a attribué l'échec de M^{me} Laslo, lorsqu'il s'était agi d'obtenir une habitation, aux décisions prises par le comité du logement ainsi qu'à une ligne de conduite selon laquelle, notamment, on n'avait pas tenu compte des demandes de M^{me} Laslo, on avait omis de s'occuper de ces demandes ou encore on avait omis de répondre à M^{me} Laslo. Le juge des requêtes a fait remarquer que les décisions du comité du logement étaient influencées par la politique de logement de la Bande de Gordon, mais que l'origine de cette politique n'était pas claire. Il a conclu qu'étant donné que la preuve n'établissait pas que la plainte de M^{me} Laslo avait été causée par une décision ou par des décisions émanant du conseil de la Bande de Gordon, il n'y avait aucune «disposition» (c'est-à-dire aucune décision) qui puisse être visée par l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Par conséquent, rien n'empêchait le tribunal d'accorder une réparation à M^{me} Laslo.

[19] Le conseil de la Bande de Gordon soutient que si le juge des requêtes a eu raison de conclure qu'il n'avait pas pris la décision de refuser une habitation à M^{me} Laslo, la plainte que cette dernière a déposée

against the Gordon Band Council should be dismissed. Alternatively, if the Gordon Band Council made or properly authorized that decision, it was a decision made under or pursuant to the *Indian Act* that cannot be the subject of a review under the *Canadian Human Rights Act*.

[20] I respectfully disagree with the Motions Judge's conclusion as to the source of the decision that led to Ms. Laslo's complaint. In my view, the Tribunal correctly inferred from the evidence, particularly the statement of agreed facts and the various letters to Ms. Laslo from the Chief, that Ms. Laslo's exclusion from consideration for new housing was based on a decision or series of decisions made, authorized or adopted by the Gordon Band Council.

[21] That is not enough, however, to dispose of this appeal. It is also necessary to consider the Tribunal's interpretation of section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. If the Tribunal erred in that respect, the decision of the Motions Judge should stand.

[22] The authority of the *Zurich Insurance* case establishes the requirement to give a narrow interpretation to exceptions to human rights legislation. At the same time, Parliament's enactment of the exception in section 67 of the *Canadian Human Rights Act* must be respected. Section 67 must be allowed to operate within its proper sphere.

[23] Section 67 was part of the *Canadian Human Rights Act* when it was enacted by S.C. 1976-77, c. 33. At that time, the *Indian Act* still contained provisions such as section 14 that were recognized as discriminating against women. The original objective of section 67 was to immunize the *Indian Act* and its regime from scrutiny under the *Canadian Human Rights Act*.

[24] In 1985, the discriminatory effect of section 14 of the *Indian Act* was abolished by Bill C-31.

contre lui devrait être rejetée. Subsidiairement, si le conseil de la Bande de Gordon a pris cette décision ou a légitimement autorisé la prise de cette décision, il s'agissait d'une décision prise en vertu de la *Loi sur les Indiens* et cette décision ne peut pas être assujettie à un examen en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[20] Avec égards, je ne souscris pas à la conclusion que le juge des requêtes a tirée au sujet de la source de la décision qui a donné lieu à la plainte de M^{me} - Laslo. À mon avis, le tribunal a eu raison d'inférer en se fondant sur la preuve, et en particulier sur l'exposé conjoint des faits et sur les diverses lettres que le chef a envoyées à M^{me} Laslo, que l'exclusion de cette dernière était fondée sur une décision ou sur une série de décisions prises, autorisées ou adoptées par le conseil de la Bande de Gordon.

[21] Toutefois, cela ne suffit pas pour régler cet appel. Il faut également examiner l'interprétation que le tribunal a donnée à l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Si le tribunal a commis une erreur à cet égard, la décision du juge des requêtes devrait être maintenue.

[22] L'arrêt *Zurich Insurance* établit qu'il faut donner une interprétation stricte aux exceptions à la législation sur les droits de la personne. En même temps, l'adoption par le législateur de l'exception prévue à l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doit être respectée. Il faut permettre l'application de l'article 67 dans son propre domaine.

[23] L'article 67 faisait partie de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* lorsqu'il a été édicté par S.C. 1976-77, ch. 33. À ce moment-là, la *Loi sur les Indiens* renfermait encore des dispositions telles que l'article 14 qui, était-il reconnu, était discriminatoire envers les femmes. L'article 67 visait initialement à protéger la *Loi sur les Indiens* et son régime contre un examen effectué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[24] En 1985, l'effet discriminatoire de l'article 14 de la *Loi sur les Indiens* a été annulé par le projet de

However, section 67 of the *Canadian Human Rights Act* was not amended or repealed. There is no basis for concluding, as the Commission contends, that the objective or intended scope of section 67 changed in 1985 when Bill C-31 was enacted.

[25] It follows that the problem presented by this case is to determine whether the challenged decision is a "provision made under or pursuant to" the *Indian Act*.

[26] I agree with the Tribunal that the decision of this Court in *Desjarlais, supra*, correctly establishes that section 67 of the *Canadian Human Rights Act* applies to decisions that, by virtue of their subject-matter, are within the authority expressly granted by a provision of the *Indian Act*. I do not accept the argument of the Commission that this aspect of *Desjarlais* should be reversed because it is *obiter* and because the facts of the case did not raise any issues relating to the Bill C-31 changes to the *Indian Act*.

[27] I also agree with the Tribunal that the challenged decision was made by the Gordon Band Council in the exercise of its authority under section 20 of the *Indian Act* to make housing allocation decisions. Its section 20 authority includes by necessary implication a decision not to allot housing to Ms. Laslo. It would follow, subject to the additional arguments raised by the Commission discussed below, that section 67 of the *Canadian Human Rights Act* precludes the Tribunal from granting any remedy to Ms. Laslo.

[28] The Commission argued that section 67 should not immunize the decision of the Gordon Band Council to deny housing to Ms. Laslo because the decision was not made under the procedure authorized by the *Indian Band Council Procedure Regulations* [C.R.C., c. 950] enacted by the Governor in Council

loi C-31. Toutefois, l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'a pas été modifié ou abrogé. Rien ne permet de conclure, comme la Commission le soutient, que l'objectif ou la portée prévue de l'article 67 aient été modifiés en 1985, lorsque le projet de loi C-31 a été adopté.

[25] Par conséquent, il s'agit ici de déterminer si la décision contestée est une «disposition prise en vertu de» la *Loi sur les Indiens*.

[26] Je suis d'accord avec le tribunal pour dire que la décision que cette Cour a rendue dans l'affaire *Desjarlais*, précitée, établit correctement que l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique aux décisions qui, en raison de leur objet, relèvent du pouvoir expressément conféré par une disposition de la *Loi sur les Indiens*. Je ne retiens pas l'argument de la Commission selon lequel cet aspect de la décision *Desjarlais* ne devrait pas être suivi parce qu'il s'agit d'une remarque incidente et parce que les faits de l'affaire ne soulevaient pas de questions relatives aux modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi C-31.

[27] Je souscris également à l'avis du tribunal lorsqu'il dit que la décision contestée a été prise par le conseil de la Bande de Gordon dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens* à l'égard de la prise de décisions concernant l'attribution d'habitations. Le pouvoir conféré à l'article 20 comprend d'une façon nécessairement implicite une décision de ne pas attribuer d'habitation à M^{me} Laslo. Par conséquent, sous réserve des arguments additionnels soulevés par la Commission sur lesquels nous reviendrons ci-dessous, l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* empêche le tribunal d'accorder une réparation à M^{me} Laslo.

[28] La Commission a soutenu que l'article 67 ne devrait pas protéger la décision que le conseil de la Bande de Gordon a prise de refuser une habitation à M^{me} Laslo parce que cette décision n'a pas été prise en vertu d'une procédure autorisée par le *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes*

pursuant to section 80 of the *Indian Act*. In its oral argument, the Commission also submitted that the Gordon Band Council should be denied the protection of section 67 in the case of the particular decision affecting Ms. Laslo. The Commission argues that because the Gordon Band Council has not enacted any bylaws in relation to housing or housing allotments as it could and should have done under section 81. Section 80 and the relevant parts of section 81 read as follows:

80. The Governor in Council may make regulations with respect to band meetings and council meetings and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to

- (a) presiding officers at such meetings;
- (b) notice of such meetings;
- (c) the duties of any representative of the Minister at such meetings; and
- (d) the number of persons required at such meetings to constitute a quorum.

81. The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely,

...

- (h) the regulation of the construction, repair and use of buildings, whether owned by the band or by individual members of the band;
- (i) the survey and allotment of reserve lands among the members of the band...

...

- (p.1) the residence of band members and other persons on the reserve;
- (p.2) to provide for the rights of spouses and children who reside with members of the band on the reserve with respect to any matter in relation to which the council may make by-laws in respect of members of the band;

[29] The *Indian Band Council Procedure Regulations* are purely procedural, dealing with the items listed in section 80, as well as the proper procedure

d'Indiens [C.R.C., ch. 950] pris par le gouverneur en conseil conformément à l'article 80 de la *Loi sur les Indiens*. Dans son argumentation orale, la Commission a également soutenu que le conseil de la Bande de Gordon devrait se voir refuser la protection de l'article 67 en ce qui concerne la décision particulière qui a été prise à l'égard de M^{me} Laslo. La Commission invoque cet argument parce que le conseil de la Bande de Gordon n'a pas pris de règlement administratif au sujet du logement ou de l'attribution d'habitations, comme il aurait pu et comme il aurait dû le faire en vertu de l'article 81. L'article 80 et les passages pertinents de l'article 81 se lisent comme suit:

80. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements sur les assemblées de la bande et du conseil et, notamment, des règlements concernant:

- a) les présidents de ces assemblées;
- b) les avis de ces assemblées;
- c) les fonctions de tout représentant du ministre à ces assemblées;
- d) le nombre de personnes requis à ces assemblées pour constituer un quorum.

81. Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

[. . .]

- h) la réglementation de la construction, de la réparation et de l'usage des bâtiments, qu'ils appartiennent à la bande ou à des membres de la bande pris individuellement;
- i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande [. . .]

[. . .]

- p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;
- p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande;

[29] Le *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens* est de nature purement procédurale; il porte sur les questions énumérées à

for delegation of matters to committees. As indicated above, it is not clear from the minutes of the meetings of the Gordon Band Council presented to the Tribunal exactly what version of the housing policy was adopted, or what the role of the housing committee was. There is nothing in any of the minutes stating that Ms. Laslo or similarly situated women were to be denied housing. There is no indication that the Gordon Band Council has enacted any by-laws under section 81 relating to housing.

[30] However, there can be no doubt that Ms. Laslo was denied housing and, as indicated above, the evidence supports the conclusion that the denial ultimately was a decision of the Gordon Band Council. In my view, the immunity that section 67 gives the Gordon Band Council does not depend upon whether its decision to deny housing to Ms. Laslo is recorded formally in the minutes of the meetings, or whether some aspect of the decision-making process was based on a housing policy or delegated to a committee, or whether it was based on a by-law enacted under section 81. Assuming, without deciding, that there were procedural flaws in the decision making process adopted by the Gordon Band Council with respect to the allotment of housing, those flaws do not detract from the conclusion that the housing allotment decision itself is one that Parliament has, under section 20 of the *Indian Act*, expressly entrusted to the Gordon Band Council.

[31] That is not to say that Indians can never have recourse to the Canadian Human Rights Act. Challenges under that statute were successful in *Desjarlais* and in *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198 (T.D.); affirmed by the Federal Court of Appeal on May 24, 2000 [2000 F.C.J. No. 702 (QL)]. In neither case was the *Indian Act* the source of the authority to make the challenged decision.

l'article 80 ainsi que sur la procédure à suivre aux fins de la délégation de questions aux comités. Comme il en a ci-dessus été fait mention, les procès-verbaux des assemblées du conseil de la Bande de Gordon présentés au tribunal ne montrent pas exactement quelle version de la politique du logement a été adoptée, ou quel était le rôle du comité du logement. Il n'y a rien dans les procès-verbaux qui dise que M^{me} Laslo ou d'autres femmes qui étaient dans une situation similaire ne devaient pas obtenir une habitation. Rien ne montre que le conseil de la Bande de Gordon ait édicté un règlement administratif en vertu de l'article 81 en matière de logement.

[30] Toutefois, il est certain que M^{me} Laslo s'est vu refuser une habitation et, comme il en a ci-dessus été fait mention, la preuve étaye la conclusion selon laquelle le refus était en fin de compte une décision du conseil de la Bande de Gordon. À mon avis, la protection que l'article 67 fournit au conseil de la Bande de Gordon ne dépend pas de la question de savoir si sa décision de refuser une habitation à M^{me} Laslo est consignée d'une façon officielle dans les procès-verbaux des assemblées ou si, à certains égards, le processus décisionnel était fondé sur une politique de logement ou s'il avait été délégué à un comité, ou encore s'il était fondé sur un règlement administratif pris en vertu de l'article 81. À supposer, sans toutefois rendre de décision à cet égard, qu'il y ait eu des vices de procédure dans le processus décisionnel adopté par le conseil de la Bande de Gordon au sujet de l'attribution des habitations, ces vices n'empêcheraient pas de conclure que la décision relative à l'attribution des habitations elle-même est une décision que le législateur a expressément confiée au conseil de la bande de Gordon en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*.

[31] Cela ne veut pas dire que les Indiens ne peuvent jamais se prévaloir de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les contestations fondées sur cette Loi ont porté fruit dans les affaires *Desjarlais* et *Bande indienne Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1^{re} inst.); confirmé par la Cour d'appel fédérale le 24 mai 2000 [2000 A.C.F. n° 702 (QL)]. La *Loi sur les Indiens* ne constituait la source du pouvoir de prendre la décision contestée dans aucune de ces deux affaires.

[32] In addition it is possible, despite section 67 of the *Canadian Human Rights Act*, to challenge Gordon Band Council decisions on the basis of an infringement of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], as was successfully done in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

Conclusion

[33] For these reasons, I would allow this appeal without costs (as none were sought), and restore the decision of the Tribunal.

STRAYER J.A.: I agree.

ISAAC J.A.: I agree.

[32] De plus, il est possible, malgré l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de contester les décisions du conseil de la Bande Gordon en invoquant une violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], comme on l'a fait avec succès dans l'affaire *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Conclusion

[33] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel sans adjuger les dépens (étant donné que les dépens n'ont pas été sollicités) et je rétablirais la décision du tribunal.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

T-882-99

T-882-99

Air Nunavut Ltd. (Applicant)**Air Nunavut Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

The Minister of Transport (Respondent)**Le ministre des Transports (défendeur)**

and

et

The Civil Aviation Tribunal (Intervener)**Le Tribunal de l'aviation civile (intervenant)****INDEXED AS: AIR NUNAVUT LTD. v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: AIR NUNAVUT LTD. c. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Tremblay-Lamer J. — Ottawa, May 17 and July 11, 2000.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer — Ottawa, 17 mai et 11 juillet 2000.

Air Law — Air carrier based at Iqaluit serving remote communities with two aircraft — Judicial review of Civil Aviation Tribunal's dismissal of appeal from hearing officer's determination upholding Minister's suspension of air operator certificate — First notice of suspension issued for non-compliance with conditions of certificate pursuant to Aeronautics Act, s. 7.1(1)(b) (no full-time chief pilot) without prior notice to applicant — Second notice issued pursuant to same authority citing four violations — Described as superseding, replacing first notice — Hearing officer striking out second notice for non-compliance with Aeronautics Act, s. 7.1(2)(b) in that purported to take effect retroactively; confirming first notice of suspension — Appeal panel upholding first notice of suspension — Application allowed — (1) Within Tribunal's jurisdiction to invalidate second notice of suspension — Determination of validity of suspension notice pre-condition to Tribunal's jurisdiction to review Minister's decision under s. 7.1 — Where deficiencies clearly identifiable on face of document, futile to proceed with hearing — Power existing by necessary implication — (2) Not open to Tribunal to hold first suspension valid — Minister intending second notice to replace, supersede first notice — First notice thus revoked — (3) Some form of prior notice, opportunity to respond required before notice operative — Factors enumerated in Baker v. Canada (M.C.I.) as relevant to determining requirements of common law duty of procedural fairness considered — General common law duty of public authorities to act fairly in making administrative decision affecting rights, privileges, interests of individuals — Severe financial impact on applicant's business balanced against promotion of aviation safety — In circumstances, minimal duty of fairness required before suspending certificate.

Droit aérien — Transporteur aérien ayant sa base d'exploitation à Iqaluit qui dessert des collectivités éloignées avec deux appareils — Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal de l'aviation civile rejetant l'appel interjeté à l'encontre de la décision du conseiller chargé de l'audition confirmant la suspension par le ministre du certificat d'exploitation aérienne — Premier avis de suspension délivré pour non-respect des conditions du certificat en vertu de l'art. 7.1(1)b de la Loi sur l'aéronautique (absence d'un pilote en chef à temps plein) sans préavis à la demanderesse — Second avis délivré en vertu de la même autorisation législative et faisant état de quatre contraventions — Présenté comme remplaçant le premier avis — Le conseiller a annulé le second avis au motif qu'il n'était pas conforme à l'art. 7.1(2)b en ce qu'il prétendait avoir un effet rétroactif — Le comité d'appel a jugé que le premier avis était valide — Demande accueillie — 1) Le Tribunal avait compétence pour annuler le second avis de suspension — La décision sur la validité de l'avis de suspension constitue une condition préalable à la compétence du Tribunal en vertu de l'art. 7.1 — Lorsque des lacunes peuvent être clairement constatées à la lecture d'un document, il serait futile de poursuivre l'audition — Ce pouvoir existe par déduction nécessaire — 2) Le Tribunal ne pouvait juger la première suspension valide — L'intention du ministre était que le second avis remplace le premier — Le premier avis a donc été révoqué — 3) Il fallait donner une forme quelconque d'avis et la possibilité de répondre avant que l'avis ne prenne effet — Examen des facteurs énumérés dans Baker c. Canada (M.C.I.) comme pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale de common law — Obligation générale des autorités publiques, en common law, d'agir équitablement dans les décisions administratives touchant les droits, privilèges ou intérêts des personnes —

Administrative Law — Judicial review — Certiorari — Minister suspending applicant's air operator certificate for non-compliance with conditions thereof without giving applicant prior notice, opportunity to respond to concerns — Factors enumerated in Baker v. Canada (M.C.I.) as relevant to determining requirements of common law duty of procedural fairness (nature of decision, process, statutory scheme, importance of decision to individuals, legitimate expectations of person challenging decision) considered — Severe financial effect of suspension on applicant balanced against promotion of aviation safety — General common law duty of public authority to act fairly in making administrative decision affecting rights, privileges, interests of individuals — In circumstances, minimal duty of fairness required before suspending certificate.

This was an application for judicial review of the Civil Aviation Tribunal's dismissal of an appeal from a hearing officer's determination upholding the suspension of the applicant's air operator certificate. Applicant is an air carrier based at Iqaluit which serves remote communities with two aircraft. The Minister of Transport issued a notice of suspension pursuant to *Aeronautics Act*, paragraph 7.1(1)(b) on the ground that the applicant did not employ an approved chief pilot on a full-time basis, and therefore no longer complied with the conditions of the certificate. The applicant was given neither prior notice of the suspension nor an opportunity to respond to any concerns the Minister may have had. A second notice of suspension, citing four violations, was issued pursuant to the same authority shortly thereafter. This new notice was described in an attached letter as superseding and replacing the first notice of suspension. At a review hearing before a member of the Tribunal, the second suspension notice was struck out on the ground that it did not comply with *Aeronautics Act*, paragraph 7.1(2)(b) in that it purported to take effect retroactively. The first notice of suspension was confirmed on the merits. An appeal panel concluded that the first notice of suspension was valid, holding that there was no requirement for the Minister to provide the applicant with notice of the proposed grounds for suspension and an opportunity to respond before issuing the notice of suspension. It also concluded that the requirements of fairness and natural justice were satisfied by the Tribunal's hearing procedure established by the Act.

Équilibre à établir entre les effets financiers graves sur l'entreprise de la demanderesse et la promotion de la sécurité aéronautique — Dans les circonstances, une obligation minimale d'équité s'imposait avant la suspension du certificat.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Suspension par le ministre du certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse pour non-respect des conditions de délivrance du certificat sans préavis et sans lui donner la possibilité de répondre aux préoccupations — Examen des facteurs énumérés dans Baker c. Canada (M.C.I.) comme pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale de common law (nature de la décision, processus suivi, régime législatif, importance de la décision pour les personnes visées, attentes légitimes des personnes qui contestent la décision) — Effets financiers graves de la suspension mis en balance avec la promotion de la sécurité aéronautique — Obligation générale de l'autorité publique, en common law, d'agir équitablement dans les décisions administratives touchant les droits, privilèges ou intérêts des personnes — Dans les circonstances, une obligation minimale d'équité s'imposait avant la suspension du certificat.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal de l'aviation civile rejetant l'appel interjeté par la demanderesse à l'encontre d'une décision du conseiller chargé de l'audition, confirmant la décision de suspendre le certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse. La demanderesse, un transporteur aérien ayant sa base d'exploitation à Iqaluit, dessert les collectivités éloignées avec deux appareils. Le ministre des Transports a délivré un avis de suspension en vertu de l'alinéa 7.1(1)(b) de la *Loi sur l'aéronautique* au motif que la demanderesse n'employait pas un pilote en chef approuvé à temps plein et ne respectait donc plus les conditions de délivrance du certificat. Aucun préavis n'a été donné à la demanderesse et on ne lui a pas non plus donné l'occasion de répondre aux préoccupations que le ministre pouvait avoir. Un second avis de suspension a été délivré peu de temps après en vertu de la même autorisation législative, il faisait état de quatre contraventions. Ce nouvel avis était présenté, dans une lettre d'accompagnement, comme remplaçant le premier avis de suspension. À une audition de révision devant un conseiller, le second avis de suspension a été annulé au motif qu'il n'était pas conforme à l'alinéa 7.1(2)(b) de la *Loi sur l'aéronautique* en ce qu'il prétendait avoir un effet rétroactif. Le premier avis de suspension a été confirmé sur le fond. Le comité d'appel a conclu que le premier avis de suspension était valide, jugeant que rien n'obligeait le ministre à aviser la demanderesse des motifs projetés de suspension et à lui donner la possibilité de répondre avant de délivrer l'avis de suspension. Il a également jugé qu'il était satisfait aux exigences de l'équité et de la justice naturelle par la procédure d'audition devant le Tribunal établie par la Loi.

The issues were: (1) whether the Tribunal had jurisdiction to rule on the validity of the second suspension notice; (2) whether the first notice of suspension was valid; and (3) whether the principles of fairness and natural justice required the Minister to provide the applicant with prior notice and an opportunity to respond before issuing the first notice of suspension.

Held, the application should be allowed.

(1) The applicable standard of review with respect to the issue of whether the Tribunal had jurisdiction to strike out the second suspension notice was that of correctness. The Tribunal correctly struck out the second notice of suspension for failure to comply with statutory and regulatory requirements. If the issue of the validity of a notice arises during a hearing, it is within the Tribunal's jurisdiction to deal with the issue. Such a determination is in fact a pre-condition to the Tribunal's jurisdiction to review a Minister's decision under section 7.1. Restricting the Tribunal's powers to referring the matter back to the Minister for reconsideration where a notice of suspension is invalid would prevent the Tribunal from conducting any matter informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit in accordance with section 37. Where deficiencies can be clearly identified on the face of the document, it would be a futile and ineffective exercise to proceed with a hearing, knowing that the notice is invalid. Although the Act is silent on the subject, such a power exists by necessary implication. The Tribunal acted within its jurisdiction when it invalidated the second notice of suspension.

(2) The Tribunal exceeded its jurisdiction in holding that the first notice of suspension was valid. The Minister's intention in issuing the second notice was clearly to replace and supersede the first notice. "Supersede" does not mean "to amend". The first notice was, therefore, revoked as of the issuance of the second notice of suspension and thus was not in effect. It was not open to the Tribunal to declare that the second notice was in fact intended to amend the first notice.

(3) The question of whether a notice of suspension was issued in accordance with the principles of natural justice is not squarely within the Tribunal's expertise relating to "aeronautics". As a result, low deference should be afforded to the decision-maker. The standard of review was between "patently unreasonable" and "correctness", or, with respect to this particular issue, reasonableness *simpliciter*.

The existence of the duty to act fairly is flexible, variable and depends on the circumstances. *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* discussed the factors relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances.

Les questions en litige étaient: 1) le Tribunal avait-il compétence pour décider de la validité du second avis de suspension? 2) le premier avis de suspension était-il valide? 3) les principes d'équité et de justice naturelle obligeaient-ils le ministre à donner un préavis à la demanderesse et à lui donner la possibilité de répondre avant de délivrer le premier avis de suspension?

Jugement: la demande est accueillie.

1) La norme de contrôle applicable en ce qui concerne la compétence du Tribunal pour annuler le second avis de suspension est celle de la décision correcte. Le Tribunal a annulé à bon droit le second avis de suspension pour non-respect des prescriptions de la Loi et du Règlement. Si une question est soulevée durant une audition au sujet de la validité d'un avis, le Tribunal a compétence pour traiter cette question. Une telle décision constitue en fait une condition préalable à la compétence du Tribunal pour réviser une décision du ministre en vertu de l'article 7.1 de la Loi. En restreignant les pouvoirs du Tribunal à renvoyer le dossier au ministre pour réexamen dans le cas où un avis de suspension est invalide, on se trouverait à l'empêcher d'agir rapidement et sans formalités dans la mesure où les circonstances, l'équité et la justice naturelle le permettent, conformément à l'article 37 de la Loi. Lorsque des lacunes peuvent être clairement constatées à la lecture d'un document, comme c'est le cas en l'espèce, il serait futile et inefficace de poursuivre l'audition en sachant que l'avis est invalide. Bien que la Loi soit muette sur le sujet, un tel pouvoir existe par déduction nécessaire. Le Tribunal a agi dans les limites de sa compétence lorsqu'il a invalidé le second avis de suspension.

2) Le Tribunal a excédé sa compétence en jugeant valide le premier avis de suspension. L'intention du ministre en délivrant le second avis était clairement de remplacer le premier avis. «Remplacer» ne signifie pas «modifier». Le premier avis a donc été révoqué lors de la délivrance du second avis et était par conséquent sans effet. Le Tribunal ne pouvait déclarer que le second avis visait en fait à modifier le premier avis.

3) Décider si un avis de suspension a été délivré conformément aux principes de justice naturelle ne relève pas vraiment de l'expertise du Tribunal en matière d'«aéronautique». En conséquence, il faut faire preuve d'une retenue faible à l'égard du décideur. La norme de contrôle se situe au milieu de la gamme qui va du «manifestement déraisonnable» à la «décision correcte» ou, sur cette question particulière, elle est le caractère raisonnable *simpliciter*.

Le devoir d'agir équitablement est souple, variable et son contenu dépend de diverses circonstances. L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* a examiné les facteurs pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale de common law dans un

The first factor relates to the process under review: the more the process resembles judicial decision-making, the more likely the procedural protection will be closer to the trial model. The Minister's decision to impose a suspension was not analogous to a trial model. The second factor is the nature of the statutory scheme. The Act confers on the Minister a discretionary power to impose a suspension of a Canadian aviation document when a holder no longer complies with conditions subject to which the document was originally issued. The exercise of this statutory discretion was dictated by concerns such as public safety. A third factor is the importance of the decision to the individuals affected. The greater the impact, the more stringent procedural protection is required. The Minister must balance the severe financial effect the suspension of the Canadian aviation document has on the applicant, with the promotion of aviation safety. Although the Act does not require prior notice before the issuance of the suspension notice, every public authority has a general common law duty to act fairly in making an administrative decision which is not legislative in nature and which affects the rights, privileges or interests of individuals. A temporary suspension will adversely affect the business of the applicant as well as inconvenience passengers booked to travel with it. Therefore, as there was no immediate threat to aviation safety, a chief pilot application was pending, there was confusion regarding whether the applicant's chief pilot was on site or not, and given the potential negative impact on the applicant's livelihood, a minimal duty of fairness was required before suspending the certificate. Procedural fairness required that the Minister afford the applicant some form of notice and opportunity to respond before the notice became operative. It was not reasonable for the Tribunal to conclude that there was no requirement for the Minister to provide the applicant with notice of the proposed grounds for suspension and an opportunity to respond before issuing the notice of suspension.

ensemble donné de circonstances. Le premier facteur concerne le processus faisant l'objet du contrôle. Plus le processus ressemble à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que les protections procédurales se rapprocheront du modèle du procès. La décision du ministre d'imposer une suspension n'est pas analogue au modèle du procès. Le deuxième facteur est la nature du régime législatif. La Loi confère au ministre le pouvoir discrétionnaire d'imposer une suspension d'un document d'aviation canadien lorsque le titulaire ne remplit plus les conditions de délivrance. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi obéit à des préoccupations comme la sécurité du public. Le troisième facteur est l'importance de la décision pour les personnes touchées. Plus les répercussions sont grandes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. Le ministre doit établir un équilibre entre les effets financiers graves que la suspension du document d'aviation canadien entraîne pour la demanderesse et la promotion de la sécurité aéronautique. S'il est vrai que la Loi n'exige pas de préavis avant la délivrance de l'avis de suspension, c'est un principe élémentaire de droit que toute autorité publique qui prend une décision administrative qui n'est pas de nature législative et qui touche les droits, privilèges ou intérêts de personnes a une obligation générale de *common law* d'agir équitablement. Une suspension temporaire aura des effets négatifs sur l'activité de la demanderesse et entraînera des inconvénients pour les passagers qui ont fait des réservations auprès d'elle. Donc, considérant qu'il n'y avait pas de menace immédiate pour la sécurité aéronautique, qu'une demande d'emploi de pilote en chef était à l'étude, qu'il y a eu confusion sur le point de savoir si le pilote en chef de la demanderesse se trouvait sur les lieux ou non, et compte tenu des répercussions négatives potentielles sur la subsistance de la demanderesse, une obligation minimale d'équité s'imposait avant la suspension du certificat. L'équité procédurale oblige le ministre à donner à la demanderesse une forme quelconque d'avis et la possibilité de répondre avant que l'avis ne prenne effet. Il n'était pas raisonnable pour le Tribunal de conclure que le ministre n'était pas tenu d'aviser la demanderesse des motifs projetés de suspension et de lui donner la possibilité de répondre avant de délivrer l'avis de suspension.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 6.9 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 1, s. 5), 7 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 1, s. 5), 7.1 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 1, s. 5; c. 4, s. 15), 37 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 5).
- Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 57.
- Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, ss. 103.03, 103.06(3)(a),(b).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 6.9 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 5), 7 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 5), 7.1 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 5; ch. 4, art. 15), 37 (édicte par L.R.C. 1985 (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 5).
- Loi sur les Transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 57.
- Règlement de l'aviation civile*, DORS/96-433, art. 103.03, 103.06(3)(a),(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Knight v. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

REFERRED TO:

U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979. "replace", "supersede".
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1978. "replace" "supersede".

APPLICATION for judicial review of the Civil Aviation Tribunal's dismissal of an appeal from a hearing officer's determination upholding the Minister's suspension of the applicant's air operator certificate without giving the applicant prior notice or an opportunity to make representations (*Air Nunavut Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [1999] C.A.T.D. No. 24 (QL)). Application allowed.

APPEARANCES:

Martha A. Healey for applicant.
J. Sanderson Graham for respondent.
Martine M. Richard for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy, Renault, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Borden, Elliot, Scott & Ayles, Ottawa, for intervener.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DÉCISIONS CITÉES:

U.E.S., Local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Bell Canada v. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979. «replace», «supersede».
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1978. «replace», «supersede».

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal de l'aviation civile rejetant l'appel interjeté à l'encontre d'une décision du conseiller chargé de l'audition, confirmant la décision du ministre de suspendre le certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse sans avoir donné de préavis à la demanderesse et sans lui avoir donné l'occasion de présenter des observations (*Air Nunavut Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1999] D.T.A.C. n° 24 (QL)). Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Martha A. Healey pour la demanderesse.
J. Sanderson Graham pour le défendeur.
Martine M. Richard pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ogilvy, Renault, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Borden, Elliot, Scott & Ayles, Ottawa, pour l'intervenant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review of a decision (the appeal decision) of the Civil Aviation Tribunal (the Tribunal) dated April 13, 1999 [[1999] C.A.T.D. No. 24 (QL)]. In its appeal decision, the Tribunal dismissed the applicant's appeal of a determination made by the hearing officer in CAT File No. C-1705-10/MOT File No. 5258-5343, upholding the decision of the Minister of Transport to suspend the applicant's air operator certificate effective November 7, 1998.

THE FACTS

[2] Air Nunavut, an air operator with its base of operations in Iqaluit in the Nunavut Territory, provides domestic and international air charter services from Iqaluit to northern and remote communities both in and outside of Canada. Air Nunavut currently operates a fleet of two aircraft and holds air operator certificate 7096 (the certificate) issued under the *Canadian Aviation Regulations*¹ (the Regulations) enacted pursuant to the *Aeronautics Act*² (the Act).

[3] On November 6, 1998, the Minister issued a notice of suspension³ (the first suspension notice) pursuant to paragraph 7.1(1)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 4, s. 15] of the Act suspending the applicant's air operating certificate effective November 7, 1998 at 00:01 hours. The ground for the suspension was that Air Nunavut did not employ an approved chief pilot on a full-time basis and therefore no longer complied with the conditions subject to which the certificate has been issued. Air Nunavut was given no prior notice of the suspension and was not given the opportunity to respond to concerns it may have had. The notice stated in part:

Air Nunavut Ltd. no longer complies with the conditions subject to which the document was issued.

Air Nunavut Ltd. no longer complies with subsection 704.07(2) of the *Canadian Aviation Regulations* in that the

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision (la décision d'appel) du Tribunal de l'aviation civile (le Tribunal) datée du 13 avril 1999 [[1999] D.T.A.C. n° 24 (QL)]. Dans cette décision, le Tribunal rejetait l'appel interjeté par la demanderesse à l'encontre d'une décision du conseiller chargé de l'audition dans le dossier TAC n° C-1705-10/MDT n° 5258-5343, confirmant la décision du ministre des Transports de suspendre le certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse à compter du 7 novembre 1998.

LES FAITS

[2] Air Nunavut, exploitant aérien ayant sa base d'exploitation à Iqaluit dans le Territoire du Nunavut, offre des services aériens nolisés intérieurs et internationaux d'Iqaluit à des collectivités nordiques et éloignées tant au Canada qu'à l'extérieur du Canada. À l'heure actuelle, Air Nunavut exploite une flotte composée de deux appareils et est titulaire du certificat d'exploitation aérienne 7096 (le certificat) délivré en vertu du *Règlement de l'aviation canadien*¹ (le Règlement) pris en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*² (la Loi).

[3] Le 6 novembre 1998, le ministre a délivré un avis de suspension³ (le premier avis de suspension) en vertu de l'alinéa 7.1(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 4, art. 15] de la Loi, suspendant le certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse à compter du 7 novembre 1998 à 0h01. Les motifs invoqués étaient qu'Air Nunavut n'employait pas un pilote en chef approuvé à temps plein et ne respectait donc plus les conditions de délivrance du certificat. Aucun préavis de suspension n'a été donné à Air Nunavut et on ne lui a pas non plus donné l'occasion de répondre aux préoccupations que le ministre pouvait avoir. L'avis indiquait notamment:

[TRADUCTION] Air Nunavut Ltd. ne respecte plus les conditions auxquelles le document a été délivré.

Air Nunavut Ltd. ne respecte plus le paragraphe 704.07(2) du *Règlement de l'aviation canadien* du fait que la société

company does not employ on a full time basis a Chief Pilot approved by the Minister pursuant to 704.07(2), (b), (ii), of the *Canadian Aviation Regulations*.⁴

[4] As conditions for reinstatement of the certificate, the Minister required that Air Nunavut employ an approved chief pilot on a full-time basis and demonstrate to the satisfaction of the Minister that it met all the requirements for holding an air operator certificate.

[5] On November 9, 1998, the applicant requested a review of the suspension by the Tribunal.

[6] On November 13, 1998, the Minister issued a second notice of suspension⁵ which he described, in an attached letter, as superseding and replacing the first notice of suspension issued on November 6, 1998. The second notice of suspension was issued pursuant to the same statutory authority as the first notice of suspension and cited four violations of the conditions of the certificate: failure to employ a chief pilot; failure to employ a maintenance manager; failure to employ an operations manager; and failure to complete company indoctrination training, line indoctrination training and initial and annual training for flight crew members.

[7] The applicant requested a review of the second notice of suspension on November 13, 1998.

REVIEW HEARING⁶

[8] On November 20, 1998, a review hearing was held before a member of the Tribunal. A motion, brought by the applicant to strike the second suspension notice was granted on the ground that it did not comply with the requirements of paragraph 7.1(2)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1] of the Act in that it purported to take effect retroactively.

[9] A second motion brought by the applicant seeking to strike the first notice of suspension on the ground that it could not have immediate effect and, in

n'emploie pas à temps plein un pilote en chef approuvé par le ministre conformément au sous-alinéa 704.07(2), b), (ii) du *Règlement de l'aviation canadien*.⁴

[4] Les conditions fixées par le ministre pour le rétablissement du certificat étaient qu'Air Nunavut emploie un pilote en chef approuvé à temps plein et établisse d'une manière jugée satisfaisante par le ministre qu'elle respectait toutes les exigences pour être titulaire d'un certificat d'exploitation aérienne.

[5] Le 9 novembre 1998, la demanderesse a présenté au Tribunal une requête en révision de la suspension.

[6] Le 13 novembre 1998, le ministre a délivré un second avis de suspension⁵ dont il disait, dans une lettre d'accompagnement, qu'il remplaçait le premier avis de suspension délivré le 6 novembre 1998. Le second avis de suspension a été délivré en vertu de la même autorisation législative que le premier avis de suspension et faisait état de quatre contraventions aux conditions du certificat: défaut d'employer un chef pilote; défaut d'employer un gestionnaire de la maintenance; défaut d'employer un gestionnaire des opérations; et défaut de mettre en œuvre la formation sur la politique de la compagnie, l'entraînement en ligne ainsi que la formation initiale et annuelle des membres d'équipage de conduite.

[7] La demanderesse a présenté une requête en révision du second avis de suspension le 13 novembre 1998.

L'AUDITION DE RÉVISION⁶

[8] Le 20 novembre 1998, une audition de révision a eu lieu devant un conseiller. Une requête en suspension du second avis de suspension présentée par la demanderesse a été accueillie au motif que cet avis n'était pas conforme à l'alinéa 7.1(2)b) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1] de la Loi en ce qu'il prétendait avoir un effet rétroactif.

[9] Une deuxième requête présentée par la demanderesse et visant l'annulation du premier avis de suspension au motif qu'il ne pouvait avoir un effet immédiat

any event, could not have effect without prior notice, was dismissed by the member. He concluded that section 7.1 of the Act authorizes a suspension having immediate effect.

[10] As to the merits of the Minister's decision, the member concluded that at the time of the suspension, the applicant no longer had a chief pilot employed on a full-time basis performing the functions of that position. Given that this is a violation of the general conditions of the applicant's air operator's certificate, the member confirmed the decision of the Minister.

APPEAL HEARING⁷

[11] An appeal hearing before a three-member panel of the Tribunal was held on February 15, 1999. The appeal panel rendered its determination on April 13, 1999.

[12] The panel concluded that the first notice of suspension was valid notwithstanding that the second notice of suspension did not conform to the statutory requirements for notices:

At review the Tribunal correctly rejected the Notice dated November 13th as invalid and proceeded on the basis of the November 6th Notice. Whatever the intention of its drafter, the document dated November 13th was void on its face and that failure cannot be said to ouster or render invalid the legally constituted document of November 6th which was in the hands of the Tribunal for review at the request of the Applicant on November 9th. In conclusion, the Tribunal is of the view that the November 6th Notice was a proper notice under the Act and was in effect at the time of the review hearing.⁸

[13] On the issue of whether the applicant had been denied natural justice and procedural fairness in the decision of the Minister to suspend the certificate, the panel held that there was no requirement for the Minister to provide the applicant with notice of the proposed grounds for suspension and an opportunity to respond before issuing the notice of suspension. The panel also concluded that the requirements of fairness and natural justice were satisfied by the Tribunal hearing procedure established by the Act.

et, en tout cas, ne pouvait avoir effet sans un avis préalable a été rejetée par le conseiller. Celui-ci a conclu que l'article 7.1 de la Loi autorise une suspension prenant effet immédiatement.

[10] Sur le fond de la décision du ministre, le conseiller a conclu qu'au moment de la suspension, la demanderesse n'avait pas à son service un pilote en chef employé à temps plein et exerçant les fonctions rattachées à ce poste. Vu ce manquement aux conditions générales du certificat d'exploitation aérienne de la demanderesse, le conseiller a confirmé la décision du ministre.

AUDITION D'APPEL⁷

[11] Une audition de l'appel a eu lieu devant un comité d'appel composé de trois conseillers, le 15 février 1999. Le comité d'appel a prononcé sa décision le 13 avril 1999.

[12] Le comité d'appel a conclu que le premier avis de suspension était valide malgré le fait que le second avis de suspension n'était pas conforme aux conditions prescrites par la loi au sujet des avis:

[TRADUCTION] En révision, le Tribunal a rejeté à bon droit l'avis daté du 13 novembre comme invalide et a procédé sur la base de l'avis du 6 novembre. Quelle qu'ait pu être l'intention de son auteur, le document daté du 13 novembre était manifestement nul et on ne peut prétendre que ce document nul ait supplanté ou rendu invalide le document du 6 novembre parfaitement légal qui était entre les mains du Tribunal en vue de la révision par suite de la requête présentée le 9 novembre par la requérante. En conclusion, le Tribunal est d'avis que l'avis du 6 novembre constituait un avis valable selon la loi et qu'il avait effet au moment de l'audition de révision⁸.

[13] Sur la question du déni de la justice naturelle et de l'équité procédurale dans la décision du ministre de suspendre le certificat, le comité d'appel a jugé que rien n'obligeait le ministre à aviser la demanderesse des motifs projetés de suspension et à lui donner la possibilité de répondre avant de délivrer l'avis de suspension. Il a également jugé qu'il était satisfait aux exigences de l'équité et de la justice naturelle par la procédure d'audition devant le Tribunal établie par la Loi.

ISSUES

1. Whether the Tribunal erred in concluding that (a) the second notice of suspension was invalid and in striking out that notice; and (b) that the first notice of suspension was valid, notwithstanding the invalidity of the second notice;
2. Whether the Tribunal erred in concluding that the Minister was not required by the principles of fairness and natural justice to provide Air Nunavut with additional notice and an opportunity to respond before issuing the first notice of suspension.

POSITION OF PARTIES

[14] The applicant submits with respect to the first issue that the Tribunal's authority on review and appeal, is limited to either confirming a suspension or referring the matter back to the Minister for reconsideration, and it therefore has no authority to either revise the Minister's decision, or give the decision the Minister should have given. As a result, with respect to the validity of the suspension notices, the applicant contends that given that the second suspension notice was intended to supersede and replace the first suspension notice, the invalidity of the second suspension notice should bring about the invalidity of the first notice. In other words, the applicant submits that it is beyond the jurisdiction of the Tribunal to revive the first suspension notice since the Minister's intention was to replace it by the second suspension notice.

[15] In regard to the second issue, the applicant submits that the Tribunal erred in law by concluding that the applicant was not entitled to some form of notice and opportunity to respond before the notice of suspension was issued or became effective. The authority of the Minister is not limited only by obligations of procedural fairness at the level of review or appeal; the Minister must act fairly in exercising his statutory discretion to suspend a Canadian aviation document.

[16] The respondent's position with respect to the first issue is that the Tribunal erred in law and exceeded its jurisdiction by ruling on the validity of

LES QUESTIONS EN LITIGE

1. Le Tribunal a-t-il erré en jugeant a) que le second avis de suspension était invalide et en l'annulant; et b) que le premier avis de suspension était valide nonobstant l'invalidité du second avis?
2. Le Tribunal a-t-il erré en jugeant que le ministre n'était pas obligé, en vertu des principes d'équité et de justice naturelle, de donner à Air Nunavut un avis supplémentaire et la possibilité de répondre avant de délivrer le premier avis de suspension?

LA POSITION DES PARTIES

[14] Sur la première question, la demanderesse tient que le pouvoir du Tribunal en révision ou en appel se limite à confirmer la suspension ou à renvoyer le dossier au ministre pour réexamen et que le Tribunal n'a donc pas le pouvoir de réviser la décision du ministre ou de prendre la décision que le ministre aurait dû prendre. En conséquence, sur la validité des avis de suspension, la demanderesse soutient que, du fait que le second avis de suspension visait à remplacer le premier avis de suspension, l'invalidité du second avis de suspension devrait entraîner l'invalidité du premier avis. En d'autres termes, la demanderesse plaide que le Tribunal n'a pas le pouvoir de faire revivre le premier avis de suspension puisque l'intention du ministre était de le remplacer par le second avis de suspension.

[15] Sur la seconde question, la demanderesse fait valoir que le Tribunal a erré en droit en jugeant qu'elle n'avait pas droit au moindre avis ni à la moindre occasion de répondre avant que l'avis de suspension ne soit délivré ou ne prenne effet. Le pouvoir du ministre n'est pas soumis aux obligations d'équité procédurale au seul niveau de la révision ou de l'appel; le ministre doit agir avec équité dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui attribue la Loi de suspendre un document d'aviation canadien.

[16] Sur la première question, le défendeur adopte la position que le Tribunal a erré en droit et excédé sa compétence en se prononçant sur la validité des avis

the notices of suspension and striking out the second notice of suspension.

[17] In the alternative, the respondent contends that if the Tribunal did have jurisdiction to strike out the second notice of suspension, it did not err in concluding that the first notice of suspension was valid.

[18] With respect to the second issue, the respondent submits that the Tribunal did not err in concluding that the Minister was not required to provide the applicant with notice of his proposal to suspend the air operator certificate before issuing the first notice of suspension; the regulatory nature of the Minister's decision, the statutory context in which it must be made and the Minister's overriding duty to promote aviation safety in the public interest all indicate that procedural rights do not arise before a suspension comes into effect; thus the Tribunal, a specialized panel in the area of aviation safety, did not commit a reviewable error.

[19] On the other hand, the intervener, who intends only to address this Court on the first issue within this application, submits that the powers conferred on the Tribunal by the Act include not only those expressly granted, but also, by implication, all powers which are necessary for the proper carrying out of the Tribunal's duties, including, the power to rule on the validity of a notice of suspension.

ANALYSIS

1. Remedial Jurisdiction of the Tribunal

[20] In addressing this first issue, it may be helpful to canvass the powers of the Tribunal, as outlined in the Act. In order to operate air travel services, a person must hold a Canadian aviation document issued pursuant to the Transportation Act.⁹

[21] The Tribunal's mandate is to give the aviation public the opportunity to appeal administrative decisions that affect licences or impose penalties under the Act.

de suspension et en annulant le second avis de suspension.

[17] À titre subsidiaire, le défendeur soutient que, si le Tribunal avait effectivement compétence pour annuler le second avis de suspension, c'est à bon droit qu'il a jugé que le premier avis de suspension était valide.

[18] Sur la seconde question, le défendeur plaide que le Tribunal n'a pas erré en jugeant que le ministre n'était pas tenu d'aviser la demanderesse de son intention de suspendre le certificat d'exploitation aérienne avant de délivrer le premier avis de suspension; que la nature réglementaire de la décision du ministre, le contexte législatif dans lequel elle doit être prise et le devoir primordial du ministre de promouvoir la sécurité aéronautique dans l'intérêt public sont autant de facteurs indiquant que les droits procéduraux ne prennent pas naissance avant l'entrée en vigueur de la suspension; que, donc, le Tribunal, organe spécialisé dans le domaine de la sécurité aéronautique, n'avait pas commis d'erreur susceptible de contrôle judiciaire.

[19] De son côté, l'intervenant, qui ne souhaite présenter des observations à la Cour que sur le premier point, soutient que les pouvoirs conférés au Tribunal par la Loi comprennent non seulement ceux qui sont expressément conférés, mais aussi, par voie de déduction, tous les pouvoirs nécessaires à la bonne exécution de ses obligations, notamment le pouvoir de se prononcer sur la validité d'un avis de suspension.

ANALYSE

1. Le pouvoir de redressement du Tribunal

[20] En abordant la première question, il peut être utile de faire l'inventaire des pouvoirs du Tribunal, tels qu'ils sont exposés dans la Loi. Pour exploiter des services aériens pour passagers, il faut détenir un document d'aviation canadien délivré en vertu de la Loi⁹.

[21] Le mandat du Tribunal est de donner au secteur du transport aérien la possibilité d'appeler des décisions administratives qui touchent les licences ou imposent des pénalités en vertu de la Loi.

[22] Sections 6.9 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 1, s. 5], 7 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 1, s. 5] and 7.1 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 1, s. 5; c. 4, s. 15] of the Act provide the basis upon which the Minister may suspend or cancel a Canadian aviation document.

[23] Pursuant to subsection 7.1(6) of the Act, a member of the Tribunal assigned to conduct a review of a decision of the Minister to suspend or cancel a Canadian aviation document must provide the Minister and the holder of the document with a full opportunity consistent with procedural fairness and natural justice to present evidence and make representations in relation to the suspension under review.

[24] Upon concluding the review under section 7.1 of the Act, the Tribunal member may determine the matter by confirming the suspension or by referring the matter back to the Minister for reconsideration as prescribed by subsection 7.1(8) of the Act.

[25] The decision of a Tribunal member may then be further appealed. Subsection 7.2(5) of the Act provides:

7.2 . . .

(5) The Tribunal may dispose of an appeal from the determination of a member of the Tribunal under

(a) subsection 6.9(8) or 7(7), by dismissing it or allowing it and in allowing the appeal the Tribunal may substitute its decision for the determination appealed against; or

(b) subsection 7.1(8), by dismissing it or referring the matter back to the Minister for reconsideration.

[26] In the present case, the suspension of the air operator certificate at issue was effected in accordance with paragraph 7.1(1)(b) of the Act which provides:

7.1 (1) Where the Minister decides

. . .

(b) to suspend or cancel a Canadian aviation document on the grounds that the holder of the document is incompetent or the holder or any aircraft, airport or other facility in respect of which the document was issued ceases to

[22] Les articles 6.9 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 5], 7 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 5] et 7.1 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 5; ch. 4, art. 15] de la Loi prévoient les conditions dans lesquelles le ministre peut suspendre ou annuler un document d'aviation canadien.

[23] Selon le paragraphe 7.1(6) de la Loi, le conseiller chargé de la révision d'une décision du ministre de suspendre ou d'annuler un document d'aviation canadien doit donner au ministre et à l'intéressé toute possibilité de lui présenter leurs éléments de preuve et leurs observations sur la mesure attaquée, conformément aux principes de l'équité procédurale et de la justice naturelle.

[24] Au terme de la révision selon l'article 7.1 de la Loi, le conseiller peut confirmer la mesure ou renvoyer le dossier au ministre pour réexamen, comme il est prévu au paragraphe 7.1(8) de la Loi.

[25] La décision du conseiller peut ensuite être portée en appel. Le paragraphe 7.2(5) de la Loi prévoit:

7.2 [. . .]

(5) Le Tribunal peut rejeter l'appel ou y donner droit et substituer sa décision à celle rendue en application des paragraphes 6.9(8) ou 7(7), ou renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen dans le cas d'une décision rendue en application du paragraphe 7.1(8).

[26] En l'espèce, la suspension du certificat d'exploitation aérienne a été prononcée conformément à l'alinéa 7.1(1)(b) de la Loi, qui dispose:

7.1 (1) Lorsque le ministre décide

[. . .]

soit de suspendre ou d'annuler un document parce que le titulaire du document est inapte ou que le titulaire ou l'aéronef, l'aéroport ou autre installation que vise le document ne répond plus aux conditions de délivrance ou

have the qualifications necessary for the issuance of the document or to meet or comply with the conditions subject to which the document was issued, or

...

the Minister shall, by personal service or by registered mail sent to the holder or to the owner or operator of the aircraft, airport or facility, as the case may be, at the latest known address of the holder, owner or operator, notify the holder, owner or operator of the Minister's decision. [Emphasis added.]

[27] The form and content of a notice of suspension are prescribed by the Act and the Regulations. Among other things, the notice must indicate, as the case requires: (1) the conditions subject to which the document was issued that the Minister believes are no longer met or complied with; (2) the effective date of the suspension and; (3) the conditions under which the suspension will be terminated.¹⁰

[28] It is important to note that contrary to a notice of suspension issued under section 6.9 of the Act, when a suspension is imposed pursuant to section 7.1, no waiting period is prescribed before a suspension takes effect. When a document is suspended, the person to whom it was issued must return it to the Minister immediately upon the effective date of suspension.¹¹

[29] The respondent submits that in light of this statutory scheme, the Tribunal does not have the jurisdiction to declare whether a notice of suspension is valid or not. In fact, according to the respondent, the Tribunal can do no more than refer it back to the Minister for reconsideration.

[30] For his part the applicant does not contest the remedial authority of the Tribunal to strike a notice of suspension, but rather takes issue with the Tribunal's remedial authority to interpret the rationale behind the second suspension notice, namely, that it was intended to amend the first notice and not replace or rescind the first notice.

[31] The applicable standard of review for the judicial review with respect to the first issue is that of correctness, in so far as it hinges on the question of

de maintien en état de validité du document,

[. . .]

il expédie un avis de la mesure par signification à personne ou par courrier recommandé à la dernière adresse connue du titulaire ou du propriétaire, exploitant ou utilisateur en cause. [C'est moi qui souligne.]

[27] La forme et le contenu de l'avis de suspension sont prescrits par la Loi et le Règlement. Notamment, l'avis doit indiquer, selon le cas: 1) les conditions de délivrance auxquelles, selon le ministre, le titulaire ne répond plus; 2) la date de prise d'effet de la suspension; et 3) les conditions selon lesquelles la suspension prend fin¹⁰.

[28] Il est important de noter que, contrairement à ce qui est prévu pour l'avis de suspension délivré en vertu de l'article 6.9 de la Loi, lorsqu'une suspension est prononcée en vertu de l'article 7.1, aucune période d'attente n'est prévue avant la prise d'effet de la suspension. Lorsqu'un document est suspendu, le titulaire doit le retourner au ministre immédiatement après la date de la prise d'effet de la suspension¹¹.

[29] Le défendeur fait valoir que, dans ce régime législatif, le Tribunal n'a pas compétence pour déclarer si un avis de suspension est valide ou non. En fait, selon le défendeur, le Tribunal ne peut faire plus que de renvoyer le dossier au ministre pour réexamen.

[30] Quant à la demanderesse, elle ne conteste pas le pouvoir de redressement du Tribunal quand il s'agit d'annuler un avis de suspension, mais elle s'oppose à ce pouvoir de redressement quand il s'agit d'interpréter la raison d'être du second avis de suspension, c'est-à-dire qu'il visait à modifier le premier avis, et non à le remplacer ou à l'abroger.

[31] La norme de contrôle applicable à la première question est celle de la décision correcte, puisqu'il s'agit de déterminer si le Tribunal n'avait pas la

whether or not the Tribunal has acted without or beyond its jurisdiction in striking out the second suspension notice issued by the Minister.¹²

[32] In my opinion, the Tribunal did not err by granting the motion brought by the applicant to strike out the second notice of suspension for failure to comply with statutory and regulatory requirements governing the issuance of a notice of suspension.¹³

[33] I agree with the argument advanced by the intervener, that if during a hearing the issue arises as to whether a notice issued by the Minister is valid, the Tribunal is acting within its jurisdiction in dealing with the issue. I am of the view that a determination of the validity of a notice of suspension is in fact a pre-condition to the Tribunal's jurisdiction to review a Minister's decision under section 7.1 of the Act.

[34] To restrict the powers of the Tribunal to referring the matter back to the Minister for reconsideration where a notice of suspension is invalid, would be to prevent the Tribunal from conducting any matter informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit in accordance with section 37 [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 5] of the Act.

[35] Where deficiencies can be clearly identified on the face of the document, such as in the present case, it would be a futile and ineffective exercise to proceed with a hearing, knowing that the notice is invalid.

[36] Although the Act is silent on the subject, I am of the opinion that such a power exists by necessary implication.

[37] Indeed, the Supreme Court of Canada confirmed in *Bell Canada*,¹⁴ that the powers of an administrative tribunal may exist by necessary implication.

[38] I am thus satisfied that in order to fulfill its mandate efficiently, the Tribunal acted within the confines of its jurisdiction when it invalidated the second notice of suspension.

compétence ou a excédé sa compétence lorsqu'il a annulé le second avis de suspension délivré par le ministre¹².

[32] À mon avis, le Tribunal n'a pas erré en accueillant la requête présentée par la demanderesse en vue d'annuler le second avis de suspension pour non-respect des prescriptions de la Loi et du Règlement au sujet de la délivrance d'un avis de suspension¹³.

[33] Je souscris à l'argument de l'intervenant que, si une question est soulevée durant une audition au sujet de la validité d'un avis délivré par le ministre, le Tribunal a compétence pour traiter cette question. Je suis d'avis que la décision sur la validité de l'avis de suspension constitue en fait une condition préalable à la compétence du Tribunal pour réviser une décision du ministre en vertu de l'article 7.1 de la Loi.

[34] En restreignant les pouvoirs du Tribunal au renvoi du dossier au ministre pour réexamen dans le cas où un avis de suspension est invalide, on se trouverait à l'empêcher d'agir rapidement et sans formalités dans la mesure où les circonstances, l'équité et la justice naturelle le permettent, conformément à l'article 37 [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 5] de la Loi.

[35] Lorsque des lacunes peuvent être clairement constatées à la lecture d'un document, comme c'est le cas en l'espèce, il serait futile et inefficace de poursuivre l'audition en sachant que l'avis est invalide.

[36] Bien que la Loi soit muette sur le sujet, je suis d'avis qu'un tel pouvoir existe par déduction nécessaire.

[37] La Cour suprême du Canada a même confirmé, dans l'arrêt *Bell Canada*¹⁴, que les pouvoirs d'un tribunal administratif pouvaient exister par déduction nécessaire.

[38] Je suis donc convaincue que, pour s'acquitter efficacement de son mandat, le Tribunal a agi dans les limites de sa compétence lorsqu'il a invalidé le second avis de suspension.

[39] However, the Tribunal did not simply hold that the second notice was invalid; it also examined the validity of the first notice of suspension and held it to be valid.

[40] With respect to this issue, counsel for the respondent submits that the Tribunal acted within its jurisdiction given that the first notice of suspension was never actually withdrawn and was thus revived as a consequence of the invalidity of the second notice.

[41] I disagree with counsel for the respondent.

[42] A reading of the Minister's letter accompanying the second notice clearly indicates that the intention of the Minister in issuing the second notice was to replace and supersede the first notice.

[43] As submitted by the applicant, in all the dictionary definitions, the word supersede does not mean "to amend":

Supersede: Obliterate, set aside, annul, replace, make void, inefficacious or useless, repeal. . . . To set aside, render unnecessary, suspend or stay. [*Black's Law Dictionary*, 5th ed.]

Supersede: . . . 1) To desist from, discontinue (a procedure, an attempt, etc.); not to proceed with. To desist, forbear, refrain. 2) To refrain from (disclosure, disquisition); to omit to mention, refrain from mentioning. 3) To put a stop to (legal proceedings, etc.); to stop, stay. *Law*. To discharge by a writ of supersedeas. 4) To render superfluous or unnecessary. 5) To make of no effect; to render void, nugatory, or useless; to annul; to override. 6) To be set aside as useless or obsolete; to be replaced by something regarded as superior. 7) To take the place of (something set aside or abandoned); to succeed to the place occupied by; to serve, be adopted or accepted instead of. 8) To supply the place of (a person deprived of or removed from an office or position) by another; also to promote another over the head of; to be removed from office to make way for another; to supply the place of (a thing). [Underlining added.] [*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed.]

Replace: To place again, to restore to a former condition. . . . Term, given its plain, ordinary meaning, means to supplant with substitute or equivalent. . . . To take the place of. [Underlining added.] [*Black's Law Dictionary*, 5th ed.]

[39] Toutefois, le Tribunal ne s'est pas limité à juger que le second avis était invalide, il a aussi examiné le premier avis de suspension et l'a jugé valide.

[40] Sur cette question, l'avocat du défendeur soutient que le Tribunal a agi dans les limites de sa compétence, étant donné que le premier avis de suspension n'a jamais été réellement retiré et que l'invalidité du second avis a eu pour effet de le faire revivre.

[41] Je ne puis souscrire à cette position de l'avocat du défendeur.

[42] La lecture de la lettre du ministre accompagnant le second avis indique clairement que l'intention du ministre en délivrant le second avis était de remplacer (*replace and supersede*, dans la version anglaise) le premier avis.

[43] Comme le fait valoir la demanderesse, dans toutes les définitions données par les dictionnaires, le mot *supersede* ne signifie pas «modifier»:

[TRADUCTION] **Supersede:** Enlever, annuler, remplacer, rendre nul, inefficace ou inutile, abroger. Mettre de côté, rendre superflu, suspendre. [*Black's Law Dictionary*, 5^e éd.]

[TRADUCTION] **Supersede:** [. . .] 1) Interrompre, se désister de (une procédure, une tentative, etc.); ne pas poursuivre. Cesser, s'abstenir. 2) S'abstenir de (divulgarion, élucubration); omettre de mentionner, s'abstenir de mentionner. 3) Mettre un terme à (une poursuite, etc.); arrêter, surseoir. *Droit*. Surseoir à l'exécution. 4) Rendre superflu ou inutile. 5) Rendre sans effet; rendre nul, non valable ou inutile; annuler; prévaloir. 6) Être laissé de côté comme inutile ou dépassé; être remplacé par quelque chose considéré comme supérieur. 7) Prendre la place de (quelque chose laissé de côté ou abandonné); succéder à la place occupée par; servir, être adopté ou accepté au lieu de. 8) Mettre une personne à la place de (une autre dépossédée d'une fonction ou d'un poste ou renvoyée); aussi promouvoir un autre en passant par-dessus; être démis d'une fonction pour faire place à un autre; prendre la place (d'une chose). [Soulignement ajouté.] [*Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd.]

[TRADUCTION] **Replace:** Placer de nouveau, remettre dans son état antérieur [. . .] Le terme, dans son sens ordinaire, signifie supplanter avec un substitut ou un équivalent [. . .] Prendre la place de. [Soulignement ajouté.] [*Black's Law Dictionary*, 5^e éd.]

Replace: . . . 1) To restore to a previous place or position; to put back again *in* a place, 2) to take the place of, become a substitute for (a person or thing), 3) to fill the place of (a person or thing) *with* or *by* a substitute, to provide or procure a substitute or equivalent in place of (a person or thing). [*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed.]

[44] Therefore, I am of the opinion that the first notice was revoked as of November 13, 1998, and was thus not in effect.

[45] It was not open to the Tribunal to second-guess the Minister's intention and declare that the second notice was in fact intended to amend the first notice. This goes well beyond the jurisdiction of the Tribunal.

2. Duty of Fairness

[46] Counsel for the respondent submits that in regard to decisions within the jurisdiction of the Tribunal the applicable standard of review is patent unreasonableness. He argues that because the Tribunal decisions are protected by a privative clause and because tribunal members must have knowledge and experience in aeronautics, the Court should have a high degree of deference.

[47] Although I recognize the expertise of the Tribunal in matters relating to "aeronautics", the question of determining whether a notice of suspension was issued in accordance with the principles of natural justice does not fall squarely within the expertise of the Tribunal. As a result, low deference should be afforded to the decision-maker. In such a case, I find the standard of review to fall in the middle of the spectrum between "patently unreasonable" and "correctness". Thus, the appropriate standard with respect to this particular issue is reasonableness *simpliciter*.

[48] Counsel for the applicant submits that the Tribunal erred in law by concluding that the applicant was not entitled to some form of notice and opportunity to respond before the notice of suspension was issued or became effective.

[TRANSLATION] **Replace:** [. . .] 1) Remettre dans une place ou position antérieure; remettre encore à une place, 2) prendre la place de, se substituer à (une personne ou une chose), 3) mettre un substitut à la place de (une personne ou une chose), fournir ou trouver un substitut ou un équivalent à la place de (une personne ou une chose) [*Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd.]

[44] J'estime donc que le premier avis a été révoqué le 13 novembre 1998 et était par conséquent sans effet.

[45] Le Tribunal ne pouvait prêter une intention au ministre et déclarer que le second avis visait en fait à modifier le premier avis. Cela excède nettement la compétence du Tribunal.

2. Le devoir d'équité

[46] L'avocat du défendeur plaide qu'à l'égard des décisions prises par le Tribunal dans les limites de sa compétence, la norme de contrôle applicable est le caractère manifestement déraisonnable. Selon son argumentation, parce que les décisions du Tribunal sont protégées par une clause privative et que les membres du Tribunal doivent posséder des connaissances et de l'expérience en aéronautique, la Cour devrait faire preuve d'une grande retenue à l'égard de ses décisions.

[47] Je reconnais l'expertise du Tribunal en ce qui concerne l'«aéronautique», mais on conviendra que décider si un avis de suspension a été délivré conformément aux principes de justice naturelle ne relève pas vraiment de l'expertise du Tribunal. En conséquence, il faut faire preuve d'une retenue faible à l'égard du décideur. Dans ce cas, j'estime que la norme de contrôle se situe au milieu de la gamme qui va du «manifestement déraisonnable» à la «décision correcte». Donc, la norme appropriée sur cette question particulière est le caractère raisonnable *simpliciter*.

[48] L'avocate de la demanderesse plaide que le Tribunal a erré en droit en jugeant que la demanderesse n'avait droit à aucune forme d'avis ni à la possibilité de répondre avant que l'avis de suspension soit délivré et prenne effet.

[49] The respondent argues that the Minister was not required to provide Air Nunavut with prior notice of his decision to suspend the air operator certificate. According to counsel for the respondent, the holder has the opportunity to challenge a decision suspending an air operator's certificate by requesting a review by the Tribunal. And at this stage only, counsel for the respondent argues, the holder will be afforded a full opportunity to be heard.

[50] Further, counsel for the respondent advances that the scheme of the Act implies that urgent administrative action (such as suspensions of a document) which is necessary to maintain aviation safety must not be delayed by notice or hearing requirements.

[51] The Supreme Court of Canada in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*¹⁵ has stated that the existence of the duty to act fairly is flexible, variable and depends on a variety of circumstances. More recently, in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,¹⁶ the Supreme Court of Canada discussed the factors recognized in jurisprudence as relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances, *inter alia*, the nature of the decision being made and the process followed in making it, the nature of the statutory scheme, the importance of a decision to the individuals affected and the legitimate expectations of the person challenging the decision.

[52] I will now apply these factors to the case at bar.

[53] The first factor relates to the process under review: the more the process resembles judicial decision-making, the more likely the procedural protection will be closer to the trial model. In the present case the decision of the Minister to impose a suspension is not analogous to the trial model.

[54] A second factor is the nature of the statutory scheme. The Act confers on the Minister a discretionary power to impose a suspension of a Canadian

[49] Le défendeur soutient que le ministre n'était pas tenu de donner à Air Nunavut un avis préalable de sa décision de suspendre le certificat d'exploitation aérienne. Selon l'avocat du défendeur, le titulaire avait la possibilité de contester cette décision par la voie d'une requête en révision auprès du Tribunal. Et c'est à ce stade seulement, selon l'argumentation de l'avocat du défendeur, que le titulaire aurait pleinement la possibilité de se faire entendre.

[50] En outre, l'avocat du défendeur soutient que le régime établi par la Loi suppose que les mesures administratives urgentes (comme la suspension d'un document) qui sont nécessaires pour maintenir la sécurité aéronautique ne doivent pas être retardées par des exigences d'avis ou d'audition.

[51] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*¹⁵ a indiqué que le devoir d'agir équitablement est souple, variable et que son contenu dépend de diverses circonstances. Plus récemment, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁶, la Cour suprême du Canada a examiné les facteurs reconnus comme pertinents dans la jurisprudence pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale de common law dans un ensemble donné de circonstances, notamment la nature de la décision prise et le processus suivi pour y parvenir, la nature du régime législatif, l'importance de la décision pour les personnes visées et les attentes légitimes des personnes qui contestent la décision.

[52] Je vais maintenant appliquer ces facteurs à la présente affaire.

[53] Le premier facteur concerne le processus faisant l'objet du contrôle: plus le processus ressemble à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que les protections procédurales se rapprocheront du modèle du procès. En l'espèce, la décision du ministre d'imposer une suspension n'est pas analogue au modèle du procès.

[54] Le deuxième facteur est la nature du régime législatif. La Loi confère au ministre le pouvoir discrétionnaire d'imposer une suspension d'un

aviation document when a holder no longer complies with conditions subject to which the document was originally issued. The exercise of this statutory discretion is dictated by concerns such as public safety.

[55] A third factor is the importance of the decision to the individuals affected. The greater the impact, the more stringent procedural protection is required. In the present case, the Minister has to balance the severe financial effect the suspension of the Canadian aviation document has on the applicant, with the promotion of aviation safety.

[56] Although it is true that the Act does not require prior notice before the issuance of the suspension notice, it is trite law that there exists a general common law duty to act fairly on every public authority making an administrative decision which is not legislative in nature and which affects the rights, privileges or interests of individuals. Cognizant that the holding of a certificate is not a right, I am of the view nevertheless, that a temporary suspension will adversely affect the business of the document holder as well as inconvenience passengers booked to travel with Air Nunavut.

[57] Therefore, considering that there was no immediate threat to aviation safety, that a chief pilot application was pending, that there was confusion regarding whether the applicant's chief pilot was on site or not, and given the potential negative impact on the applicant's livelihood, I am of the view that a minimal duty of fairness was required before suspending the certificate.

[58] I believe that procedural fairness requires that the Minister afford the applicant, Air Nunavut, some form of notice and opportunity to respond before the notice becomes operative. In fact, providing the applicant with notice of a forthcoming suspension, in writing or in person, Air Nunavut would have the opportunity to react, thus satisfying both the Minister's concerns for air safety, as well as the applicant's concerns with respect to its operations.

document d'aviation canadien lorsque le titulaire ne remplit plus les conditions de délivrance. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi obéit à des préoccupations comme la sécurité du public.

[55] Le troisième facteur est l'importance de la décision pour les personnes touchées. Plus les répercussions sont grandes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. En l'espèce, le ministre doit établir un équilibre entre les effets financiers graves que la suspension du document d'aviation canadien entraîne pour la demanderesse et la promotion de la sécurité aéronautique.

[56] S'il est vrai que la Loi n'exige pas de préavis avant la délivrance de l'avis de suspension, c'est un principe élémentaire de droit que toute autorité publique qui prend une décision administrative qui n'est pas de nature législative et qui touche les droits, privilèges ou intérêts de personnes a une obligation générale de common law d'agir équitablement. Sans méconnaître que la détention d'un certificat ne constitue pas un droit, je suis néanmoins d'avis qu'une suspension temporaire aura des effets négatifs sur l'activité du titulaire du document et entraînera des inconvénients pour les passagers qui ont fait des réservations sur Air Nunavut.

[57] Donc, considérant qu'il n'y avait pas de menace immédiate pour la sécurité aéronautique, qu'une demande d'emploi de pilote en chef était à l'étude, qu'il y a eu confusion sur le point de savoir si le pilote en chef de la demanderesse se trouvait sur les lieux ou non, et compte tenu des répercussions négatives potentielles sur la subsistance de la demanderesse, je suis d'avis qu'une obligation minimale d'équité s'imposait avant la suspension du certificat.

[58] J'estime que l'équité procédurale oblige le ministre à donner à la demanderesse une forme quelconque d'avis et la possibilité de répondre avant que l'avis ne prenne effet. En fait, si on avait avisé la demanderesse de la suspension à venir, par écrit ou personnellement, Air Nunavut aurait eu la possibilité de réagir, de manière à apporter une réponse à la fois aux préoccupations du ministre au sujet de la sécurité aérienne et à ses propres préoccupations à l'égard de son activité.

[59] Thus, I am of the opinion that it was not reasonable for the Tribunal to conclude that there was no requirement for the Minister to provide the applicant with notice of the proposed grounds for suspension and an opportunity to respond before issuing the notice of suspension.

[60] For these reasons, the application for judicial review is allowed. The decision of the appeal panel of the Civil Aviation Tribunal is set aside, the decision of the Minister to suspend Air Nunavut's air operator certificate is quashed. The whole with costs.

¹ SOR/96-433.

² R.S.C., 1985, c. A-2.

³ Applicant's record, Vol. 1, at pp. 60-61.

⁴ *Ibid.*

⁵ Applicant's record, Vol. 1, Tab. 3, Exhibit G.

⁶ Applicant's record, Vol. 1, Tat. 3H, at p. 70 et seq.

⁷ Applicant's record, Vol. 1, Tab J, at p. 97.

⁸ *Ibid.*, at p. 97 [[1999] C.A.T.D. No. 24 (QL), at para. 30].

⁹ S. 57 of the *Canada Transportation Act* [S.C. 1996, c. 10].

¹⁰ S. 7.1(2)(a)(ii) of the Act; s. 103.06(3)(a),(b) of the Regulations.

¹¹ *Canadian Aviation Regulations*, supra, note 1, s. 103.03.

¹² *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086.

¹³ The appeal panel held that the second notice of suspension was void on its face because it was dated November 13, 1998 and made reference to the earlier date of November 7, 1998 as the effective date of suspension giving it a retroactive effect contrary s. 7.1(2) of the Act, and because the notice was sent by facsimile and not delivered by person or by registered mail as prescribed by s. 7.1(2) of the Act.

¹⁴ *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

¹⁵ [1990] 1 S.C.R. 653.

¹⁶ [1999] 2 S.C.R. 817.

[59] Donc, je suis d'avis qu'il n'était pas raisonnable pour le Tribunal de conclure que le ministre n'était pas tenu d'aviser la demanderesse des motifs projetés de suspension et de lui donner la possibilité de répondre avant de délivrer l'avis de suspension.

[60] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision du comité d'appel du Tribunal de l'aviation civile est annulée, la décision du ministre de suspendre le certificat d'exploitation aérienne est annulée. Le tout avec dépens.

¹ DORS/96-433.

² L.R.C. (1985), ch. A-2.

³ Dossier de la demanderesse, vol. 1, aux p. 60 et 61.

⁴ *Ibid.*

⁵ Dossier de la demanderesse, vol. 1, onglet 3, pièce G.

⁶ Dossier de la demanderesse, vol. 1, onglet 3H, aux p. 70 et s.

⁷ Dossier de la demanderesse, vol. 1, onglet J, p. 97.

⁸ *Ibid.*, à la p. 97 [[1999] D.T.A.C. n° 24 (QL), au par. 30].

⁹ Art. 57 de la *Loi sur les transports au Canada* [L.C. 1996, ch. 10].

¹⁰ Art. 7.1(2)(a)(ii) de la Loi; art. 103.06(3)(a) et b) du Règlement.

¹¹ *Règlement de l'aviation canadien*, supra, note 1, art. 103.03.

¹² *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086.

¹³ Le comité d'appel a jugé que le second avis de suspension était manifestement nul parce qu'il était daté du 13 novembre 1998 et indiquait la date du 7 novembre 1998 comme date de la prise d'effet de la suspension, lui donnant ainsi un effet rétroactif contraire à l'art. 7.1(2) de la Loi, et parce que l'avis a été transmis par télécopieur, et non par signification à personne ou par courrier recommandé comme le prescrit l'art. 7.1(2) de la Loi.

¹⁴ *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

¹⁵ [1990] 1 R.C.S. 653.

¹⁶ [1999] 2 R.C.S. 817.

T-2682-87

T-2682-87

Sinclair M. Stevens (Plaintiff)**Sinclair M. Stevens (demandeur)**

v.

c.

The Attorney General of Canada (Defendant)**Le procureur général du Canada (défendeur)****INDEXED AS: STEVENS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T.D.)****RÉPERTORIÉ: STEVENS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(1^{re} INST.)**

Trial Division, Lafrenière P.—Toronto, May 29 and August 8, 2000.

Section de première instance, protonotaire Lafrenière
—Toronto, 29 mai et 8 août 2000.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion for leave to examine Commissioner, appointed under Inquiries Act, pursuant to r. 238 — Action brought in which Commissioner, Attorney General named as party defendants — F.C.A. ordering Commissioner struck as party defendant — No undue delay, inconvenience, prejudice to parties, Commissioner should leave be granted under r. 238 — Limited discovery proposed by plaintiff not unduly lengthening proceedings — All reasonable means not exhausted by plaintiff to obtain required information from other sources — No evidence other persons present during discussions regarding role of Commission counsel in report-drafting phase approached informally by plaintiff — Only issue meeting all conditions in r. 238(3) that of role of Commission counsel after public hearings phase as information unavailable to plaintiff through other sources — Discovery denied on ground of deliberative secrecy.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger le commissaire, nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes, conformément à la règle 238 — Action dans laquelle le commissaire et le procureur général sont désignés comme parties défenderesses — La C.A.F. a ordonné que le commissaire soit radié à titre de partie défenderesse — Si l'autorisation était accordée conformément à la règle 238, cela n'occasionnerait pas de retard ou des inconvénients déraisonnables ni ne causerait un préjudice aux parties ou au commissaire — L'interrogatoire préalable restreint que propose le demandeur n'aurait pas pour effet de prolonger indûment l'instance — Le demandeur n'a pas épuisé tous les moyens raisonnables en vue d'obtenir les renseignements nécessaires d'autres sources — Aucun élément de preuve ne tend à montrer que le demandeur a communiqué de façon informelle avec d'autres personnes qui étaient présentes lors des discussions au sujet du rôle de l'avocat de la Commission au cours de la phase de rédaction du rapport — La seule question qui satisfait aux exigences énoncées dans la règle 238(3) se rapporte au rôle de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues, étant donné que le demandeur ne peut pas obtenir ces renseignements d'autres sources — L'interrogatoire préalable est refusé compte tenu du secret du délibéré.

Practice — Privilege — Commissioner, appointed under Inquiries Act, objecting to examination for discovery regarding role of Commission counsel, other issues on basis of solicitor-client privilege — Privilege protecting communications between solicitor and client, not facts contained in communication, or acts performed by solicitor on behalf of client — Objection upheld only with respect to communications, not activities of Commission counsel.

Pratique — Communications privilégiées — Le commissaire, nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes, s'oppose à l'interrogatoire préalable portant sur le rôle de l'avocat de la Commission et sur d'autres questions en se fondant sur le secret professionnel de l'avocat — Le secret professionnel protège les communications entre un avocat et son client, mais non les faits contenus dans la communication ou les actes qu'un avocat accomplit pour le compte de son client — L'objection est retenue uniquement dans la mesure où elle s'applique aux communications, non aux activités de l'avocat de la Commission.

Inquiries — Commissioner appointed under Inquiries Act to inquire into alleged conflict of interest — Commissioner, Attorney General sued for defamation over inquiry report — Commissioner struck as party — Commissioner opposing

Enquêtes — Le commissaire nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes était chargé d'enquêter sur une allégation de conflit d'intérêts — Le commissaire et le procureur général ont été poursuivis pour diffamation relativement au rapport

motion for examination for discovery on basis of deliberative secrecy — Plaintiff submitting rules of natural justice not followed by Commissioner — Facts alleged failing to meet high threshold for piercing deliberative secrecy, not raising serious questions of denial of natural justice — Speculation by plaintiff Commission counsel may have been involved in writing Commission report not valid reason for lifting deliberative secrecy.

Judges and Courts — C.J. of S.C.O., High Court Division, appointed Commissioner to inquire into alleged conflict of interest — Commissioner, Attorney General sued for defamation over inquiry report — Commissioner struck as defendant — Commissioner objecting to motion for leave to examine him for discovery on grounds of judicial independence, deliberative secrecy — Quasi-judicial tribunals, such as commissions of inquiry, not having high level of immunity enjoyed by judiciary against being compelled to testify — Deliberative secrecy lifted where valid reasons for believing natural justice rules not adhered to — Commissioner not compellable witness as not exceptional case warranting Court's intervention.

d'enquête — Le commissaire a été radié à titre de partie — Il s'est opposé à la requête relative à l'interrogatoire préalable en se fondant sur le secret du délibéré — Le demandeur allègue que le commissaire a omis de respecter les principes de justice naturelle — Les faits allégués ne satisfont pas à l'exigence préliminaire très rigoureuse permettant de lever le secret du délibéré et ne soulèvent aucune question sérieuse de déni de justice naturelle — L'hypothèse du demandeur selon laquelle l'avocat de la Commission a peut-être participé à la rédaction du rapport de la Commission ne constitue pas une raison sérieuse permettant de lever le secret du délibéré.

Juges et tribunaux — Le juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario, Division de la Haute Cour, a été nommé commissaire en vue d'enquêter sur une allégation de conflit d'intérêts — Le commissaire et le procureur général ont été poursuivis pour diffamation relativement au rapport d'enquête — Le commissaire a été radié à titre de partie défenderesse — Il s'est opposé à la requête déposée en vue de procéder à son interrogatoire préalable en se fondant sur l'indépendance judiciaire et le secret du délibéré — Les tribunaux quasi judiciaires tels que les commissions d'enquête ne bénéficient pas du haut degré d'immunité dont jouissent les juges pour ce qui est d'être contraints à témoigner — Il faut qu'il y ait des raisons sérieuses de croire que les règles de justice naturelle n'ont pas été suivies pour qu'il soit possible de lever le secret du délibéré — Le commissaire ne peut être contraint à témoigner car il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel justifiant l'intervention de la Cour.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 238, 271.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Smith v. Jones, [1999] 1 S.C.R. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; 120 B.C.A.C. 161; 62 B.C.L.R. (3d) 209; 132 C.C.C. (3d) 225; 22 C.R. (5th) 203; 236 N.R. 201; *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*, CC881107, Hollinrake J., judgment dated 21/2/90 (B.C.S.C.), not reported; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Glengarry Memorial Hospital v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 238, 271.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Smith c. Jones, [1999] 1 R.C.S. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; 120 B.C.A.C. 161; 62 B.C.L.R. (3d) 209; 132 C.C.C. (3d) 225; 22 C.R. (5th) 203; 236 N.R. 201; *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*, CC881107, le juge Hollinrake, jugement en date du 21-2-90 (C.S. C.-B.), inédit; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Glengarry*

Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal) (1993), 99 D.L.R. (4th) 682; 9 Admin. L.R. (2d) 61; 60 O.A.C. 161 (Ont. Div. Ct.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 2 F.C. 668; (1996), 133 D.L.R. (4th) 565; 37 Admin. L.R. (2d) 241; 109 F.T.R. 96 (T.D.).

CONSIDERED:

Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry), [1998] 4 F.C. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Edwards v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 447; 182 D.L.R. (4th) 736 (S.C.).

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987 (Commissioner: William D. Parker).

MOTION by plaintiff for leave to examine for discovery the Honourable W. D. Parker pursuant to rule 238 of the *Federal Court Rules, 1998*. Motion dismissed.

APPEARANCES:

Peter R. Jervis for plaintiff.
Richard A. Kramer for defendant.
Eleanore A. Cronk for Commissioner Parker.

SOLICITORS OF RECORD:

Lerner & Associates, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.
Lax O'Sullivan Cronk, Toronto, for Commissioner Parker.

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

[1] LAFRENIÈRE P.: This is a motion by the plaintiff for leave to examine for discovery the Honourable W. D. Parker (Commissioner Parker) pursuant to rule 238 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. In addition or in the alternative, the plaintiff seeks an

Memorial Hospital v. Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal) (1993), 99 D.L.R. (4th) 682; 9 Admin. L.R. (2d) 61; 60 O.A.C. 161 (C. div. Ont.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 2 C.F. 668; (1996), 133 D.L.R. (4th) 565; 37 Admin. L.R. (2d) 241; 109 F.T.R. 96 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête), [1998] 4 C.F. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Edwards v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 447; 182 D.L.R. (4th) 736 (C.S.).

DOCTRINE

Canada. Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987 (Commissaire: William D. Parker).

REQUÊTE déposée par le demandeur en vue d'obtenir l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable de l'honorable W. D. Parker conformément à la règle 238 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Peter R. Jervis pour le demandeur.
Richard A. Kramer pour le défendeur.
Eleanore A. Cronk pour le commissaire Parker.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lerner & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Lax O'Sullivan Cronk, Toronto, pour le commissaire Parker.

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

[1] LE PROTONOTAIRE LAFRENIÈRE: Il s'agit d'une requête que le demandeur a présentée en vue d'obtenir l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable de l'honorable W. D. Parker (le commissaire Parker) conformément à la règle 238 des *Règles de la Cour*

order pursuant to rule 271 allowing the examination for trial of Commissioner Parker out of Court.

[2] Commissioner Parker resists the motion on the grounds that the discovery proposed by the plaintiff relates to matters that cannot be divulged without breaching solicitor-client privilege and deliberative secrecy. He also contends that the plaintiff has not satisfied all of the requirements of rules 238 and 271 of the *Federal Court Rules, 1998*. The defendant, the Attorney General of Canada, joins in opposing the relief sought by the plaintiff.

BACKGROUND

[3] On May 15, 1986, the Honourable W. D. Parker, then Chief Justice of the Supreme Court of Ontario, High Court Division, was appointed a Commissioner under Part I of the *Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11* by order in council with a mandate to conduct an inquiry into:

a) the facts following allegations of conflict of interest made in various newspapers, electronic media and the House of Commons, with respect to the conduct, dealings or actions of the Honourable Sinclair M. Stevens; and

b) whether the Honourable Sinclair M. Stevens was in real or apparent conflict of interest as defined in the Conflict of Interest and Post Employment Code for Public Office Holders and the letter from the Prime Minister to the Honourable Sinclair M. Stevens of September 9, 1985.

[4] Commissioner Parker submitted his report concerning the inquiry to the Governor General in Council on December 3, 1987 [Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*].

[5] On December 18, 1987, the plaintiff instituted the present action in which he named both Commissioner Parker and the Attorney General of Canada as party defendants. The plaintiff alleges that the report which emanated from the inquiry has caused him injury and damaged his reputation in the community.

fédérale (1998) [DORS/98-106]. De plus ou subsidiairement, le demandeur sollicite, conformément à la règle 271, une ordonnance l'autorisant à interroger le commissaire Parker hors cour en vue de l'instruction.

[2] Le commissaire Parker s'oppose à la requête pour le motif que l'interrogatoire préalable proposé par le demandeur se rapporte à des questions qui ne peuvent pas être divulguées sans que le secret professionnel de l'avocat et le secret du délibéré soient violés. Il soutient également que le demandeur n'a pas satisfait à toutes les exigences des règles 238 et 271 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Le procureur général du Canada, à titre de défendeur, s'oppose lui aussi à la réparation sollicitée par le demandeur.

LES FAITS

[3] Le 15 mai 1986, l'honorable W. D. Parker, qui était alors juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario, Division de la Haute Cour, a, par décret, été nommé commissaire en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11*; dans le cadre de son mandat, il devait enquêter sur:

a) les faits suivant les allégations de conflit d'intérêts qui ont été faites par différents journaux et médias électroniques, ainsi qu'à la Chambre des communes, relativement à la conduite, aux transactions et aux agissements de l'honorable Sinclair Stevens; et

b) la possibilité que l'honorable Sinclair Stevens se soit trouvé effectivement, ou selon toute apparence, en situation de conflit d'intérêts tel que l'entend le Code pour les titulaires de charges publiques sur les conflits d'intérêts et l'après-mandat et comme l'indique la lettre qu'adressait le Premier ministre à l'intéressé en date du 9 septembre 1985.

[4] Le commissaire Parker a soumis son rapport d'enquête au gouverneur en conseil le 3 décembre 1987 [Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*].

[5] Le 18 décembre 1987, le demandeur a intenté la présente action, dans laquelle il désignait le commissaire Parker et le procureur général du Canada comme parties défenderesses. Le demandeur allègue que le rapport d'enquête lui a causé un préjudice et a terni sa réputation dans la collectivité.

[6] Paragraph 5 of the statement of claim alleges that Commissioner Parker “acted outside of and in excess of his jurisdiction and failed to act in accordance to the principles of natural justice” in conducting the inquiry, and in particular:

- (1) The Commissioner exceeded his terms of reference and jurisdiction and erred in law:
 - (a) in defining what constitutes a conflict of interest within the meaning of the guidelines for public office holders;
 - (b) in treating alleged breaches of the blind trust, *per se*, as an issue to be inquired into and reported on; and
 - (c) in treating the mingling of private and public business as an allegation of conflict of interest.
- (2) The procedure adopted violated the rules of procedural fairness and the Charter of Human Rights and Freedoms and in particular s. 7 thereof, as follows:
 - (a) no adequate notice was given of the matters to be inquired into;
 - (b) section 13 of the Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13 was not complied with;
 - (c) in the alternative, if s. 13 was complied with, the procedure so authorized contravenes s. 7 of the Charter; and
 - (d) the role performed by Commission Counsel was contrary to the principles of fundamental justice and deprived the applicant of his right to a determination by a fair and impartial tribunal.

[7] In his prayer for relief found at paragraph 7 of the statement of claim, the plaintiff seeks a declaration that the Commissioner’s report be set aside and declared to be of no force and effect.

[8] In March 1997, Commissioner Parker brought a motion to be struck as a party defendant in the action. The plaintiff took the position that the presence of Commissioner Parker as a defendant was necessary in order to have full and complete discovery. The motion was unsuccessful at first instance, however the Federal Court of Appeal allowed an appeal on June 5, 1998 and ordered Commissioner Parker struck as party defendant. Stone, J.A., for the Court, wrote:¹

[6] Au paragraphe 5 de la déclaration, il est allégué que le commissaire Parker [TRADUCTION] «a outrepassé sa compétence et omis de respecter les principes de justice naturelle» en menant l’enquête, et en particulier que:

- (1) Le Commissaire a excédé son mandat et sa compétence et il a commis des erreurs de droit:
 - a) lorsqu’il a défini ce qui constitue un conflit d’intérêts au sens des lignes directrices applicables aux titulaires de charge publique;
 - b) lorsqu’il a traité des présumées violations de fiducies sans droit de regard, en tant que telles, comme s’il s’agissait d’une question sur laquelle il devait enquêter et faire rapport;
 - c) lorsqu’il a traité de la confusion des affaires privées et des affaires publiques en tant qu’allégation de conflit d’intérêts.
- (2) La procédure suivie violait les règles d’équité procédurale et la Charte des droits et libertés et en particulier l’article 7 de la Charte en ce sens:
 - a) qu’aucun avis suffisant n’a été donné au sujet des questions visées par l’enquête;
 - b) que l’article 13 de la Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, ch. I-13, n’a pas été observé;
 - c) subsidiairement, si l’article 13 a été observé, la procédure ainsi autorisée contrevient à l’article 7 de la Charte;
 - d) que le rôle assumé par l’avocat de la Commission allait à l’encontre des principes de justice fondamentale et privait le demandeur de son droit à une décision rendue par un tribunal équitable et impartial.

[7] Dans les demandes de réparation énoncées au paragraphe 7 de la déclaration, le demandeur sollicite un jugement déclaratoire annulant le rapport du commissaire et le déclarant nul et non avenue.

[8] Au mois de mars 1997, le commissaire Parker a présenté une requête en vue d’être radié à titre de partie défenderesse à l’action. Le demandeur a soutenu qu’il était nécessaire que le commissaire Parker soit désigné à titre de défendeur pour qu’un interrogatoire préalable complet et exhaustif puisse avoir lieu. La requête a été rejetée en première instance, mais la Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel le 5 juin 1998 et ordonné que le commissaire Parker soit radié à titre

It would appear that the respondent's primary interest in joining the appellant Parker is to ensure his availability for discovery as a party defendant. Thus in paragraph 38 of the respondent's written argument, he contends that the appellant Parker must remain a party so as to "be subject to the usual discovery obligations of a party to an action" It may well be that the evidence of the appellant will be needed at trial but that, by itself, is not a sufficient reason for requiring him to remain as a party defendant.

It is to be noted as well that it is no longer the case that a non-party is absolutely immune by our rules of civil procedure from discovery by a party in an action. The *Federal Court Rules, 1998* . . . themselves provide for the examination for discovery of, and the production of a document by, a non-party. By Rule 238 the Court may grant leave to a party to examine a non-party "who might have information on an issue in the action" if it is satisfied "that the party has been unable to obtain the information informally . . . or from another source by any other reasonable means", that "it would be unfair not to allow the party an opportunity to question . . . before trial" and that the questioning "will not cause any undue delay, convenience [*sic*] or expense to the person or to the other parties". By Rule 233 the Court may order the production of any document in the possession of a non-party "if the document is relevant and its production could be compelled at trial". The potential is thus available under these two rules for the respondent to secure a measure of discovery of the appellant Parker even though he may not be a party to the action.

Moreover, the respondent would be entitled to subpoena the appellant Parker to testify at trial and, for the same purpose, to subpoena other persons who were present at the meeting referred to in paragraph 16 of the respondent's affidavit.

[9] The plaintiff attempted to examine Commissioner Parker in writing prior to his removal as a party to the action. Commissioner Parker declined to answer the written interrogatories pending a final decision with respect to his involvement in the action. Since his removal as a party, Commissioner Parker has resisted any further discovery attempts by the plaintiff.

de partie défenderesse. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Stone a dit¹:

Il semblerait que l'intérêt principal de l'intimé à constituer l'appellant Parker partie est d'assurer qu'il puisse être interrogé au préalable en qualité de partie défenderesse. Ainsi, au paragraphe 38 de son mémoire écrit, l'intimé soutient qu'il est nécessaire que l'appellant Parker demeure partie à l'action afin [TRADUCTION] «d'être assujéti aux obligations habituelles d'une partie à une action en matière d'interrogatoire préalable» [. . .] Il se peut fort bien que le témoignage de l'appellant Parker sera nécessaire au procès, mais, en soi, ce n'est pas une raison suffisante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse.

Il faut également noter que ce n'est plus le cas qu'une personne qui n'est pas partie à une action bénéficie, sous le régime de nos règles de procédure civile, d'une immunité absolue contre l'interrogatoire préalable à l'instance d'une partie à l'action. *Les Règles de la Cour fédérale (1998)* [. . .] elles-mêmes prévoient l'interrogatoire au préalable d'une personne qui n'est pas partie à une action ainsi que la production de documents par cette personne. Selon la Règle 238, la Cour peut autoriser une partie à procéder à l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas partie à l'action, mais «qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action», si elle est convaincue à la fois que «la partie n'a pu obtenir ces renseignements de la personne de la façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables», qu'«il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction», et que l'interrogatoire «n'occasionnera pas de retards, d'inconvénients ou de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties.» Selon la Règle 233, la Cour peut ordonner qu'un document en la possession d'une personne qui n'est pas partie à une action soit produit «s'il est pertinent et si sa production pourrait être exigée lors de l'instruction». Il est donc possible, sous le régime de ces deux règles, que l'intimé puisse dans une certaine mesure interroger au préalable l'appellant Parker, même s'il n'est pas partie à l'action.

Au surplus, l'intimé aurait le droit d'assigner l'appellant Parker à témoigner à l'instruction, et, pour les mêmes fins, d'assigner d'autres personnes qui étaient présentes à la réunion mentionnée au paragraphe 16 de son affidavit.

[9] Le demandeur a tenté d'interroger le commissaire Parker par écrit avant que celui-ci ne soit radié à titre de partie à l'action. Le commissaire Parker a refusé de répondre à l'interrogatoire écrit tant qu'une décision définitive ne serait pas rendue au sujet de sa participation à l'action. Depuis qu'il a été radié à titre de partie, le commissaire Parker s'est opposé à toute autre tentative que le demandeur a faite pour procéder à un interrogatoire préalable.

[10] The plaintiff tried to obtain information requested of Commissioner Parker through the discovery of the representative of the defendant, however the government deponent had no knowledge of the internal workings of the Commission. The plaintiff also made a request pursuant to the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1]. This recourse proved ineffective due to statutory exemptions which greatly restricted the extent of disclosure.

[11] The plaintiff now seeks to examine Commissioner Parker as a non-party with respect to four areas of interrogation namely:

(a) the role and activities of Commission counsel following the public hearings phase of the inquiry;

(b) the understanding between Commissioner Parker and Commission counsel and the discussions between the Commissioner and all counsel involved in the Commission of Inquiry to the effect that Commission counsel would not participate in drafting the Commissioner's report;

(c) issues concerning the concept of "conflict of interest" as defined and adopted by the Commission; and

(d) particulars of notice given to the plaintiff with respect to the scope of inquiry and the standards against which the plaintiff's conduct would be measured.

ISSUE

[12] The issue before the Court is whether the plaintiff should be granted leave to examine for discovery Commissioner Parker, a non-party to the action. A determination of this issue requires consideration of the following questions: (1) whether the plaintiff has met the requirements of rules 238 and 271; (2) whether answers to the questions proposed by the plaintiff are protected by solicitor-client privilege; and (3) whether the principles of judicial independence and deliberative secrecy apply so as to preclude

[10] Le demandeur a tenté d'obtenir les renseignements demandés au commissaire Parker en interrogeant au préalable le représentant du défendeur, mais le déposant qui représentait le gouvernement n'avait pas connaissance du fonctionnement interne de la Commission. Le demandeur a également présenté une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1]. Ce recours s'est avéré inefficace à cause des exceptions prévues par la loi qui restreignaient grandement l'étendue de la communication.

[11] Le demandeur cherche maintenant à interroger le commissaire Parker, à titre de tiers, sur quatre sujets, à savoir:

a) le rôle et les activités de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues dans le cadre de l'enquête;

b) l'entente conclue entre le commissaire Parker et l'avocat de la Commission et les discussions qui ont eu lieu entre le commissaire et tous les avocats qui ont participé à la commission d'enquête, selon lesquelles l'avocat de la Commission ne participerait pas à la rédaction du rapport du commissaire;

c) les questions se rapportant au concept de «conflit d'intérêts» tel qu'il a été défini et adopté par la Commission;

d) les détails concernant l'avis donné au demandeur au sujet de la portée de l'enquête et des normes par rapport auxquelles la conduite de celui-ci serait appréciée.

LA QUESTION LITIGIEUSE

[12] Il s'agit ici de savoir si le demandeur doit se voir accorder l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable du commissaire Parker, qui n'est pas partie à l'action. La réponse à cette question exige l'examen des questions suivantes, à savoir: 1) si le demandeur a satisfait aux exigences des règles 238 et 271; 2) si les réponses aux questions proposées par le demandeur sont protégées par le secret professionnel de l'avocat; et 3) si les principes de l'indépendance judiciaire et du secret du délibéré s'appliquent de

Commissioner Parker from being compellable to testify.

façon à empêcher le commissaire Parker d'être contraint à témoigner.

I-Examination of non-parties with leave (rule 238)

I-Interrogatoire de tiers sur autorisation (règle 238)

[13] Subsection 238(1) provides that a party may apply to the Court for leave to examine any person not a party to the action who might have information on an issue in the action. Subsection 238(3) sets out four factors which the Court must consider before granting leave. In exercising its discretion, the Court must be satisfied that:

[13] Le paragraphe 238(1) prévoit qu'une partie peut demander à la Cour l'autorisation de procéder à l'interrogatoire d'une personne qui n'est pas partie à l'action et qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans le cadre de celle-ci. Le paragraphe 238(3) énonce quatre facteurs dont la Cour doit tenir compte avant d'accorder l'autorisation. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour doit être convaincue:

(a) the person may have information on an issue in the action;

a) que la personne peut posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action;

(b) the party has been unable to obtain the information informally from the person or from any source by any other reasonable means;

b) que la partie n'a pas pu obtenir ces renseignements de la personne de façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables;

(c) it would be unfair not to allow the party an opportunity to question the person before trial; and

c) qu'il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction;

(d) the questioning will not cause undue delay, inconvenience or expense to the person or to the other parties.

d) que l'interrogatoire n'occasionne pas de retards, d'inconvénients ni de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties.

[14] The plaintiff submits that he has exhausted all efforts to obtain the information he now seeks from Commissioner Parker. He contends that there is no other source from which the information can reasonably be obtained.

[14] Le demandeur soutient qu'il a épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir les renseignements qu'il cherche maintenant à obtenir du commissaire Parker. Selon lui, les renseignements ne peuvent être raisonnablement obtenus d'aucune autre source.

[15] The plaintiff says it would be unfair to deny him an opportunity to discover Commissioner Parker, particularly since the Federal Court of Appeal, in deciding to remove Commissioner Parker as a party to the action, took into account the possibility he could be examined for discovery as a non-party. In addition, the plaintiff contends that since the defendant joined with Commissioner Parker in moving to have him struck as a party, it can be inferred that the defendant has or will be given information which the plaintiff requires for trial. He submits that fairness dictates that both parties should have access to the same witnesses.

[15] Le demandeur affirme qu'il serait injuste de lui refuser la possibilité d'interroger au préalable le commissaire Parker, étant donné en particulier qu'en décidant de radier le commissaire Parker comme partie à l'action, la Cour d'appel fédérale a tenu compte de la possibilité qu'il puisse être interrogé au préalable à titre de tiers. De plus, le demandeur soutient que, comme le défendeur s'est joint au commissaire Parker pour demander la radiation de celui-ci à titre de partie, on peut déduire que le défendeur possède ou obtiendra des renseignements dont le demandeur a besoin en vue de l'instruction. Il soutient que l'équité exige que les deux parties aient accès aux mêmes témoins.

[16] Finally, the plaintiff says that the proposed questioning would not occasion any significant delay, inconvenience or expense to the parties or Commissioner Parker.

[17] Commissioner Parker responds that the plaintiff has not satisfied all four conditions set out in subsection 238(3). He does not deny that he may have information being sought by the plaintiff, but argues that the plaintiff has not established that the information cannot be obtained from others. Furthermore, he maintains that there has been undue delay which would cause him significant inconvenience and prejudice.

[18] I see no merit to the argument by Commissioner Parker that there would be undue delay, inconvenience and prejudice to the parties or himself should leave be granted pursuant to rule 238. The delay contemplated by the rule is that occasioned by the questioning, and not the plaintiff's previous delay in prosecuting his action. The limited discovery proposed by the plaintiff would not, in my view, unduly lengthen the proceedings. As for inconvenience or prejudice to the parties or Commissioner Parker, none of any significance has been established before me.

[19] I decline to infer, as the plaintiff would have me do, that Commissioner Parker has or will be providing the defendant with information to which the plaintiff would not have access. There is simply no evidence before me to justify such an inference. In fact, Commissioner Parker has asserted privilege as against both parties.

[20] I find that the plaintiff has met conditions (a), (c) and (d) set out in subsection 238(3). However, I am not satisfied that all reasonable means have been exhausted by the plaintiff to obtain the required information from other sources. Questions having to do with the scope of the inquiry's terms of reference and the definition of the term "conflict of interest" should and could have been directed to the defendant.

[16] Enfin, le demandeur dit que l'interrogatoire proposé n'occasionnerait pas de retards, d'inconvénients ni de frais déraisonnables aux parties ou au commissaire Parker.

[17] Le commissaire Parker répond que le demandeur ne satisfait pas aux quatre exigences énoncées dans le paragraphe 238(3). Il ne nie pas qu'il possède peut-être les renseignements demandés, mais il affirme que le demandeur n'a pas établi qu'il ne peut obtenir ces renseignements d'autres personnes. En outre, il maintient qu'il y a eu un retard déraisonnable qui lui occasionnerait de gros inconvénients et lui causerait un grave préjudice.

[18] Je ne puis voir le bien-fondé de l'argument du commissaire Parker selon lequel, si l'autorisation était accordée conformément à la règle 238, cela occasionnerait un retard et des inconvénients déraisonnables et lui causerait un préjudice ainsi qu'aux parties. Le retard dont traite cette règle est celui qu'occasionne l'interrogatoire plutôt que le fait que le demandeur a antérieurement tardé à poursuivre son action. À mon avis, l'interrogatoire préalable restreint que propose le demandeur n'aurait pas pour effet de prolonger indûment l'instance. Quant aux inconvénients ou au préjudice que subiraient les parties ou le commissaire Parker, aucun inconvénient ou préjudice grave n'a été établi devant moi.

[19] Je refuse d'inférer, comme le demandeur me demande de le faire, que le commissaire Parker possède des renseignements auxquels le demandeur n'aurait pas accès ou qu'il fournira pareils renseignements au défendeur. Je ne dispose d'aucun élément de preuve justifiant une telle inférence. De fait, le commissaire Parker a revendiqué le privilège à l'encontre des deux parties.

[20] Je conclus que le demandeur a satisfait aux exigences a), c) et d) énoncées dans le paragraphe 238(3). Toutefois, je ne suis pas convaincu que le demandeur ait épuisé tous les moyens raisonnables en vue d'obtenir les renseignements nécessaires d'autres sources. Les questions se rapportant à l'étendue du mandat de l'enquête et à la définition de ce qui constitue un «conflict d'intérêts» auraient dû et auraient pu être adressées au défendeur.

[21] As for the discussions between the Commissioner and counsel involved in the inquiry regarding the role of Commission counsel during the report-drafting phase, there is no evidence before me that other persons who were present during the discussions were approached informally by the plaintiff. In fact, the plaintiff received some particulars during his discovery of the defendant.

[22] Moreover, the plaintiff must surely have knowledge as to how he was notified with respect to the scope of inquiry. The plaintiff could serve a request to admit facts regarding notice which the defendant will have difficulty disputing.

[23] As for the standards against which the plaintiff's conduct were measured, these are set out in the Commissioner's report which speaks for itself. The standards will no doubt be the subject of scrutiny in this action and I see no reason to call the author of the report to expand on his conclusions.

[24] I conclude that the only area of examination proposed by the plaintiff which meets all the conditions in subsection 238(3) is in relation to the role and activities of Commission counsel following the public hearings phase of the inquiry. This information is clearly unavailable to the plaintiff through other sources.

[25] I therefore turn to the responding parties' objections based on solicitor and client privilege and deliberative secrecy before determining whether I should exercise my discretion in favour of the plaintiff.

II-Solicitor-client privilege

[26] Commissioner Parker submits that the proposed areas of examination are protected by solicitor-client privilege and that the privilege has not been waived.

[27] In *Smith v. Jones*,² the Supreme Court of Canada held that solicitor-client privilege is the

[21] Quant aux discussions entre le commissaire et les avocats qui ont participé à l'enquête au sujet du rôle de l'avocat de la Commission au cours de la phase de rédaction du rapport, je ne dispose d'aucun élément de preuve tendant à montrer que le demandeur a communiqué de façon informelle avec les autres personnes qui ont assisté aux discussions. De fait, le demandeur a obtenu certaines précisions lorsqu'il a interrogé le défendeur au préalable.

[22] En outre, le demandeur a certainement connaissance de la façon dont il a été avisé de l'étendue de l'enquête. Le demandeur pourrait signifier une demande visant à faire admettre des faits au sujet de l'avis, que le défendeur pourra difficilement contester.

[23] Quant aux normes par rapport auxquelles la conduite du demandeur a été appréciée, elles sont énoncées dans le rapport du commissaire, qui est très explicite. Les normes seront sans aucun doute assujetties à un examen dans cette action et, à mon avis, il n'y a pas lieu de citer l'auteur du rapport pour qu'il donne des précisions au sujet des conclusions qu'il a tirées.

[24] Je conclus que la seule question proposée par le demandeur qui satisfait aux exigences énoncées dans le paragraphe 238(3) se rapporte au rôle et aux activités de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues dans le cadre de l'enquête. Le demandeur ne peut certes pas obtenir ces renseignements d'autres sources.

[25] J'examinerai maintenant les objections des parties défenderesses qui sont fondées sur le secret professionnel de l'avocat et sur le secret du délibéré avant de déterminer si je dois exercer mon pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur.

II-Le secret professionnel de l'avocat

[26] Le commissaire Parker soutient que les sujets proposés sont protégés par le secret de l'avocat et qu'on n'a pas renoncé à ce privilège.

[27] Dans l'arrêt *Smith c. Jones*², la Cour suprême du Canada a statué que le secret professionnel de

highest privilege recognized by the Court. Cory J., speaking for the majority, defined the nature of the privilege as follows:

Clients seeking advice must be able to speak freely to their lawyers secure in the knowledge that what they say will not be divulged without their consent. It cannot be forgotten that the privilege is that of the client, not the lawyer. The privilege is essential if sound legal advice is to be given in every field. It has a deep significance in almost every situation where legal advice is sought whether it be with regard to corporate and commercial transactions, to family relationships, to civil litigation or to criminal charges. Family secrets, company secrets, personal foibles and indiscretions all must on occasion be revealed to the lawyer by the client. Without this privilege clients could never be candid and furnish all the relevant information that must be provided to lawyers if they are to properly advise their clients. It is an element that is both integral and extremely important to the functioning of the legal system. It is because of the fundamental importance of the privilege that the onus properly rests upon those seeking to set aside the privilege to justify taking such a significant step.

[28] Counsel asserts that privilege applies to all communications between Commissioner Parker and his legal advisers, as well as their assigned activities, on matters related to any phase of the inquiry, including the report-writing stage. Consequently, she claims that it would be inappropriate to compel her client to answer any of the proposed questions, either on discovery or by examination out of court for trial.

[29] The plaintiff responds that solicitor and client privilege does not apply to the acts of counsel, including the act of writing or participating in the preparation of the final report of the Commission. A lawyer's acts, even though they stem from a client's instructions, are not communications, but rather matters of fact to which no privilege attaches.

[30] I agree with the plaintiff that solicitor and client privilege protects communications between a solicitor and his or her client, but not the facts contained in the communication, or the acts a solicitor performs on behalf of his or her client. As Hollinrake J. explained

l'avocat est le privilège le plus important reconnu par la Cour. Le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a défini la nature du privilège de la façon suivante:

Les clients qui consultent un avocat doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté avec la certitude que ce qu'ils disent ne sera pas divulgué sans leur consentement. Il ne faut pas oublier que le privilège appartient au client et non à l'avocat. Le privilège est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judiciaires soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écartier de justifier une mesure d'une telle gravité.

[28] L'avocate affirme que ce privilège s'applique à toutes les communications entre le commissaire Parker et ses conseillers juridiques ainsi qu'aux activités qu'ils ont été chargés de mener sur des questions se rapportant à l'une ou l'autre phase de l'enquête, y compris le stade de rédaction du rapport. Elle affirme donc qu'il ne conviendrait pas de contraindre son client à répondre aux questions proposées, que ce soit dans le cadre d'un interrogatoire préalable ou d'un interrogatoire hors cours en vue de l'instruction.

[29] Le demandeur répond que le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux actes de l'avocat et notamment à la rédaction du rapport final de la Commission ou à la participation à la préparation de ce rapport. Les actes de l'avocat, même s'ils ont été faits par suite des instructions données par le client, ne sont pas des communications, mais plutôt des questions de fait qui ne sont pas visées par un privilège.

[30] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire que le secret professionnel protège les communications entre un avocat et son client, mais non les faits contenus dans la communication ou les actes qu'un avocat accomplit pour le compte de son client.

in *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*:³

What is protected is communications. The privilege is for the protection of the client to enable him to confide in his legal adviser. The acts of the solicitor are facts which, indeed, may proceed from the instructions of the client, but is no wise [*sic*] confidential communications by the client to the solicitor. Cheques, ledgers, deposit slips, documents of that nature, are not communications between solicitor and a client, but are, rather, documents forming part of the solicitor's records and they are a report of acts, not communications.

[31] The plaintiff seeks information regarding the role and activities of Commission counsel following the public hearings phase of the inquiry. Such information could be provided without in any way breaching the privileged communications between solicitor and client. Commissioner Parker's objection based on solicitor and client privilege is therefore upheld only to the extent that it covers communications and not the activities of Commission counsel.

Judicial independence and deliberative secrecy

[32] As an additional argument, Commissioner Parker submits that his process of decision making, the formulation of his findings and his consultations with his legal advisers, including their activities, are protected by deliberative secrecy. He submits that the integrity of the principle of judicial independence requires that commissions of inquiry enjoy complete testimonial immunity in respect of their adjudicative function. The plaintiff points out however that the common law protection of deliberative secrecy is not absolute.

[33] In *MacKeigan v. Hickman*,⁴ the Supreme Court of Canada confirmed the principle of immunity of judges from testifying on the grounds of judicial independence. However, the Court also recognized that exceptional cases could arise where the qualified privilege of immunity from testifying would have to give way; such as when it is necessary to reaffirm public confidence in the administration of justice.

Comme le juge Hollinrake l'a expliqué dans la décision *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*³:

[TRADUCTION] Ce sont les communications qui sont protégées. Le privilège vise à protéger le client de façon à lui permettre de fournir des renseignements confidentiels à son conseiller juridique. Les actes accomplis par l'avocat sont des faits qui peuvent en réalité découler des instructions données par le client, mais il ne s'agit aucunement de communications confidentielles que le client a faites à son avocat. Les chèques, les livres, les bordereaux de dépôt, les documents de ce genre, ne sont pas des communications entre un avocat et son client; il s'agit plutôt de documents qui font partie des dossiers de l'avocat et qui constituent des comptes rendus d'actes et non de communications.

[31] Le demandeur sollicite des renseignements au sujet du rôle et des activités de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues dans le cadre de l'enquête. On pourrait fournir de tels renseignements sans aucunement violer les communications privilégiées entre l'avocat et son client. L'objection du commissaire Parker fondée sur le secret professionnel de l'avocat est donc retenue uniquement dans la mesure où elle s'applique aux communications plutôt qu'aux activités de l'avocat de la Commission.

Indépendance judiciaire et secret du délibéré

[32] De plus, le commissaire Parker soutient que son processus décisionnel, l'énoncé de ses conclusions et les consultations qu'il a eues avec ses conseillers juridiques, et notamment les activités de ceux-ci, sont protégés par le secret du délibéré. Il affirme que l'intégrité du principe de l'indépendance judiciaire exige que les commissions d'enquête bénéficient d'une immunité testimoniale complète à l'égard de leur fonction décisionnelle. Toutefois, le demandeur souligne que la protection fournie par la common law à l'égard du secret du délibéré n'est pas absolue.

[33] Dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*⁴, la Cour suprême du Canada a confirmé, en se fondant sur le principe de l'indépendance judiciaire, le principe de l'immunité testimoniale dont bénéficient les juges. Toutefois, la Cour a également reconnu que dans certains cas exceptionnels, le privilège restreint qui dispense de l'obligation de témoigner doit céder le pas, par exemple, lorsqu'il est nécessaire de réaffirmer

[34] In *Edwards v. Canada (Attorney General)*,⁵ Lax J. concluded that judges do not enjoy absolute testimonial immunity and can be compelled to testify to matters unrelated to their judicial function. However, they cannot be compelled to testify to matters arising in the course of their exercising their judicial function. At page 457, he states:

Judges . . . must be free to perform their judicial duties without concern that decisions made in “the *bona fide* exercise of [their] office” are subject to subsequent scrutiny or elaboration: Friedland, *supra*, at p. 34. An independent judiciary is central to a free and democratic society, and judicial immunity is one of its safeguards.

[35] However, quasi-judicial tribunals, such as commissions of inquiry, have not been given the same absolute immunity against being compelled to testify. Such was the conclusion of Gonthier J., speaking for the Supreme Court of Canada, in *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*:⁶

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may none the less be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice.

[36] In *Glengarry Memorial Hospital v. Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal)*,⁷ O’Leary J. came to the same conclusion, that “valid reasons for believing that the rules of natural justice were not followed” needed to be established before deliberative secrecy would be lifted:

In my view, the common law principle involved here is more accurately stated as follows. A judge cannot be forced to testify as to how or why he or any other judge arrived at a decision; a member of a *quasi-judicial* tribunal can only be required to testify as to how and why he or any member of a panel arrived at a decision when there is compelling

la confiance du public dans l’administration de la justice.

[34] Dans la décision *Edwards v. Canada (Attorney General)*⁵, le juge Lax a conclu que les juges ne bénéficient pas d’une immunité testimoniale absolue et qu’ils peuvent être contraints à témoigner sur des questions qui ne sont pas liées à leur fonction judiciaire. Toutefois, ils ne peuvent pas être contraints à témoigner sur les questions qui se posent dans l’exercice de leur fonction judiciaire. Voici ce que le juge a dit à la page 457:

[TRADUCTION] Les juges [. . .] doivent pouvoir exercer leurs fonctions judiciaires sans avoir à se demander si les décisions qu’ils rendent dans «l’exercice véritable de leurs fonctions» feront l’objet d’un examen ou devront être expliquées: Friedland, *supra*, à la p. 34. Un appareil judiciaire indépendant est essentiel dans une société libre et démocratique; or, l’immunité judiciaire est l’une des protections fournies à cet égard.

[35] Toutefois, les tribunaux quasi judiciaires tels que les commissions d’enquête ne bénéficient pas de cette immunité testimoniale absolue. Telle est la conclusion que le juge Gonthier a tirée au nom de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*⁶:

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n’a pas respecté les règles de justice naturelle.

[36] Dans la décision *Glengarry Memorial Hospital v. Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal)*⁷, le juge O’Leary est arrivé à la même conclusion, à savoir que [TRADUCTION] «des raisons sérieuses de croire que les règles de justice naturelle n’ont pas été suivies» doivent être établies pour qu’il soit possible de lever le secret du délibéré:

[TRADUCTION] À mon avis, le principe de common law en cause dans la présente affaire est énoncé d’une façon plus exacte de la façon suivante: un juge ne peut pas être contraint à témoigner au sujet de la façon dont il est arrivé à une décision ou de la façon dont un autre juge est arrivé à une décision ou encore au sujet de la raison pour laquelle

and overriding reason that he should testify.

...

In short, it is the common law testimonial privilege, not a statutory testimonial privilege, that will protect a tribunal member from having to testify, when the tribunal's jurisdiction is being judicially reviewed. But even that common law protection does not apply where as here there are valid reasons for believing that the rules of natural justice were not followed by the tribunal.

The reasons why the common law imposes a rule of deliberative secrecy upon a tribunal are too obvious, especially in the case of a tripartite tribunal, to require enumeration. The integrity of the deliberative process can only be insured if the rule is all but absolute. But absolute it cannot be. Where, as in this case, it becomes necessary to pierce that secrecy to ensure that natural justice has not been denied, then that secrecy will be pierced.

[37] The plaintiff submits that he has "valid reasons" for believing that the rules of natural justice were not followed by Commissioner Parker. He points to three facts to support his contention:

(1) An article appeared in the *Globe and Mail* in November 1986 which reported that Mr. Scott (Commission counsel) said that he would help Commissioner Parker write his report;

(2) A meeting subsequently took place with counsel appearing at the inquiry and Commissioner Parker to deal with concerns regarding the role of Commission counsel; and

(3) Commission counsel docketed over 1,700 hours of work and billed over \$230,000 in fees after the completion of the public hearings between February 1987 and December 1987.

[38] I am not persuaded that the above facts constitute sufficient or valid reasons to meet the very high threshold for piercing deliberative secrecy. The plaintiff obviously has access to the article which

une décision a été rendue; les membres d'un tribunal quasi judiciaire peuvent uniquement être tenus de témoigner au sujet de la façon dont ils sont arrivés à une décision ou dont les autres membres de la formation sont arrivés à une décision lorsqu'il existe des raisons impérieuses et dominantes les obligeant à témoigner.

[...]

Bref, c'est l'immunité testimoniale que prévoit la common law, plutôt qu'une immunité prévue par la loi, qui dispense les membres d'un tribunal de l'obligation de témoigner lorsque la compétence du tribunal fait l'objet d'un contrôle judiciaire. Cependant, même cette protection qu'offre la common law ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, il existe des raisons sérieuses de croire que le tribunal n'a pas suivi les règles de justice naturelle.

Les raisons pour lesquelles la common law impose la règle du secret du délibéré au tribunal sont trop évidentes, en particulier dans le cas d'un tribunal tripartite, pour qu'il soit nécessaire de les énumérer. L'intégrité du processus du délibéré peut uniquement être assurée si la règle est presque absolue. Cependant, la règle ne peut pas être absolue. Lorsque, comme en l'espèce, il devient nécessaire de lever le secret de façon à assurer le respect de la justice naturelle, ce secret sera levé.

[37] Le demandeur soutient qu'il a des [TRADUCTION] «raisons sérieuses» de croire que le commissaire Parker n'a pas suivi les règles de justice naturelle. Il signale trois faits à l'appui de sa prétention:

(1) Au mois de novembre 1986, le *Globe and Mail* a publié un article dans lequel on relatait que M. Scott (l'avocat de la Commission) avait dit qu'il aiderait le commissaire Parker à rédiger son rapport;

(2) Les avocats qui avaient assisté à l'enquête et le commissaire Parker se sont subséquemment rencontrés en vue de traiter des questions se rapportant au rôle de l'avocat de la Commission;

(3) L'avocat de la Commission a enregistré plus de 1 700 heures de travail et facturé des honoraires s'élevant à plus de 230 000 \$ après la fin des audiences publiques, entre le mois de février et le mois de décembre 1987.

[38] Je ne suis pas convaincu que les faits susmentionnés constituent des raisons sérieuses ou suffisantes pour satisfaire à l'exigence préliminaire très rigoureuse permettant de lever le secret du délibéré. De toute

appeared in the *Globe and Mail*. He has also been provided with some information by the defendant in answer to undertakings given during discovery regarding the meeting which took place between counsel and Commissioner Parker.

[39] The fact that Commission counsel performed significant work after the conclusion of the public phase of the inquiry is not suspect in itself, even in light of the *Globe and Mail* article and the meeting between counsel and Commissioner Parker. Would an informed person conclude that the above facts raise serious questions of denial of natural justice? I think not.

[40] I am not satisfied that speculation by the plaintiff that Commission counsel may have been involved in writing the Commission report constitutes a valid reason for lifting deliberative secrecy. As was stated by Richard J. (as he then was) in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*:⁸

The Supreme Court of Canada has recognized that administrative tribunals can rely on deliberative secrecy, albeit to a lesser extent than judicial tribunals. The Federal Court of Appeal has ruled that the former Rule 1402 does not provide a discovery procedure, nor is it intended to authorize a fishing expedition.

[41] The plaintiff is evidently grasping at straws, searching for some evidence that Commission counsel acted improperly in his subsequent dealings with Commissioner Parker. This is not in my view an exceptional case which warrants the Court's intervention. Therefore, I uphold Commissioner Parker's objection that he is not compellable as a witness based on deliberative secrecy.

[42] In light of the above, it is not necessary to deal with the plaintiff's request to examine Commissioner Parker out of Court pursuant to rule 271. In any event, I am not satisfied that the mere fact that

évidence, le demandeur a eu accès à l'article qui a paru dans le *Globe and Mail*. Le défendeur lui a également fourni certains renseignements en réponse aux engagements qui avaient été pris lors de l'interrogatoire préalable au sujet de la rencontre qui avait eu lieu entre les avocats et le commissaire Parker.

[39] Le fait que l'avocat de la Commission a accompli beaucoup de travail après la conclusion de la phase publique de l'enquête n'est pas suspect en soi, même si l'on tient compte de l'article du *Globe and Mail* et de la rencontre entre les avocats et le commissaire Parker. Une personne informée conclurait-elle que les faits susmentionnés soulèvent des questions sérieuses de déni de justice naturelle? Je ne le crois pas.

[40] Je ne suis pas convaincu que l'hypothèse du demandeur selon laquelle l'avocat de la Commission a peut-être participé à la rédaction du rapport de la Commission constitue une raison sérieuse permettant de lever le secret du délibéré. Comme l'a dit le juge Richard (tel était alors son titre) dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission royale de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*⁸:

La Cour suprême du Canada a reconnu que les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré, quoique dans une moindre mesure que les tribunaux judiciaires. La Cour d'appel fédérale a statué que l'ancienne Règle 1402 ne prévoit pas d'interrogatoire préalable, pas plus qu'elle ne vise à autoriser que l'on se lance dans des recherches à l'aveuglette.

[41] Le demandeur se raccroche de toute évidence à un semblant d'espoir, en cherchant un élément de preuve montrant que l'avocat de la Commission a agi d'une façon irrégulière dans les rapports subséquents qu'il a eus avec le commissaire Parker. À mon avis, il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel justifiant l'intervention de la Cour. Je confirme donc l'objection du commissaire Parker, à savoir qu'il ne peut pas être contraint à témoigner compte tenu du secret du délibéré.

[42] Cela étant, il n'est pas nécessaire d'examiner la demande que le demandeur a faite en vue d'interroger le commissaire Parker hors cour conformément à la règle 271. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincu

Commissioner Parker is of advanced age would warrant granting the relief requested.

ORDER

[43] The plaintiff's motion is dismissed. If the parties are unable to agree on costs of this motion, they shall serve and file concise written representations within 10 days of the date of these reasons for my consideration.

¹ *Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, [1998] 4 F.C. 125 (C.A.), at pp. 137-139.

² [1999] 1 S.C.R. 455, at pp. 474-475.

³ Unreported, February 21, 1990, Vancouver Reg. No. CC881107 (B.C.S.C.).

⁴ [1989] 2 S.C.R. 796, at p. 843.

⁵ (1999), 46 O.R. (3d) 447 (S.C.).

⁶ [1992] 1 S.C.R. 952, at p. 966.

⁷ (1993), 99 D.L.R. (4th) 682 (Ont. Div. Ct.), at pp. 702, 705.

⁸ [1996] 2 F.C. 668 (T.D.), at p. 692.

que le simple fait que le commissaire Parker soit âgé justifie l'octroi de la réparation demandée.

ORDONNANCE

[43] La requête du demandeur est rejetée. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre au sujet des dépens de la requête, elles signifieront et déposeront de brèves observations écrites dans les 10 jours qui suivront la date des présents motifs pour que je les examine.

¹ *Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, [1998] 4 C.F. 125 (C.A.), aux p. 137 à 139.

² [1999] 1 R.C.S. 455, aux p. 474 et 475.

³ Décision non publiée, 21 février 1990, Vancouver Reg. No. CC881107 (C.S.C.-B.).

⁴ [1989] 2 R.C.S. 796, à la p. 843.

⁵ (1999), 46 O.R. (3d) 447 (C.S.).

⁶ [1992] 1 R.C.S. 952, à la p. 966.

⁷ (1993), 99 D.L.R. (4th) 682 (C. div. Ont.), aux p. 702 et 705.

⁸ [1996] 2 C.F. 668 (1^{re} inst.), à la p. 692.

T-999-97

T-999-97

Stamicarbon B. V. (Plaintiff)**Stamicarbon S.A.R.L. (demanderesse)**

v.

c.

Urea Casale S.A. (Defendant)**Urea Casale S.A. (défenderesse)****INDEXED AS: STAMICARBON B.V. v. UREA CASALE S.A. (T.D.)****RÉPERTORIÉ: STAMICARBON S.A.R.L. c. UREA CASALE S.A. (1^{re} INST.)**

Trial Division, McKeown J.—Ottawa, July 5 and 27, 2000.

Section de première instance, juge McKeown—Ottawa, 5 et 27 juillet 2000.

Patents — Patent Act, s. 47(1) permitting Commissioner to issue new patent on “surrender” of original patent deemed defective because of error arising from inadvertence, accident, mistake — S. 47(2) providing upon surrender reissued patent replacing original patent, original patent inoperative; surrender of original patent resulting in abatement of existing causes of action at time of action except to extent reissued patent containing claims identical to original patent — “Identical” meaning “exactly same in every detail” — Defendant admitting claim 22 in reissued patent new, not identical to claim 15 in original — Cause of action based on claim 15 abated — Original claim 14 altered to replace words “said method being characterized in that it comprises” with “said method comprising” — In claim language “characterized in that” separating old from new, inventive — Words following “characterized in that” essential to invention — Deletion of “characterized in that” changing scope of claim as suggesting following features no longer essential — Reissue premised on admission patent claiming more or less than entitled to as new — In amending claim 14 defendant admitting scope of claim 21 different from scope of original claim — As claims not identical, no basis to continue counterclaim — Summary judgment granted dismissing counterclaim.

Brevets — L'art. 47(1) de la Loi sur les brevets autorise le commissaire à délivrer un nouveau brevet s'il y a abandon du brevet original jugé défectueux à cause d'une erreur commise par inadvertance, accident ou méprise — L'art. 47(2) prévoit qu'à l'abandon, le brevet redélivré remplace le brevet original, le brevet original devient inopérant; l'abandon du brevet original donne lieu à l'annulation d'un motif d'instance alors existant sauf dans la mesure où le brevet redélivré comporte des revendications identiques à celles du brevet original — Deux choses sont «identiques» si elles sont «exactement les mêmes dans les moindres détails» — La défenderesse a admis que la revendication 22 du brevet redélivré était nouvelle et qu'elle n'était pas identique à la revendication 15 du brevet original — Le motif d'instance fondé sur la revendication 15 a été annulé — La revendication 14 du brevet original a été modifiée de façon à remplacer les mots «ladite méthode étant caractérisée par le fait qu'elle comprend» par les mots «ladite méthode comprenant» — En matière de revendications, les mots «étant caractérisée par le fait» séparent l'ancien du nouveau, inventif — Le passage suivant les mots «étant caractérisée par le fait» était essentiel à l'invention — La suppression de «étant caractérisée par le fait» a modifié la portée de la revendication étant donné qu'elle laisse entendre que ces aspects ne sont plus essentiels — Une redélivrance est fondée sur l'aveu qu'un brevet revendiqué plus ou moins qu'il n'avait droit de revendiquer à titre d'invention nouvelle — En modifiant la revendication 14, la défenderesse a admis que la portée de la revendication 21 est différente de la portée de la revendication originale — Étant donné que les revendications n'étaient pas identiques, rien ne permettait de poursuivre la demande reconventionnelle — Un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé.

Practice — Judgments and orders — Summary judgment — Motion for summary judgment to dismiss defendant's counterclaim — Federal Court Rules, 1998, rr. 213, 216 governing summary judgments — Purpose to allow Court to summarily dispose of cases where no genuine issue to be tried, or if only genuine issue question of law — Counterclaim seeking damages only with respect to alleged

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Requête en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle de la défenderesse — Les règles 213 et 216 des Règles de la Cour fédérale (1998) régissent les jugements sommaires — Elles visent à permettre à la Cour de statuer sommairement sur les affaires qui ne devraient pas être instruites parce qu'il

infringement of original patent, not reissued patent — Damages could be awarded on original patent if claims under original, reissued patent “identical” pursuant to Patent Act, s. 47(2) — Claims not identical — No remaining issues for trial — Summary judgment granted dismissing counterclaim.

Practice — Costs — On solicitor and client basis — Patent issued in January 1997 — Action for declaration invalid as anticipated, rendered obvious by Japanese patent — Counterclaim alleging infringement — Defendant subsequently applying for reissue of patent in view of Japanese patent without notifying plaintiff — Summary judgment granted dismissing counterclaim with costs to plaintiff on solicitor-client basis, although not with respect to action — Solicitor-client costs awarded on ground of misconduct connected to litigation, where party causing substantial, unnecessary difficulty or expense for another party in prosecuting, defending action, or requiring party to be involved in unnecessary proceedings — Defendant should not have proceeded with counterclaim in light of knowledge of Japanese patent, failure to notify plaintiff of application for reissue of patent — Defendant awarded costs with respect to all matters related to breach of 1992 agreement on which plaintiff relied to claim ownership of patent from commencement of action to September 1998 — If costs awarded to plaintiff exceeding those awarded to defendant, plaintiff entitled to payment of excess from monies paid into Court as security for defendant’s costs.

This was a motion for summary judgment to dismiss the counterclaim with costs on a solicitor and client basis; for permission to discontinue the action; and for an order for payment out of \$5,000 paid into court as security for the defendant’s costs. The defendant’s patent issued in January 1997. The plaintiff commenced an action in May 1997 seeking a declaration that the patent was void and that it was the owner of the patent or that certain activities carried out by it did not infringe the patent. One of the grounds of impeachment was that the invention disclosed and claimed in the patent was anticipated or rendered obvious by a Japanese patent. The statement of defence and counterclaim alleged infringements of the invention claimed in claims 14 and 15. In November 1997 the defendant instructed its agent

n’existe pas de véritable question litigieuse ou si la seule véritable question litigieuse porte sur un point de droit — La demande reconventionnelle cherchait à obtenir uniquement des dommages-intérêts à l’égard de la présumée contrefaçon du brevet original et non à l’égard du brevet redélivré — Des dommages-intérêts fondés sur le brevet original pourraient être accordés uniquement si les revendications du brevet original et celles du brevet redélivré étaient «identiques», comme le prévoit l’art. 47(2) de la Loi sur les brevets — Les revendications n’étaient pas identiques — Il ne restait plus aucune question litigieuse — Un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé.

Pratique — Frais et dépens — Sur la base avocat-client — Brevet délivré en janvier 1997 — L’action réclamant un jugement déclaratoire au motif qu’il y avait antériorité ou que le brevet japonais avait rendu l’invention évidente — La demande reconventionnelle alléguait des contrefaçons — La défenderesse a par la suite présenté une demande de redélivrance du brevet, compte tenu du brevet japonais sans en aviser la demanderesse — Le jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé et des dépens sur la base avocat-client ont été adjugés à la demanderesse, quoique pas à l’égard de l’action — Les dépens sur la base avocat-client ne sont adjugés que s’il y a eu inconduite dans le cadre du litige, et si une partie a causé de graves difficultés ou des frais élevés inutiles à une autre partie dans la poursuite ou la défense d’une action, ou a obligé une partie à participer à une instance inutile — La défenderesse n’aurait pas dû présenter de demande reconventionnelle étant donné sa connaissance de l’existence du brevet japonais et son défaut d’aviser la demanderesse de sa demande de redélivrance du brevet — Des dépens ont été adjugés à la défenderesse à l’égard de toutes les questions liées à la violation de l’entente de 1992 sur laquelle la demanderesse s’était fondée pour revendiquer son titre de titulaire du brevet, de la date de l’introduction de l’action jusqu’en septembre 1998 — Si le montant des dépens adjugés à la demanderesse excède le montant des dépens adjugés à la défenderesse, la demanderesse aura droit au paiement du surplus des sommes consignées à la Cour à titre de cautionnement pour les dépens de la défenderesse.

Il s’agissait d’une requête en vue d’obtenir un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle, les dépens devant être adjugés sur la base avocat-client; en vue d’obtenir une ordonnance autorisant le désistement de l’action; et en vue d’obtenir une ordonnance assurant le versement du montant de 5 000 \$ consigné à la Cour à titre de cautionnement pour les dépens de la défenderesse. Le brevet de la défenderesse a été délivré au mois de janvier 1997. En mai 1997, la demanderesse a intenté une action sollicitant un jugement déclaratoire portant que le brevet était invalide et qu’elle était titulaire du brevet, ou que ses activités ne constituaient pas une contrefaçon du brevet. L’un des motifs d’invalidation était qu’un brevet japonais constituait une antériorité par rapport à l’invention décrite et revendiquée

to apply for a reissue of the patent in view of the Japanese patent. On December 16, 1998 the defendant filed the reissue application without giving notice to the plaintiff. The patent was reissued on October 12, 1999.

Patent Act, subsection 47(1) permits the Commissioner to issue a new patent on "surrender" of a patent which was deemed defective or inoperative by reason of error arising from inadvertence, accident or mistake, without any fraudulent or deceptive intention. Subsection 47(2) provides that the surrender takes effect on the issue of the new patent, and in so far as the claims of the original and reissued patents are "identical", the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing, and the reissued patent, to the extent that its claims are identical with the original, constitutes a continuation thereof and has effect continuously from the date of the original patent.

In order to ascertain the effect of the reissued patent on the claims with respect to the counterclaim, it was necessary to determine the meaning of "identical" in subsection 47(2).

Held, the motion should be allowed.

The counterclaim sought damages with respect to alleged infringement of claims 14 and 15 of the original patent, not the reissued patent. Therefore, damages could be awarded on the original patent only if the claims under the original patent and the reissued patent were identical as provided under subsection 47(2).

To the extent that claims 21 and 22 on the reissued patent were not identical to claims 14 and 15 in the original patent, the defendant no longer had a cause of action that it could maintain against the plaintiff for the infringement of claims 14 and 15. As the defendant admitted that claim 22 in the reissued patent was new and not identical to claim 15 in the original patent, the defendant's cause of action based on claim 15 was abated.

The only remaining issue then was whether claim 14 of the original patent was identical to claim 21 of the reissued patent. The original claim 14 was altered to replace the words "said method being characterized in that it comprises" with "said method comprising". The word "comprising", which is common to both claims, has a meaning in claim

dans le brevet ou la rendait évidente. La défense et la demande reconventionnelle alléguaient des contrefaçons de l'invention mentionnée dans les revendications 14 et 15. En novembre 1997, la défenderesse a demandé à son agent de brevets de présenter une demande de redélivrance du brevet, compte tenu du brevet japonais. Le 16 décembre 1998, la défenderesse a déposé la demande de redélivrance à l'égard du brevet sans en aviser la demanderesse. Le 12 octobre 1999, le brevet a été redélivré.

Le paragraphe 47(1) de la *Loi sur les brevets* autorise le Commissaire à délivrer un nouveau brevet s'il y a «abandon» d'un brevet jugé défectueux ou inopérant à cause d'une erreur commise par inadvertence, accident ou méprise, sans intention de frauder ou de tromper. Le paragraphe 47(2) prévoit que l'abandon prend effet au moment de la délivrance du nouveau brevet, et dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont «identiques», un tel abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant, et le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

Afin d'établir quel a été l'effet de la redélivrance du brevet sur les revendications dans le cadre de la demande reconventionnelle, il a fallu déterminer le sens du mot «identiques» figurant au paragraphe 47(2).

Jugement: la requête doit être accueillie.

Dans la demande reconventionnelle, des dommages-intérêts ont été demandés à l'égard de la présumée contrefaçon des revendications 14 et 15 du brevet original et non à l'égard du brevet redélivré. Par conséquent, des dommages-intérêts fondés sur le brevet original pourraient être accordés uniquement si les revendications du brevet original et celles du brevet redélivré étaient identiques, comme le prévoit le paragraphe 47(2).

Dans la mesure où les revendications 21 et 22 du brevet redélivré n'étaient pas identiques aux revendications 14 et 15 du brevet original, il n'existait plus de motif d'instance que la défenderesse pouvait invoquer à l'encontre de la demanderesse à l'égard de la contrefaçon des revendications 14 et 15. La défenderesse a admis que la revendication 22 du brevet redélivré était nouvelle et qu'elle n'était pas identique à la revendication 15 du brevet original, de sorte que le motif d'instance de la défenderesse fondé sur la revendication 15 a été annulé.

La seule question qu'il restait à régler était de savoir si la revendication 14 du brevet original était identique à la revendication 21 du brevet redélivré. La revendication 14 du brevet original a été modifiée de façon à remplacer les mots «ladite méthode étant caractérisée par le fait qu'elle comprend» par les mots «ladite méthode comprenant». Le sens

language similar to that of “includes”. According to the Oxford Dictionary, two things are “identical” where they are “exactly the same in every detail”. The defendant did not establish that the claims in question in the original and reissued patent were “identical”, and the plaintiff did establish that claims 20 and 14 are not “identical” under subsection 47(2). In claim language, the words “characterized in that” separates that which comes before these words, which is admitted to be old, from that which follows these words, which is considered to be new and inventive. Accordingly, the presence of those words indicates those features described in the passage following the words “characterized in that” are essential to the invention, since these are the features which are new and inventive. In deleting the words “characterized in that” the defendant altered the scope of the claim, since such a deletion suggested that these features may no longer be essential. Further, in filing its reissue application, the defendant voluntarily chose to amend claim 14. Pursuant to section 47, a reissue is premised on the admission by the patentee that a patent is defective or inoperative by reason of *inter alia* the patentee claiming “more or less than he had a right to claim as new”. Accordingly, in seeking to make the amendments to claim 14, the defendant admitted that the scope of the claim as amended is different from the scope of the original claim. If the defendant felt it needed to correct mere technical errors which did not alter the scope of the claims, its only option was to seek to have those amendments made under the clerical error provision of section 8.

There were no remaining genuine issues for trial. The purpose of the summary judgment provisions in *Federal Court Rules, 1998*, rules 213 and 216 is to allow the Court to summarily dispose of cases which ought not to proceed to trial because there is no genuine issue to be tried. If the only genuine issue is a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly. Since the defendant’s claims were not identical, it had no basis to continue its counterclaim, and summary judgment was granted dismissing the counterclaim. The plaintiff’s action sought to impeach only the original patent, not the reissued patent. It was also permitted to discontinue its action.

Solicitor-client costs are generally awarded only on ground of misconduct connected to the litigation and in particular where a party has caused substantial unnecessary difficulty or expense for another party in prosecuting or defending an action, or has required a party to be involved

du mot «comprenant», qui est commun aux deux revendications, est semblable, en matière de revendications, à celui du mot «inclus». Selon l’Oxford Dictionary, deux choses sont «identiques» si elles sont [TRADUCTION] «exactement les mêmes dans les moindres détails». La défenderesse n’a pas établi que les revendications en question figurant dans le brevet original et dans le brevet redéveloppé étaient «identiques», et la demanderesse a établi que les revendications 20 et 14 ne sont pas «identiques» au sens du paragraphe 47(2). En matière de revendications, les mots «étant caractérisée par le fait» séparent ce qui vient avant eux, qui est admis être ancien, de ce qui vient après eux, qui est considéré comme nouveau et inventif. Par conséquent, la présence de ces mots indique que les aspects décrits dans le passage suivant les mots «étant caractérisée par le fait» sont essentiels à l’invention étant donné que ce sont les aspects nouveaux et inventifs. En supprimant les mots «étant caractérisée par le fait», la défenderesse a modifié la portée de la revendication étant donné que cette suppression laisse entendre que ces aspects ne sont peut-être plus essentiels. En outre, en déposant sa demande de redélivrance, la défenderesse a volontairement choisi de modifier la revendication 14. Conformément à l’article 47, une redélivrance est fondée sur l’aveu de la part du titulaire du brevet qu’un brevet est défectueux ou inopérant parce que, entre autres, le titulaire a revendiqué «plus ou moins qu’il n’avait droit de revendiquer à titre d’invention nouvelle». Par conséquent, en cherchant à modifier la revendication 14, la défenderesse a admis que la portée de la revendication dans sa version modifiée est différente de la portée de la revendication originale. Si la défenderesse croyait qu’elle devait corriger de simples erreurs techniques qui ne modifieraient pas la portée des revendications, elle pouvait uniquement chercher à effectuer ces modifications en vertu de la disposition de l’article 8 concernant les erreurs d’écriture.

Il ne restait plus aucune véritable question litigieuse. Les dispositions concernant les jugements sommaires figurant aux règles 213 et 216 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* visent à permettre à la Cour de statuer sommairement sur les affaires qui ne devraient pas être instruites parce qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse. Si la seule véritable question litigieuse porte sur un point de droit, la Cour peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence. Étant donné que les revendications de la défenderesse n’étaient pas identiques, rien ne lui permettait de poursuivre la demande reconventionnelle et un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle a été accordé. La demanderesse dans la présente action cherchait uniquement à faire invalider le brevet original et non le brevet redéveloppé. Elle a également été autorisée à se désister de son action.

Les dépens sur la base avocat-client ne sont en général adjugés que s’il y a eu inconduite dans le cadre du litige et, en particulier, si une partie a causé de graves difficultés ou des frais élevés inutiles à une autre partie dans la poursuite ou la défense d’une action, ou a obligé une partie à

in unnecessary proceedings. The defendant should not have proceeded with its counterclaim in light of its knowledge of the Japanese patent and its failure to communicate about the application for reissue of the patent until December 10, 1999. Costs were, therefore, awarded on a solicitor-client scale to the plaintiff with respect to the defendant's counterclaim. However, solicitor-client costs were not awarded with respect to the plaintiff's own action, which was in part based on the plaintiff's view that it owned the patent as a result of a 1992 agreement and the breach of that agreement by use of confidential information. The plaintiff did not abandon its position with respect to confidential information until September 24, 1998, nor did it abandon its claims to seek a declaration that all claims under the original patent were invalid until the present time. The plaintiff took no steps other than asking from time to time whether an application had been made for reissue of the patent. Accordingly, the defendant was awarded costs with respect to all matters related to the breach of the 1992 agreement for the period from the commencement of the action until September 24, 1998. No costs were awarded with respect to the balance of the plaintiff's action. If the costs awarded to the plaintiff exceeded those awarded to the defendant, the plaintiff shall be entitled to the payout of the amount owing.

participer à une instance inutile. La défenderesse n'aurait pas dû présenter de demande reconventionnelle étant donné sa connaissance de l'existence du brevet japonais et son défaut, jusqu'au 10 décembre 1999, de communiquer qu'elle avait présenté une demande de redélivrance du brevet. Les dépens ont donc été adjugés sur la base avocat-client à la demanderesse en ce qui concerne la demande reconventionnelle de la défenderesse. Toutefois, les dépens sur la base avocat-client n'ont pas été adjugés en ce qui concerne la propre action de la demanderesse, qui était en partie fondée sur l'opinion selon laquelle la demanderesse était titulaire du brevet en raison d'une entente conclue en 1992 ainsi que sur le fait que cette entente avait été violée par suite de l'utilisation de renseignements confidentiels. La demanderesse n'a pas abandonné sa position au sujet des renseignements confidentiels avant le 24 septembre 1998 et ce n'est que maintenant qu'elle abandonne ses demandes visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que toutes les revendications du brevet original sont invalides. La demanderesse n'a pas pris d'autres mesures si ce n'est de demander de temps en temps si une demande avait été déposée en vue de la redélivrance du brevet. Par conséquent, les dépens ont été adjugés à la défenderesse à l'égard de toutes les questions liées à la violation de l'entente de 1992 pour la période allant de la date de l'introduction de l'action au 24 septembre 1998. Il n'y a pas eu d'adjudication de dépens à l'égard du reste de l'action de la demanderesse. Si le montant des dépens adjugés à la demanderesse excède le montant des dépens adjugés à la défenderesse, la demanderesse aura droit au paiement de la somme due.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213, 216.
Patent Act, R.S.C. 1952, c. 203, s. 50(2).
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 50(2).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 8 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 27), 47(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd., [1976] 1 S.C.R. 555; (1974), 54 D.L.R. (3d) 711; 17 C.P.R. (2d) 97; 3 N.R. 553.

CONSIDERED:

Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. of Canada Ltd. (1922), 21 Ex. C.R. 276; 63 D.L.R. 179; *Continental Can. Co. of Canada Ltd. v. Wainberg* (1969), 61 C.P.R. 159 (Ex. Ct.); *Warner-Lambert Co. v. Wilkinson Sword Canada Inc.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 145 (F.C.T.D.); *Rothmans*,

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 8 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27), 47(1),(2).
Loi sur les brevets, S.R.C. 1952, ch. 203, art. 50(2).
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 50(2).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213, 216.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd., [1976] 1 R.C.S. 555; (1974), 54 D.L.R. (3d) 711; 17 C.P.R. (2d) 97; 3 N.R. 553.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. Of Canada Ltd. (1922), 21 R.C.É. 276; 63 D.L.R. 179; *Continental Can. Co. of Canada Ltd. v. Wainberg* (1969), 61 C.P.R. 159 (C. de l'É.); *Warner-Lambert Co. c. Wilkinson Sword Canada Inc.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 145 (C.F. 1^{re} inst.); *Rothmans*,

Benson & Hedges Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (1993), 47 C.P.R. (3d) 188; 152 N.R. 292 (F.C.A.); affg (1991), 35 C.P.R. (3d) 417; 42 F.T.R. 68 (F.C.T.D.); *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] S.C.R. 514; (1967), 52 C.P.R. 51; *Hewlett-Packard (Canada) Ltd. v. Burton Parsons Chemicals, Inc.*, [1973] F.C. 405; (1973), 10 C.P.R. (2d) 126 (C.A.); *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987).

AUTHORS CITED

Compact Edition of the Oxford English Dictionary, London: Oxford University Press, 1971.
 Delbridge, Robert F. "Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications" (1969), 58 C.P.R. 251.
 Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
 Johnson, D. S. "The Language of the Claim" (1955), 23 C.P.R. 76.

MOTION for summary judgment to dismiss the counterclaim with costs on a solicitor and client basis, for permission to discontinue the action, and for payment out of Court of monies paid in as security for the defendant's costs. Motion allowed.

APPEARANCES:

A. David Morrow and *Steven B. Garland* for plaintiff.
Douglas N. Deeth for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Smart & Biggar, Ottawa, for plaintiff.
Deeth Williams Wall, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MCKEOWN J.: The plaintiff brings this motion for summary judgment to dismiss the defendant's counterclaim with costs to the plaintiff on a solicitor and client basis. The plaintiff also seeks an order

Benson & Hedges Inc. c. Imperial Tobacco Ltd. (1993), 47 C.P.R. (3d) 188; 152 N.R. 292 (C.A.F.); conf. (1991), 35 C.P.R. (3d) 417; 42 F.T.R. 68 (C.F. 1^{re} inst.); *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] R.C.S. 514; (1967), 52 C.P.R. 51; *Hewlett-Packard (Canada) Ltd. c. Burton Parsons Chemicals, Inc.*, [1973] C.F. 405; (1973), 10 C.P.R. (2d) 126 (C.A.); *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987).

DOCTRINE

Compact Edition of the Oxford English Dictionary, London: Oxford University Press, 1971.
 Delbridge, Robert F. «Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications» (1969), 58 C.P.R. 251.
 Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
 Johnson, D. S. «The Language of the Claim» (1955), 23 C.P.R. 76.

REQUÊTE en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle, les dépens devant être adjugés sur la base avocat-client, en vue d'obtenir une ordonnance autorisant le désistement de l'action, et en vue d'obtenir une ordonnance assurant le versement des sommes consignées à la Cour à titre de cautionnement pour les dépens de la défenderesse. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

A. David Morrow et *Steven B. Garland* pour la demanderesse.
Douglas N. Deeth pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Smart & Biggar, Ottawa, pour la demanderesse.
Deeth Williams Wall, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE MCKEOWN: La demanderesse a déposé la présente requête en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle de la défenderesse, les dépens devant être adjugés à la

permitting it to discontinue its action. The plaintiff further seeks an order that the amount of \$5,000 paid into Court by the plaintiff as security for the defendant's costs be paid out to the plaintiff along with any applicable interest.

[2] The issues before the Court are the meaning of "surrender" in subsection 47(1) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, and the meaning of "identical" in subsection 47(2) of the same Act.

FACTS

[3] The present action was commenced by the plaintiff by way of statement of claim filed on May 16, 1997. In the statement of claim, the plaintiff alleges, *inter alia*, that the defendant's patent number 2141886 is invalid on numerous grounds. The Canadian Patent Application No. 2141886 was filed on February 6, 1995. On February 9, 1995, the defendant wrote the plaintiff, indicating that it had applied for a patent and informing the plaintiff of the subject-matter of the patent. On April 7, 1995, the plaintiff replied and referred to a January 24, 1992 agreement between the plaintiff and the defendant. In this letter the plaintiff told the defendant it was in breach of the agreement by using information received under the agreement and that the plaintiff would be looking for damages. The patent was issued on January 28, 1997. On May 16, 1997, the plaintiff instituted an action to impeach the original patent and seeking a declaration that certain activities carried out by the plaintiff in Canada did not infringe the original patent. One of the grounds of impeachment alleged was that the invention disclosed and claimed in the patent was anticipated or rendered obvious by Japanese patent No. 38813. The plaintiff alleged that two persons named in the patent are not the inventors of the alleged invention described in the patent and that they learned of the alleged invention from the plaintiff well before the priority date of the patent of May 11, 1994. It further alleged that the alleged invention is obvious. It sought a declaration that the patent is, and always has been, invalid, void and of no effect. In the alternative, the

demanderesse sur la base avocat-client. La demanderesse sollicite également une ordonnance l'autorisant à se désister de son action. Elle sollicite en outre une ordonnance portant que le montant de 5 000 \$ qu'elle a consigné à la Cour à titre de cautionnement pour les dépens de la défenderesse doit lui être versé avec les intérêts applicables.

[2] Les questions soulevées devant la Cour se rapportent au sens du mot «abandonne» figurant au paragraphe 47(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et au sens du mot «identiques» figurant au paragraphe 47(2) de ladite Loi.

LES FAITS

[3] La demanderesse a intenté la présente action au moyen d'une déclaration qui a été déposée le 16 mai 1997. Dans la déclaration, la demanderesse allègue entre autres que le brevet n° 2141886 de la défenderesse est invalide, et ce, pour de nombreux motifs. La demande de brevet canadien n° 2141886 a été déposée le 6 février 1995. Le 9 février 1995, la défenderesse a écrit à la demanderesse pour lui faire savoir qu'elle avait demandé un brevet et pour l'informer de l'objet du brevet. Le 7 avril 1995, la demanderesse a répondu en mentionnant l'entente qu'elle avait conclue avec la défenderesse le 24 janvier 1992. Dans cette lettre, la demanderesse disait à la défenderesse qu'elle violait l'entente en utilisant les renseignements obtenus en vertu de l'entente et elle lui faisait savoir qu'elle solliciterait des dommages-intérêts. Le brevet a été délivré le 28 janvier 1997. Le 16 mai 1997, la demanderesse a intenté une action visant à faire invalider le brevet original et a sollicité un jugement déclaratoire portant que certaines activités qu'elle exerçait au Canada ne contrefaisaient pas le brevet original. L'un des motifs d'invalidation allégués était que le brevet japonais n° 38813 constituait une antériorité par rapport à l'invention décrite et revendiquée dans le brevet ou la rendait évidente. La demanderesse a allégué que deux personnes désignées dans le brevet ne sont pas les inventeurs de la présumée invention décrite dans le brevet et que c'était elle qui avait mis ces personnes au courant de la présumée invention bien avant la date de priorité du brevet, soit le 11 mai 1994. Il a en outre été allégué que la présumée

plaintiff sought a declaration that it is the proper owner of the patent, or further in the alternative, a declaration that the plaintiff's activities do not constitute infringement of the patent to the extent that the patent may be found valid.

[4] On October 10, 1997, the defendant filed a statement of defence and counterclaim denying the allegations raised by the plaintiff and further alleging infringements of the patent by the plaintiff, in particular, with respect to two projects in Canada after March 1995 but before October 1997. And furthermore, since and after March 6, 1995, the defendant alleged that the plaintiff made, used and offered for sale the invention in claims 14 and 15 of the patent. The plaintiff filed a reply and defence to counterclaim on November 12, 1997. The plaintiff filed further amended statements of claim September 8, 1998 and August 10, 1999.

[5] On November 7, 1997, the defendant's patent agent, M. S. Schmidt, was instructed by the defendant to proceed with a reissue application of the patent in view of, *inter alia*, Japanese patent No. 38813. In December 1997 and early 1998, the defendant and defendant's counsel and patent agent discussed the reissue of the patent. In September 1998, the defendant's representative, Mr. Zardy, was asked in discovery if any application for reissue, reexamination or disclaimer of the patent involved in the suit had been filed. Mr. Zardy informed him that this had not happened. The defendant's counsel refused to ask whether there was a reissue application and/or preparation. The plaintiff's counsel then asked defendant's counsel "alright, if and when you do file any such application, will you advise us?" The answer by defendant's counsel "I'll consider that".

[6] On December 16, 1998, the defendant filed the reissue application for the patent and no notice was

invention était évidente. On sollicitait un jugement déclaratoire portant que le brevet est et a toujours été invalide, nul et non avvenu. Subsidiairement, la demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire portant qu'elle est légitimement titulaire du brevet, ou subsidiairement, un jugement déclaratoire portant que ses activités ne constituent pas une contrefaçon du brevet dans la mesure où le brevet peut être jugé valide.

[4] Le 10 octobre 1997, la défenderesse a déposé une défense et une demande reconventionnelle dans lesquelles elle rejetait les allégations de la demanderesse et alléguait en outre que la demanderesse avait contrefait le brevet, en particulier à l'égard de deux projets réalisés au Canada après le mois de mars 1995, mais avant le mois d'octobre 1997. En outre, la défenderesse alléguait que, depuis le 6 mars 1995, la demanderesse avait fabriqué, utilisé et mis en vente l'invention mentionnée dans les revendications 14 et 15 du brevet. Le 12 novembre 1997, la demanderesse a déposé une réponse et une défense à la demande reconventionnelle. Elle a déposé d'autres déclarations modifiées le 8 septembre 1998 et le 10 août 1999.

[5] Le 7 novembre 1997, la défenderesse a demandé à son agent de brevets, M. S. Schmidt, de présenter une demande de redélivrance du brevet, compte tenu entre autres du brevet japonais n° 38813. Au mois de décembre 1997 et au début de l'année 1998, la défenderesse ainsi que son avocat et son agent de brevets ont discuté de la redélivrance du brevet. Au mois de septembre 1998, on a demandé au représentant de la défenderesse, M. Zardy, au cours de l'interrogatoire préalable, si une demande en vue de la redélivrance du brevet, d'un réexamen et d'une renonciation au brevet litigieux avait été déposée. M. Zardy a déclaré que cela n'était pas arrivé. L'avocat de la défenderesse a refusé de demander si une demande de redélivrance avait été déposée ou si l'on était en train de préparer cette demande. L'avocat de la demanderesse a alors posé la question suivante à l'avocat de la défenderesse: [TRADUCTION] «Bon, si vous déposez une telle demande, allez-vous nous en informer?» L'avocat de la défenderesse a répondu ce qui suit: [TRADUCTION] «Je vais y songer.»

[6] Le 16 décembre 1998, la défenderesse a déposé la demande de redélivrance à l'égard du brevet; elle

given to the plaintiff or plaintiff's counsel. On August 13, 1999, the defendant and defendant's counsel were informed by their patent agent that the reissue application will be allowed. The plaintiff's counsel, in July, September and October, requested the defendant to answer the outstanding questions from discovery and received no reply. On October 12, 1999, the patent was reissued. On November 15, 1999, the defendant and defendant's counsel were informed by M. S. Schmidt, the patent agent, by letter and e-mail, that the reissue of the patent has issued. On December 10, 1999, the defendant indicated for the first time to the plaintiff "an application for reissue has been filed".

[7] On January 11, 2000, the plaintiff obtained from the Canadian Patent Office a copy of the reissue application filed by the defendant and related correspondence in the Patent Office. These documents showed that the application for reissue was filed on December 16, 1998 and that the patent was reissued on October 12, 1999.

ANALYSIS

[8] The law relating to summary judgment proceedings in the Federal Court is governed by rules 213 and 216 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. The purpose of the summary judgment provisions is to allow the Court to summarily dispose of cases which ought not to proceed to trial because there is no genuine issue to be tried. Furthermore, if the only genuine issue is a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly.

[9] As I stated earlier, the only allegation made in the defendant's counterclaim, relates to the alleged infringement by the plaintiff of claims 14 and 15 of the original patent. The patent was reissued on October 12, 1999. The defendant has stated in its written submissions that there is no claim that the plaintiff has carried out any activities in Canada after October 1999 that would infringe either the original or the reissued

n'en a pas avisé la demanderesse ou son avocat. Le 13 août 1999, l'agent de brevets a informé la défenderesse et son avocat que la demande de redélivrance serait accueillie. Aux mois de juillet, de septembre et d'octobre, l'avocat de la demanderesse a demandé à la défenderesse de répondre aux questions auxquelles on n'avait pas répondu lors de l'interrogatoire préalable; il n'a pas reçu de réponse. Le 12 octobre 1999, le brevet a été redélivré. Le 15 novembre 1999, l'agent de brevets, M. S. Schmidt, a informé la défenderesse et son avocat par lettre et par courrier électronique que le brevet avait été redélivré. Le 10 décembre 1999, la défenderesse a pour la première fois informé la demanderesse qu'[TRADUCTION] «une demande de redélivrance a été déposée».

[7] Le 11 janvier 2000, la demanderesse a obtenu du Bureau canadien des brevets une copie de la demande de redélivrance déposée par la défenderesse et la correspondance y afférente que le Bureau des brevets avait en sa possession. Ces documents montraient que la demande de redélivrance avait été déposée le 16 décembre 1998 et que le brevet avait été redélivré le 12 octobre 1999.

ANALYSE

[8] Le droit se rapportant à la procédure de jugement sommaire en Cour fédérale est régi par les règles 213 et 216 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]. Les dispositions concernant les jugements sommaires visent à permettre à la Cour de statuer sommairement sur les affaires qui ne devraient pas être instruites parce qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse. En outre, si la seule véritable question litigieuse porte sur un point de droit, la Cour peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence.

[9] Comme je l'ai déjà dit, la seule allégation qui a été faite dans la demande reconventionnelle de la défenderesse se rapporte à la présumée contrefaçon par la demanderesse des revendications 14 et 15 du brevet original. Le brevet a été redélivré le 12 octobre 1999. Dans ses observations écrites, la défenderesse a déclaré qu'il n'était pas allégué qu'après les mois d'octobre 1999, la demanderesse avait exercé au

patent. I must determine what the effect of the reissue of the patent is on the claims with respect to the counterclaim of the defendant. In order to do this I must review subsections 47(1) and (2) of the *Patent Act* which deal with the issue of new or amended patents and the effect of the new reissued patent.

47. (1) Whenever any patent is deemed defective or inoperative by reason of insufficient description and specification, or by reason of the patentee's claiming more or less than he had a right to claim as new, but at the same time it appears that the error arose from inadvertence, accident or mistake, without any fraudulent or deceptive intention, the Commissioner may, on the surrender of the patent within four years from its date and the payment of a further prescribed fee, cause a new patent, in accordance with an amended description and specification made by the patentee, to be issued to him for the same invention for the then unexpired term for which the original patent was granted.

(2) The surrender referred to in subsection (1) takes effect only on the issue of the new patent, and the new patent and the amended description and specification have the same effect in law, on the trial of any action thereafter commenced for any cause subsequently accruing, as if the amended description and specification had been originally filed in their corrected form before the issue of the original patent, but, in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing, and the reissued patent to the extent that its claims are identical with the original patent constitutes a continuation thereof and has effect continuously from the date of the original patent.

[10] I must determine the meaning of "surrender" as used in subsection 47(1) and the word "identical" in subsection 47(2). The plaintiff submits that the surrender means that the original patent has gone and that no action can be pursued under it except to the extent that the claims are identical in the original patent and the reissued patent. Harold G. Fox, in *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed., 1969, states at pages 339 and 340:

Canada des activités contrefaisant le brevet original ou le brevet redélivré. Je dois déterminer quel est l'effet de la redélivrance du brevet sur les revendications dans le cadre de la demande reconventionnelle. Pour ce faire, je dois examiner les paragraphes 47(1) et (2) de la *Loi sur les brevets*, qui portent sur la délivrance de brevets nouveaux ou rectifiés et sur l'effet du nouveau brevet.

47. (1) Lorsqu'un brevet est jugé défectueux ou inopérant à cause d'une description et spécification insuffisante, ou parce que le breveté a revendiqué plus ou moins qu'il n'avait droit de revendiquer à titre d'invention nouvelle, mais qu'il apparaît en même temps que l'erreur a été commise par inadvertance, accident ou méprise, sans intention de frauder ou de tromper, le commissaire peut, si le breveté abandonne ce brevet dans un délai de quatre ans à compter de la date du brevet, et après acquittement d'une taxe réglementaire additionnelle, faire délivrer au breveté un nouveau brevet, conforme à une description et spécification rectifiée par le breveté, pour la même invention et pour la partie restant alors à courir de la période pour laquelle le brevet original a été accordé.

(2) Un tel abandon ne prend effet qu'au moment de la délivrance du nouveau brevet, et ce nouveau brevet, ainsi que la description et spécification rectifiée, a le même effet en droit, dans l'instruction de toute action engagée par la suite pour tout motif survenu subséquemment, que si cette description et spécification rectifiée avait été originalement déposée dans sa forme corrigée, avant la délivrance du brevet original. Dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, un tel abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant, et le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

[10] Je dois déterminer le sens du mot «abandonne» employé au paragraphe 47(1) et celui du mot «identiques» figurant au paragraphe 47(2). La demanderesse soutient que l'abandon signifie que le brevet original n'existe plus et qu'aucune action fondée sur ce brevet ne peut être poursuivie si ce n'est dans la mesure où les revendications du brevet original et celles du brevet redélivré sont identiques. Dans l'ouvrage intitulé: *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd., 1969, Harold G. Fox fait les remarques suivantes aux pages 339 et 340:

Where a patent has been surrendered and reissued a judgment for infringement of the surrendered patent is inoperative and cannot be enforced by process of contempt after the surrender of the original patent, except in so far as identical claims are concerned.

He continues:

The present statute provides that, in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, the surrender of the original patent shall not affect any action pending at the time of reissue nor abate any cause of action then existing, and the reissued patent to the extent that its claims are identical with the original patent shall constitute a continuation thereof and have effect continuously from the date of the original patent.

[11] Dr. Fox relies on the *Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. of Canada Ltd.* (1922), 21 Ex. C.R. 276, where Justice Audette states at pages 279-280:

Giving effect to what appears to be the plain language of the statute, the new, the re-issued patent would seem to have taken the place of the original one which from the issue of a new patent disappears and is replaced by the re-issue. The original patent being extinguished from the date of the re-issue, the judgment that was obtained by consent upon the original could only be said to be an accessory to such patent. If the original patent is the principal,—the objective of the judgment—the judgment, being only an accessory thereto, must disappear and be extinguished when the patent goes and must thereby become inoperative, . . .

The general similarity of the patent law between the Canadian and the American Statutes,—as stated by Patterson, J. in *Hunter v. Carrick* ([1884] 10 O.A.R. 449, at p. 468), will be a justification to seek support upon that ground from the American authorities. In re *Allen v. Culp* ([1897] 166 U.S. 501, at p. 505) it was held that “when a patent is thus surrendered (for a re-issue) there can be no doubt that it continues to be a valid patent until *it is re-issued, when it becomes inoperative.*”

[12] In *Continental Can Co. of Canada Ltd. v. Wainberg* (1969), 61 C.P.R. 159 (Ex. Ct.), the plaintiff sought an order declaring a patent that had been surrendered to be and always have been void and invalid. The Court found that since [at page 160]:

[TRADUCTION] Lorsqu’un brevet a été abandonné et qu’il a été redéveloppé, un jugement en contrefaçon du brevet abandonné est inopérant et ne peut pas être exécuté au moyen d’une procédure d’outrage après l’abandon du brevet original, sauf en ce qui concerne des revendications identiques.

L’auteur ajoute ensuite ce qui suit:

[TRADUCTION] La présente loi prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et celles du brevet redéveloppé sont identiques, l’abandon du brevet original n’atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n’annule aucun motif d’instance alors existant, et le brevet redéveloppé, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

[11] Fox se fonde sur la décision *Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. of Canada Ltd.* (1922), 21 R.C.É. 276, où le juge Audette dit ce qui suit, aux pages 279 et 280:

[TRADUCTION] Si l’on donne effet à ce qui semble être le libellé clair de la loi, le nouveau brevet, le brevet redéveloppé semblerait avoir remplacé le brevet original, qui disparaît à compter de la date de la délivrance du nouveau brevet et qui est remplacé par ce dernier. Le brevet original n’existant plus depuis la date de la délivrance, on pourrait uniquement dire que le jugement qui a été obtenu sur consentement à l’égard du brevet original est un accessoire de ce brevet. Si le brevet original est le principal,—l’objectif du jugement—le jugement ne constituant qu’un accessoire doit disparaître et cesser de s’appliquer en même temps que le brevet et doit devenir inopérant, [. . .]

Le fait que la législation canadienne et la législation américaine sur les brevets sont en général similaires,—comme l’a dit le juge Patterson dans la décision *Hunter v. Carrick* ([1884] 10 O.A.R. 449, à la p. 468), sert de justification pour se fonder sur les arrêts américains. Dans *Re Allen v. Culp* ([1897] 166 U.S. 501, à la p. 505), il a été statué que «lorsqu’un brevet est ainsi abandonné (en faveur d’un brevet redéveloppé), il est certain qu’il continue à être valide tant qu’il n’est pas *redéveloppé, auquel cas il devient alors inopérant*».

[12] Dans la décision *Continental Can Co. of Canada Ltd. v. Wainberg* (1969), 61 C.P.R. 159 (C. de l’É.), la demanderesse avait sollicité une ordonnance déclarant qu’un brevet qui avait été abandonné était et avait toujours été nul et invalide. La Cour a conclu qu’étant donné qu’ [à la page 160]:

. . . the sole conclusion of the present suit is for a declaration of the invalidity of the original patent, which no longer exists, it appears to me that there would no longer be any logical purpose to pursue the present action even if some of the claims in the re-issued patent may be or are similar to some of the claims in the original patent and, may I add, notwithstanding the language used in subsection (2) of section 50 of the *Patent Act*. . .

It read the same as subsection 47(2) of the existing Act. Noel J. felt that if the claims at issue in the litigation of the original and reissued patents are identical, the continuation of actions contemplated in subsection 50(2) [R.S.C. 1952, c. 203] (now subsection 47(2)) could only apply in a suit for infringement or where the plaintiff can obtain at least a part of the remedy claimed. This cannot be the case where all the plaintiff seeks is a declaration that the patent was void. As a result of Noel J.'s suggestion, the subsequent motion to dismiss the action on the ground that the patent impeached had been surrendered was filed and the application was dismissed by the Court. Noel J., in the course of his reasons, stated at page 162:

If the plaintiff, of course, as pointed out in the judgment of the Court in this file dated March 17, 1969, merely sued to impeach the original patent without asking for a declaration as to infringement and there appeared to be no useful purpose in merely attacking a surrendered patent, there would, of course, be no reason to pursue the action.

The defendant submitted that as a result of the foregoing statement, Noel J. was recognizing that an action for damages would be in a different position from an action for a declaration. However, Justice Noel made it clear that subsection 50(2) would apply in such a case provided that the claims of the original and reissued patents are identical. The defendant by counterclaim in the matter before me is only seeking damages with respect to the original patent and not the reissued patent. Furthermore, the plaintiff in its action is seeking only to impeach the original patent and not the reissued patent.

[TRADUCTION] [. . .] la seule conclusion recherchée dans le présent litige vise à l'obtention d'un jugement déclarant invalide le brevet original, qui n'existe plus, il me semble que logiquement il ne servirait plus à rien de poursuivre la présente action même si certaines revendications du brevet redélivré peuvent être ou sont semblables à certaines des revendications du brevet original et, j'ajouterais, malgré le libellé du paragraphe (2) de l'article 50 de la *Loi sur les brevets* [. . .]

Cette disposition était identique au paragraphe 47(2) de la loi existante. Le juge Noel estimait que si les revendications du brevet original et les revendications du brevet redélivré sont identiques, la continuation des actions visées au paragraphe 50(2) [S.R.C. 1952, ch. 203] (maintenant 47(2)) pouvait uniquement s'appliquer dans une poursuite relative à la contrefaçon ou lorsque le demandeur peut obtenir au moins une partie de la réparation sollicitée. Cela ne peut pas être le cas lorsque le demandeur sollicite uniquement un jugement déclaratoire portant que le brevet est nul. Par suite de la remarque que le juge Noel avait faite, une requête subséquente visant au rejet de l'action pour le motif que le brevet invalidé avait été abandonné a été déposée et la demande a été rejetée par la Cour. Dans ses motifs, le juge Noel a dit ce qui suit, à la page 162:

[TRADUCTION] Bien sûr, si, comme l'a souligné la Cour dans le jugement qu'elle a rendu dans ce dossier le 17 mars 1969, la demanderesse cherchait simplement à faire invalider le brevet original sans demander un jugement déclaratoire au sujet de la contrefaçon et si la simple contestation d'un brevet abandonné ne semblait servir à aucune fin utile, il n'y aurait bien sûr pas lieu de poursuivre l'action.

La défenderesse a soutenu que, compte tenu de la remarque précitée, le juge Noel avait affirmé que la situation dans une action en dommages-intérêts serait différente d'une action visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire. Toutefois, le juge Noel a clairement dit que le paragraphe 50(2) s'appliquerait en pareil cas, à condition que les revendications du brevet original et celles du brevet redélivré soient identiques. Dans la demande reconventionnelle dont j'ai été saisi, la défenderesse demande uniquement des dommages-intérêts à l'égard du brevet original et non à l'égard du brevet redélivré. En outre, la demanderesse dans la présente action cherche uniquement à faire invalider le brevet original et non le brevet redélivré.

[13] In *Warner-Lambert Co. v. Wilkinson Sword Canada Inc.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 145 (F.C.T.D.), Associate Senior Prothonotary Giles took the same view of subsection 50(2) [R.S.C. 1970, c P-4]. He stated at page 147:

It is quite apparent that whatever relief with respect to a surrendered patent is provided by s-s. 50(2) it is dependent upon the existence of identical claims in the patent and reissued patent.

He also pointed out that:

In the view I take of the effect of s. 50, it is not necessary at this time to decide whether the action should continue under the final provision of s-s. 50(2) as an action on the original patent or as an action on the reissued patent.

The defendant takes issue with the first statement of the Associate Senior Prothonotary and states that the second statement shows that you can have an action on the original patent. I cannot agree since the action on the original patent would still require, in any event, that the action be dependent upon the existence of identical claims in the patent and reissued patent. The defendant submitted several cases which show that the Court referred to the two actions, one under the original patent, and the second action under the reissued patent. However, in no case were damages awarded under the original patent and, in my view, damages could only be awarded on the original patent if the claims under the original patent and the reissued patent were identical as provided under subsection 47(2).

[14] In *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Imperial Tobacco Ltd.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 188 (F.C.A.); affg (1991), 35 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.), there were two actions. It is noteworthy in that case that the plaintiff alleged that the defendant, by its manufacture and sale of its product, infringed upon the rights of the plaintiff as patentee, both under the original patent and the reissued patent. The Trial Judge found that the defendants had infringed the plaintiff's patent and provided injunctive relief from infringing the reissued patent. However, the judgment showed the relief as an injunction from infringing the original patent. This was cleared up on appeal and the Court found that the

[13] Dans la décision *Warner-Lambert Co. c. Wilkinson Sword Canada Inc.* (1988), 21 C.P.R. (3d) 145 (C.F. 1^{re} inst.), le protonotaire adjoint Giles a exprimé le même avis au sujet du paragraphe 50(2) [S.R.C. 1970, ch. P-4]. Il a dit, à la page 147:

[TRADUCTION] Il est tout à fait évident que, quelle que soit la réparation prévue au paragraphe 50(2) en cas d'abandon de brevet, cela dépend de l'existence de revendications identiques dans le brevet et dans le brevet redéveloppé.

Il a également souligné ce qui suit:

[TRADUCTION] Étant donné l'avis que j'ai exprimé au sujet de l'effet de l'article 50, il est inutile de déterminer maintenant si l'action doit se poursuivre en vertu de la disposition finale du paragraphe 50(2) en tant qu'action relative au brevet original ou en tant qu'action se rapportant au brevet redéveloppé.

La défenderesse conteste la première remarque que le protonotaire adjoint a faite et dit que la seconde remarque montre qu'il peut y avoir une action se rapportant au brevet original. Je ne puis souscrire à cet avis étant donné que l'action relative au brevet original exigerait néanmoins, de toute façon, que l'action dépende de l'existence de revendications identiques dans le brevet et dans le brevet redéveloppé. La défenderesse a cité plusieurs décisions qui montrent que la Cour se référerait aux deux actions, l'une fondée sur le brevet original et la seconde sur le brevet redéveloppé. Toutefois, des dommages-intérêts fondés sur le brevet original n'ont jamais été accordés et, à mon avis, ils pourraient uniquement l'être si les revendications du brevet original et celles du brevet redéveloppé étaient identiques, comme le prévoit le paragraphe 47(2).

[14] Dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 188 (C.A.F.); conf. (1991), 35 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1^{re} inst.), il y avait deux actions. Il importe de noter que dans cette affaire-là, la demanderesse avait allégué qu'en fabricant et en vendant son produit, la défenderesse avait violé les droits que la demanderesse avait en sa qualité de titulaire du brevet, tant en vertu du brevet original qu'en vertu du brevet redéveloppé. Le juge de première instance a conclu que la défenderesse avait contrefait le brevet de la demanderesse et il a accordé une injonction interdisant la contrefaçon du brevet redéveloppé. Toutefois, selon le jugement, c'était

proper injunction was against infringement of the reissued patent. There is a statement by the Court of Appeal at page 196 which has caused some confusion. This statement reads:

The original patent remains as an issue for damages only.

The context of the quotation shows that this statement is a recitation of the appellant's submissions, and is not a statement by the Court.

[15] In *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] S.C.R. 514, the Supreme Court of Canada dealt with a case in which the appellant sued the respondent in respect of alleged infringement of an original and reissued patent and sought a declaration as between the parties that the former patent was valid up to the date of reissuance and that the latter was a valid patent. The respondent's counterclaim was for a declaration that both patents were invalid. The Supreme Court found that the reissued patent was a valid and subsisting patent. Martland J. went on at pages 533-534 to state:

I am not prepared to accede to the appellant's submission that claim 4 of the original patent is identical with claim 3 of the reissue patent so as to enable the appellant to take advantage of the provision in subs. 2 of s. 50 that "the reissued patent to the extent that its claims are identical with the original patent constitutes a continuation thereof and has effect continuously from the date of the original patent" and so that the surrender of the patent does not "abate any cause of action then existing".

In the result, the appellant is entitled to claim in respect of infringements of the reissue patent occurring after it was issued.

The Supreme Court accordingly did not have to consider the original patent and made no comment as to whether damages might have been collected if the result had been different.

une injonction interdisant la contrefaçon du brevet original qui était accordée. La question a été éclaircie en appel et la Cour a conclu que l'injonction qu'il convenait d'accorder se rapportait à la contrefaçon du brevet redélivré. À la page 196, la Cour d'appel a fait la remarque ci-après énoncée, qui a causé une certaine confusion:

Le brevet original demeure pertinent uniquement aux fins d'établir les dommages-intérêts.

Le contexte de la citation montre que cette remarque reprend les observations de l'appelante et qu'il ne s'agit pas d'une remarque de la Cour.

[15] Dans l'arrêt *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] R.C.S. 514, la Cour suprême du Canada était saisie d'une affaire dans laquelle l'appelante avait poursuivi l'intimée à la suite de la présumée contrefaçon d'un brevet original et d'un brevet redélivré et sollicitait un jugement déclaratoire entre les parties portant que le premier brevet était valide jusqu'à la date de la redélivrance et que le dernier brevet était un brevet valide. La demande reconventionnelle présentée par l'intimée visait l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que les deux brevets étaient invalides. La Cour suprême a conclu que le brevet redélivré était un brevet valide qui existait encore. Aux pages 533 et 534, le juge Martland a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à souscrire à l'observation de l'appelante selon laquelle la revendication 4 du brevet original est identique à la revendication 3 du brevet redélivré de façon à permettre à l'appelante de se prévaloir de la disposition du paragraphe 50(2) selon laquelle «le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original», de sorte que l'abandon du brevet «n'annule aucun motif d'instance alors existant».

Par conséquent, l'appelante a le droit de présenter une demande à l'égard des contrefaçons du brevet redélivré qui se sont produites après la délivrance de ce brevet.

La Cour suprême n'a donc pas eu à tenir compte du brevet original et elle n'a pas fait de remarque au sujet de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts si le résultat avait été différent.

[16] My view pursuant to subsection 47(1) is that upon reissue on October 12, 1999, the original patent was surrendered. Upon surrender of the original patent the reissued patent replaces the original patent and the original patent becomes inoperative. The dictionary meaning of "surrender" does not assist me in the fact of determining the effect of the surrender. The dictionary meaning is to give it up or to abandon it. The surrender of the original patent results in the abatement of any existing causes of action at the time of surrender except to the extent that the reissued patent contains claims that are identical to the original patent. Therefore, to the extent that claims 21 and 22 on the reissued patent are not identical to claims 14 and 15 in the original patent, the defendant no longer has a cause of action that it can maintain against the plaintiff for the infringement of claims 14 and 15. The defendant has admitted that claim 22 in the reissued patent is new and is not identical to claim 15 in the original patent, therefore, the defendant's cause of action based on claim 15 is abated. The only remaining issue then is whether claim 14 of the original patent is identical to claim 21 of the reissued patent.

[17] Original claim 14 reads as follows:

14. Method for in-situ modernization of a reactor for two-phase reactions of the type wherein a co-current flow of a gaseous phase and a liquid phase takes place, comprising a vertical tubular shell in which is supported a plurality of superimposed horizontal perforated plates in mutually spaced relationship and at least one opening being defined between a perimetric edge of each of said plates and an internal wall of said shell, said method being characterized in that it comprises the step of partially obstructing the respective openings associated with at least two adjacent perforated plates by means of baffles with said baffles defining mutually offset openings for liquid flow.

[18] Reissued claim 21 reads as follows:

21. Method for in-situ modernization of a reactor for two-phase reactions of the type wherein a co-current flow of a gaseous phase and a liquid phase takes place, comprising a

[16] En ce qui concerne le paragraphe 47(1), j'estime que lors de la redélivrance, le 12 octobre 1999, le brevet original a été abandonné. Au moment de l'abandon du brevet original, le brevet redéveloppé remplace le brevet original et le brevet original devient inopérant. La définition du mot «abandon» figurant dans les dictionnaires ne m'aide pas à déterminer l'effet de l'abandon. En effet, ce mot y est défini comme s'entendant d'une renonciation. L'abandon du brevet original entraîne l'annulation de tout motif d'instance alors existant sauf dans la mesure où des revendications du brevet redéveloppé sont identiques à celles du brevet original. Par conséquent, dans la mesure où les revendications 21 et 22 du brevet redéveloppé ne sont pas identiques aux revendications 14 et 15 du brevet original, il n'existe plus de motif d'instance que la défenderesse peut invoquer à l'encontre de la demanderesse à l'égard de la contrefaçon des revendications 14 et 15. La défenderesse a admis que la revendication 22 du brevet redéveloppé est nouvelle et qu'elle n'est pas identique à la revendication 15 du brevet original, de sorte que le motif d'instance de la défenderesse fondé sur la revendication 15 est annulé. La seule question qu'il reste à régler est de savoir si la revendication 14 du brevet original est identique à la revendication 21 du brevet redéveloppé.

[17] La revendication 14 du brevet original est rédigée comme suit:

14. Méthode de modernisation *in-situ* d'un réacteur permettant de réaliser des réactions en deux phases, du type dans lequel une phase gazeuse et une phase liquide s'écoulent à cocourant, comprenant une enveloppe tubulaire verticale dans laquelle sont supportées plusieurs plaques perforées horizontales superposées mutuellement espacées et au moins une ouverture définie entre un bord périmétrique de chacune desdites plaques et une cloison interne de ladite enveloppe, ladite méthode étant caractérisée par le fait qu'elle comprend une étape assurant, grâce à des chicanes, l'obstruction partielle des ouvertures respectives associées à au moins deux plaques perforées adjacentes, lesdites chicanes définissant des ouvertures mutuellement décentrées permettant l'écoulement du liquide.

[18] La revendication 21 du brevet redéveloppé est rédigée comme suit:

21. Méthode de modernisation *in-situ* d'un réacteur permettant de réaliser des réactions en deux phases, du type dans lequel une phase gazeuse et une phase liquide s'écoulent à

vertical tubular shell in which is supported a plurality of superimposed horizontal plates in mutually spaced relationship and at least one opening being defined between a perimetric edge of each of said plates and an internal wall of said shell, said method comprising the step of partially obstructing the respective openings associated with at least two adjacent perforated plates by means of baffles with said baffles defining mutually offset openings for liquid flow.

[19] From the foregoing it can be seen that original claim 14 has been altered to replace the words “said method being characterized in that it comprises” with “said method comprising”. The word “comprising”, which is common to both claims, has a meaning in claim language similar to that of the word “includes”. See: *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555, at page 566. The Supreme Court expressly disagrees with Chief Justice Jockett’s definition of the word “comprising”. He had stated at page 420 of [1973] F.C. 405 (C.A.):

The word “comprising” separates the part of the claim that performs the “fencing” function from the part of the claim that indicates what the function of the invention is. If the words of promise in the first part of the claim can be taken to limit the ambit of the invention defined, the public can be, by that device, completely deprived of the protection to which it is entitled under section 36(2).

Pigeon J. states at page 563:

With respect, I cannot agree that Claim 17 is invalid because the words “compatible with normal skin” are found before “comprising” instead of after, so that it would be valid, it seems, if the words were rearranged as follows:
. . . .

He then stated at page 566, with respect to the word “comprising”: “It is no vaguer than ‘includes’.”

[20] According to the Oxford Dictionary, two things are “identical” where they are “exactly the same in every detail”. See: *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary* (London: Oxford University Press, 1971).

couurant, comprenant une enveloppe tubulaire verticale dans laquelle sont supportées plusieurs plaques horizontales superposées mutuellement espacées et au moins une ouverture définie entre un bord périmétrique de chacune desdites plaques et une cloison interne de ladite enveloppe, ladite méthode comprenant une étape assurant, grâce à des chicanes, l’obstruction partielle des ouvertures respectives associées à au moins deux plaques perforées adjacentes, lesdites chicanes définissant des ouvertures mutuellement décentrées permettant l’écoulement du liquide.

[19] Il ressort de ce qui précède que la revendication 14 du brevet original a été modifiée de façon à remplacer les mots «ladite méthode étant caractérisée par le fait qu’elle comprend» par les mots «ladite méthode comprenant». Le sens du mot «comprenant», qui est commun aux deux revendications, est semblable, en matière de revendications, à celui du mot «inclut». Voir: *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555, à la page 566. La Cour suprême a expressément dit qu’elle ne souscrivait pas à la définition que le juge en chef Jockett avait donnée au mot «comprenant». Le juge en chef Jockett avait dit à la page 420 dans [1973] C.F. 405 (C.A.):

Ce dernier mot [le mot «comprenant»] sépare la partie de la revendication qui a pour objet le «bornage» du monopole de celle qui explique l’usage du produit inventé. Si l’on considère que les affirmations constituant la première partie de la revendication limitent la portée de l’invention décrite, le public peut, de cette façon, être complètement privé de la protection à laquelle il a droit en vertu de l’article 36(2).

À la page 563, le juge Pigeon fait la remarque suivante:

Avec respect, je ne puis admettre que la revendication N° 17 est invalide parce que les mots «qui soit compatible avec une peau normale» précèdent le mot «comprenant» au lieu de le suivre, de sorte que la revendication serait valide, semble-t-il, si les mots étaient réarrangés de cette façon:
[. . .]

Puis, à la page 566, il dit ce qui suit au sujet du mot «comprenant»: «Il n’est pas plus vague que “inclut”».

[20] Selon l’Oxford Dictionary, deux choses sont «identiques» si elles sont [TRADUCTION] «exactement les mêmes dans les moindres détails». Voir: *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary* (Londres: Oxford University Press, 1971).

[21] The defendant has not met the requirement that the claims in question in the original and reissued patent be “identical”. The defendant referred to an American case as authority for the proposition that an original and a reissued claim are identical if the reissued patent’s claim did not change the original in a substantial way. See: *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987). In my view, this is not the state of the law in Canada, as it extends the meaning of the word “identical” beyond what is contemplated by the word “identical”. It should be remembered that subsection 47(2) states that the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing in the reissued patent to the extent that its claims are identical with the reissue patent, and constitute a continuation of the original claims. I must determine if the plaintiff has established that claim 20 and claim 14 are not identical. The only evidence filed in connection with this question was a statement from the defendant’s patent agent that it was her intent that the reissue claim be identical in scope to the original claim.

[22] It has been noted that in claim language, the words “characterized in that” separates that which comes before these words, which is admitted to be old, from that which follows these words, which is considered to be new and inventive. Accordingly, the presence of those words indicates those features described in the passage following the words “characterized in that” are essential to the invention, since these are the features which are new and inventive. See: D. S. Johnson, “The Language of the Claim” (1955), 23 C.P.R. 76, at pages 79-81 and Robert F. Delbridge, “Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications” (1969), 58 C.P.R. 251, at pages 258-259. The authors note that these words are used in English and German practice and have approved them in effect for use in Canada. In deleting the words “characterized in that” the defendant has altered the scope of the claim, since such a

[21] La défenderesse n’a pas satisfait à l’exigence selon laquelle les revendications en question figurant dans le brevet original et dans le brevet redélivré doivent être «identiques». Elle a mentionné un arrêt américain à l’appui de la thèse selon laquelle une revendication figurant dans un brevet original et une revendication figurant dans un brevet redélivré sont identiques si la revendication du brevet redélivré ne modifie pas d’une façon importante celle qui était faite dans le brevet original. Voir: *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (C. de circ. féd. 1987). À mon avis, tel n’est pas l’état du droit au Canada, étant donné que l’on donne au mot «identique» une portée plus étendue que ce qui est prévu par ce mot. Il faut se rappeler que le paragraphe 47(2) prévoit que l’abandon n’atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n’annule aucun motif d’instance alors existant, et que le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original. Je dois déterminer si la demanderesse a établi que les revendications 20 et 14 ne sont pas identiques. Le seul élément de preuve qui a été présenté à ce sujet se rapportait à une déclaration de l’agent de brevets de la défenderesse selon laquelle cette dernière voulait que la revendication du brevet redélivré soit identique quant à sa portée à la revendication du brevet original.

[22] Il a été noté qu’en matière de revendications, les mots «étant caractérisée par le fait» séparent ce qui vient avant eux, qui est admis être ancien, de ce qui vient après eux, qui est considéré comme nouveau et inventif. Par conséquent, la présence de ces mots indique que les aspects décrits dans le passage suivant les mots «étant caractérisée par le fait» sont essentiels à l’invention, étant donné que ce sont les aspects nouveaux et inventifs. Voir: D. S. Johnson, «The Language of the Claim» (1955), 23 C.P.R. 76, aux pages 79 à 81, et Robert F. Delbridge, «Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications» (1969), 58 C.P.R. 251, aux pages 258 et 259. Les auteurs font remarquer que ces mots sont employés en anglais et en allemand; les auteurs ont approuvé leur emploi au Canada. En supprimant les mots «étant caractérisée par le fait», la défenderesse a modifié la portée de la revendication étant donné que

deletion suggests that these features may no longer be essential. Further, in filing its reissue application, the defendant voluntarily chose to amend claim 14. Pursuant to section 47, a reissue is premised on the admission by the patentee that a patent is defective or inoperative by reason of *inter alia* the patentee claiming “more or less than he had a right to claim as new”. Accordingly, in seeking to make the amendments to claim 14, the defendant admitted that the scope of the claim as amended is different from the scope of the original claim. If the defendant felt it needed to correct mere technical errors which did not alter the scope of the claims, its only option was to seek to have those amendments made under the clerical error provision of section 8 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 27] of the *Patent Act*. While I recognize that there are perhaps some *de minimis* exceptions, the word “identical” is used in subsection 47(2). The two claims are thus not identical under that subsection.

[23] There are no remaining genuine issues for trial. The meaning of the word “identical” does not require any further canvassing. The interpretation of claims 14 of the original patent, 20 of the reissue patent, need no further review. If the defendant believed that an expert witness was required it could have submitted an affidavit of expert witness to defend this motion for summary judgment to dismiss its counterclaim. The issue with respect to whether there was an infringement of the original patent is decided by the interpretation of section 47. There is no question of validity outstanding. If the counterclaim is dismissed on summary judgment the plaintiff has agreed to withdraw all its claims in its cause of action. Again there is no remaining issue of ownership if the plaintiff’s cause of action is dismissed. In view of the fact that the defendant’s claims are not identical, it has no basis to continue its counterclaim and summary judgment is granted dismissing the defendant’s counterclaim. The plaintiff is also permitted to discontinue its action.

cette suppression laisse entendre que ces aspects ne sont peut-être plus essentiels. En outre, en déposant sa demande de redélivrance, la défenderesse a volontairement choisi de modifier la revendication 14. Conformément à l’article 47, une redélivrance est fondée sur l’aveu de la part du titulaire du brevet qu’un brevet est défectueux ou inopérant parce que, entre autres, le titulaire a revendiqué «plus ou moins qu’il n’avait droit de revendiquer à titre d’invention nouvelle». Par conséquent, en cherchant à modifier la revendication 14, la défenderesse a admis que la portée de la revendication dans sa version modifiée est différente de la portée de la revendication originale. Si la défenderesse croyait qu’elle devait corriger de simples erreurs techniques qui ne modifiaient pas la portée des revendications, elle pouvait uniquement chercher à effectuer ces modifications en vertu de la disposition de l’article 8 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27] de la *Loi sur les brevets* concernant les erreurs d’écriture. Je reconnais qu’il y a peut-être certaines exceptions *de minimis*, mais le mot «identique» est employé au paragraphe 47(2). Les deux revendications ne sont donc pas identiques en vertu de cette disposition.

[23] Il ne reste plus aucune véritable question litigieuse. Le sens du mot «identique» n’exige pas un examen plus approfondi. La question de l’interprétation des revendications 14 du brevet original et 20 du brevet redélivré n’a pas à être examinée plus à fond. Si la défenderesse croyait qu’il fallait faire appel à un témoin expert, elle aurait pu soumettre l’affidavit d’un expert en vue de se défendre contre la requête en jugement sommaire visant au rejet de sa demande reconventionnelle. La question de savoir s’il y a eu contrefaçon du brevet original est tranchée au moyen de l’interprétation de l’article 47. La question de la validité ne se pose plus. Si la demande reconventionnelle est rejetée par jugement sommaire, la demanderesse s’est engagée à retirer toutes les demandes figurant dans ses motifs d’instance. Ici encore, la question de la propriété ne se pose plus si le motif d’instance de la demanderesse est rejeté. Étant donné que les revendications de la défenderesse ne sont pas identiques, rien ne lui permet de poursuivre la demande reconventionnelle et un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle est accordé. La demanderesse est également autorisée à se désister de son action.

[24] I must now determine whether the plaintiff is entitled to solicitor and client costs as requested for both its action and the defendant's counterclaim. Pursuant to the *Federal Court Rules, 1998*, I have discretionary power over the amount of allocation of costs. Solicitor-client costs are generally awarded only on ground of misconduct connected to the litigation and in particular where a party has caused substantial unnecessary difficulty or expense for another party in prosecuting or defending an action, or has required a party to be involved in unnecessary proceedings. In March 1997, M. S. Schmidt, the defendant's patent agent provided a validity opinion by letter dated March 6, 1997, concluding that some of the claims of the original patent are invalid in view of Japanese patent no. 38813. The plaintiff commenced its impeachment action with respect to the original patent in May of 1997. On October 10, 1997, the defendant filed and served a statement of defence and counterclaim. In November 1997, M. S. Schmidt was instructed by the defendant by letter dated November 7, 1997, to proceed with the reissue application in view of, *inter alia*, Japanese patent no. 38813. In my view it is clear that the defendant should not have proceeded with its counterclaim in light of its knowledge of the Japanese patent and its failure to communicate this information about the application for reissue of the patent until December 10, 1999. I therefore award costs on a solicitor-client scale to the plaintiff with respect to the counterclaim of the defendant. However, I am not prepared to award the plaintiff solicitor-client costs with respect to their own action. This action was based not only on seeking a declaration of invalidity of the original patent, but it was also based on the plaintiff's own view that it owned the patent as a result of a 1992 agreement and the breach of that agreement by use of confidential information. The plaintiff did not abandon its position with respect to confidential information until September 24, 1998, nor did it abandon its claims to seek a declaration that all claims under the original patent were invalid until the present time. The plaintiff took no steps other than asking from time to time as to whether an application had been made for reissue of the patent. No motions were brought to force disclosure. Accordingly, I award the defendant costs with respect to all matters related to the breach of the 1992

[24] Je dois maintenant déterminer si la demanderesse a droit aux dépens sur la base avocat-client tels qu'ils ont été demandés à l'égard de l'action et de la demande reconventionnelle. Conformément aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*, la question du montant des dépens adjugés relève de mon pouvoir discrétionnaire. Les dépens sur la base avocat-client ne sont en général adjugés que s'il y a eu inconduite dans le cadre du litige et, en particulier, si une partie a causé de graves difficultés ou des frais élevés inutiles à une autre partie dans la poursuite ou la défense d'une action, ou a obligé une partie à participer à une instance inutile. Au mois de mars 1997, l'agent de brevets de la défenderesse, M. S. Schmidt, a exprimé un avis sur la validité au moyen d'une lettre en date du 6 mars 1997, et a conclu que certaines des revendications du brevet original étaient invalides compte tenu du brevet japonais n° 38813. La demanderesse a intenté son action en invalidation à l'égard du brevet original au mois de mai 1997. Le 10 octobre 1997, la défenderesse a déposé et signifié une défense et une demande reconventionnelle. Au mois de novembre 1997, la défenderesse a demandé à M. S. Schmidt, au moyen d'une lettre en date du 7 novembre 1997, de procéder à la demande de redélivrance, compte tenu entre autres du brevet japonais n° 38813. À mon avis, il est clair que la défenderesse n'aurait pas dû présenter de demande reconventionnelle étant donné sa connaissance de l'existence du brevet japonais et son défaut, jusqu'au 10 décembre 1999, de communiquer qu'elle avait présenté une demande de redélivrance du brevet. J'adjudge donc les dépens sur la base avocat-client à la demanderesse en ce qui concerne la demande reconventionnelle de la défenderesse. Toutefois, je ne suis pas prêt à lui adjuger les dépens sur la base avocat-client en ce qui concerne sa propre action. Cette action visait non seulement à l'obtention d'un jugement déclarant le brevet original invalide, mais était aussi fondée sur l'opinion selon laquelle la demanderesse était titulaire du brevet en raison d'une entente conclue en 1992 ainsi que sur le fait que cette entente avait été violée par suite de l'utilisation de renseignements confidentiels. La demanderesse a abandonné sa position au sujet des renseignements confidentiels le 24 septembre 1998 seulement et ce n'est que maintenant qu'elle abandonne ses demandes visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant

agreement for the period from the commencement of the action until September 24, 1998. I award no costs with respect to the balance of the plaintiff's action. If the amount of costs awarded to the plaintiff with respect to the counterclaim exceeds the amount of costs awarded to the defendant on the part of the action that I granted costs to the defendant, the plaintiff shall be entitled to the payout of the amount of \$5,000 with any applicable interest to the extent that this amount is owing.

que toutes les revendications du brevet original sont invalides. La demanderesse n'a pas pris d'autres mesures si ce n'est de demander de temps en temps si une demande avait été déposée en vue de la redélivrance du brevet. Elle n'a présenté aucune requête afin d'obtenir la communication. Par conséquent, j'adjudge les dépens à la défenderesse à l'égard de toutes les questions liées à la violation de l'entente de 1992 pour la période allant de la date de l'introduction de l'action au 24 septembre 1998. Je n'adjudge pas de dépens à l'égard du reste de l'action de la demanderesse. Si le montant des dépens adjugés à la demanderesse à l'égard de la demande reconventionnelle excède le montant des dépens adjugés à la défenderesse à l'égard de la partie de l'action pour laquelle j'ai adjugé les dépens à cette dernière, la demanderesse aura droit au paiement de la somme de 5 000 \$ avec les intérêts applicables dans la mesure où ce montant est dû.

T-841-97

Jim Dryburgh, Pete Engstad, Sydney Mallon, Arthur Mountain, Morris Hankey, Peter Adams, the Estate of Bruce Aikman, William Cairns, Jim Hopkins, David Holmes, Ken Joyce, Jim Provan, William Lenihan, Warren Hong, J. Bridle, John Celona, M. Coldren, Bernie Dahl, Murray Fallen, Paul Fletcher and Ralph Jones (*Plaintiffs*)

v.

Oak Bay Marina (1992) Ltd., Oak Bay Marina Ltd., Robert Wright, The Corporation of the District of Oak Bay, Newport Yacht Sales (1996) Ltd. and Newport Yacht Charters Ltd. (*Defendants*)

INDEXED AS: DRYBURGH v. OAK BAY MARINA (1992) LTD. (T.D.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, April 27 and August 17, 2000.

Maritime law — Contracts — Plaintiff claiming damages for negligence, breach of contract, duty as bailee for reward, despite exculpatory clause in moorage contract — Dock at which plaintiff's yacht moored breaking up, resulting in damage to yacht — Under moorage contract vessels moored solely at owner's risk, defendant not liable under any circumstances for loss, damage — Court ought intervene only if exculpatory provision unconscionable — Damage must fit within four corners of provision — Moorage contract must be interpreted according to true intention of parties to achieve sensible commercial result — Whether exculpatory clause extending to president of corporate defendant — Narrow exception to doctrine of privity of contract in case of employer-employee relationships exempting president from liability — Intent to extend protection of exculpatory clause must be mutual — Exculpatory clause covering corporate defendant as well as president.

Contracts — Exculpatory clause in standard form moorage agreement — Plaintiff's vessel damaged when dock breaking up in heavy weather — While courts generally hostile to clauses excluding liability, provision should be upheld if not unconscionable, unfair or unreasonable — If exculpatory clause clearly expressed, usual rules for construction of contracts apply and language not to be given strained, artificial meaning to avoid exclusion of liability —

T-841-97

Jim Dryburgh, Pete Engstad, Sydney Mallon, Arthur Mountain, Morris Hankey, Peter Adams, la succession de Bruce Aikman, William Cairns, Jim Hopkins, David Holmes, Ken Joyce, Jim Provan, William Lenihan, Warren Hong, J. Bridle, John Celona, M. Coldren, Bernie Dahl, Murray Fallen, Paul Fletcher et Ralph Jones (*demandeurs*)

c.

Oak Bay Marina (1992) Ltd., Oak Bay Marina Ltd., Robert Wright, The Corporation of the District of Oak Bay, Newport Yacht Sales (1996) Ltd. et Newport Yacht Charters Ltd. (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: DRYBURGH c. OAK BAY MARINA (1992) LTD. (1^{re} INST.)

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 27 avril et 17 août 2000.

Droit maritime — Contrats — Le demandeur poursuit les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés, malgré une clause de non-responsabilité dans un contrat d'amarrage — Le quai auquel le yacht du demandeur était amarré s'est détaché, occasionnant des dommages au yacht — Selon le contrat d'amarrage, les bateaux étaient amarrés aux seuls risques du propriétaire, la partie défenderesse n'étant en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice — Les tribunaux ne devraient intervenir que lorsque la clause de non-responsabilité est inique — Le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition — Le contrat d'amarrage doit recevoir une interprétation conforme à l'intention véritable des parties d'atteindre un résultat commercial raisonnable — Il s'agit de savoir si la clause de non-responsabilité va jusqu'à protéger le président de la société défenderesse — Grâce à l'exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, le président est dégagé de toute responsabilité — L'intention d'étendre la portée de la clause de non-responsabilité doit être mutuelle — La clause de non-responsabilité couvre la société défenderesse ainsi que son président.

Contrats — Clause de non-responsabilité dans un contrat type d'amarrage — Le bateau du demandeur s'est endommagé lorsque le quai s'est cassé par mauvais temps — Même si les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine hostilité, la disposition devrait être maintenue si elle n'est pas inique, injuste ou déraisonnable — Si la clause de non-responsabilité est exprimée de façon claire, les règles normales d'interpréta-

In case of company wholly owned by president, absurd if corporation exempt from liability but president liable — Common law privity of contract doctrine having been relaxed incrementally.

This was a motion for summary judgment under rule 213 seeking a declaration that certain of the defendants were not protected by an exculpatory clause in a moorage contract. Plaintiff's claim was for damages for negligence, breach of contract and breach of duties by the defendants as bailees for reward, following the break up, in heavy weather, of the marina at Oak Bay, near Victoria, B.C., which resulted in damage to a number of vessels, including the plaintiff's yacht. Prior to that incident, the plaintiff, Dryburgh, had signed with the defendant, Oak Bay Marina Ltd., a standard form moorage contract, on an annual basis, whereby vessels were moored solely at their owner's risk. Under that clause, the corporate defendant was not liable under any circumstances for loss or damage even if caused by the defendant itself, its servants or agents. The plaintiff sought a declaration that no protection was afforded to Oak Bay Marina Ltd. and to its president, Robert Wright, by an exculpatory clause in a standard form moorage agreement. The issues raised on this motion were: (1) whether the exclusion clause in the moorage contract exempts Oak Bay Marina Ltd. from liability to the plaintiff and, (2) if so, whether that exemption also extends to the corporate president, for the claims alleged in the amended statement of claim.

Held, the motion should be dismissed.

(1) Because they generally look at clauses which exclude liability with hostility, courts strictly construe such clauses against the party seeking to invoke them. While the moorage contract is a contract of adhesion and purports to exclude all liability, even that resulting from negligence, it was clearly written and not one between an all powerful service provider and an unsophisticated clientele. Moreover, the moorage rate made it clear that Oak Bay Marina Ltd. was not acting as a port-risk insurer. Therefore, the contract was not unconscionable, unfair or unreasonable. So long as the exculpatory provision is on point regarding the negligence or breach which in fact occurred, a court ought only to intervene if the exculpatory provision is unconscionable. The damage must fit within the four corners of the exculpatory provision. In this instance, the moorage contract is a broad agreement for the provision of suitable moorage for vessels. The exculpatory provision is also broad, referring to "any loss or damage" whether or not caused by negligence. The contract is not so specific that the exclusion clause must refer only to the day to day provision of suitable premises; rather, it

tion des contrats s'appliquent et rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d'éviter l'exclusion de la responsabilité — Il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée d'une responsabilité, mais non son président — La règle du lien contractuel en common law a été assouplie progressivement.

Il s'agit d'une requête en jugement sommaire en vertu de la règle 213 déclarant que certains des défendeurs n'étaient pas protégés par une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat d'amarrage. Le demandeur a poursuivi les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés après que la marina à Oak Bay, près de Victoria (C.-B.), se soit cassée par mauvais temps, endommageant d'un certain nombre de bateaux, dont le yacht du demandeur. Avant cet incident, le demandeur Dryburgh avait signé avec la défenderesse Oak Bay Marina Ltd. un contrat type d'amarrage sur une base annuelle en vertu duquel les bateaux étaient amarrés aux seuls risques du propriétaire. En vertu de cette clause, la défenderesse n'était en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice causés soit par la négligence de la société elle-même ou par celle de ses employés ou de ses représentants. Le demandeur conclut à un jugement portant qu'Oak Bay Marina Ltd. et son président, Robert Wright, ne peuvent invoquer aucune protection en vertu d'une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat type d'amarrage. Les points en litige dans cette requête étaient de savoir: 1) si la clause de non-responsabilité dans le contrat d'amarrage exonère Oak Bay Marina Ltd. de toute responsabilité envers le demandeur et 2), dans l'affirmative, si cette exonération s'étend aussi au président de la société, à l'égard des réclamations alléguées dans la déclaration modifiée.

Jugement: la requête est rejetée.

1) Comme les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine hostilité, ils interprètent de telles clauses de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque. Même si le contrat d'amarrage est un contrat d'adhésion et qu'il est censé exclure toute responsabilité, même celle qui est causée par négligence, ses dispositions sont clairement libellées et il ne s'agit pas d'un contrat entre un fournisseur de services tout puissant et un client peu expérimenté. De plus, le tarif d'amarrage indique clairement que Oak Bay Marina Ltd. n'agissait pas à titre d'assureur des risques de port. Par conséquent, le contrat n'était pas inique, injuste ou déraisonnable. Dès lors que la disposition d'exonération se rapporte directement à la négligence ou à l'inexécution qui a effectivement eu lieu, un tribunal ne devrait intervenir que si elle est inique. Le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition d'exonération de responsabilité. Dans la présente espèce, le contrat d'amarrage est une convention vaste visant la prestation de services adéquats d'amarrage pour des bateaux. La clause de non-responsabilité est aussi large, mentionnant

refers to any loss or damage, without a limitation. As to the plaintiffs's argument, that negligence in the design of the marina, which took place in 1994 and 1995, should not be protected by the exculpatory clause, the Court assumed that there was negligence in the marina design, including in placing and driving the piling, a task undertaken by Robert Wright on behalf of Oak Bay Marina Ltd. As a result of the 1994 and 1995 renovations to the marina, both of them owed a duty to future marina users to provide them with a properly built marina.

The rules of construction which apply to any written contract are equally applicable to exemption clauses in order to determine the meaning the words were intended to bear. If a clause is expressed clearly and unambiguously, there is no justification for placing upon its language a strained and artificial meaning to avoid the exclusion or restriction of liability. The doctrine of *contra proferentem* should be invoked only if there is an ambiguity. It was necessary to look at the entire moorage agreement and to interpret it consistently with the true intention of the parties thus achieving a sensible commercial result. To hold that the exculpatory clause is bound by some time constraint and to exclude past neglect in a duty owed to the plaintiff as a later occupier would distort the four corners rule and bring about an unrealistic result. The exculpatory clause protected Oak Bay Marina Ltd. from liability for the negligence and breaches of duty and contract set out in the statement of claim.

(2) The second issue was whether the exculpatory clause which protected the corporate defendant, Oak Bay Marina Ltd., extended to its president. Under the doctrine of privity of contract, a person who is not a party to a contract, such as Mr. Wright, could not benefit from that clause. However, the Supreme Court of Canada decision in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* recognized a narrow exception to the doctrine of privity of contract, in the case of employer-employee relationships where there is an intent to extend the protection of an exculpatory clause. The *London Drugs* case set out two requirements. The first requirement, applicable here, is whether, by implication, the benefit of the exculpatory clause extends to Robert Wright who, while president of the company, was also an employee in that he redesigned the marina when the renovations were made. Mr. Wright's intent that he have the same exemption from liability as his company was *bona fide*, for it would be

«quelque perte ou préjudice», qu'ils soient ou non causés par négligence. Le contrat n'est pas marqué d'une telle spécificité que la clause de non-responsabilité doive ne renvoyer qu'à la prestation courante de locaux adéquats; au contraire, il mentionne toute perte ou tout préjudice, sans limite. En ce qui a trait à la prétention des demandeurs selon laquelle la négligence dans la conception de la marina, une activité qui a eu lieu en 1994 et en 1995, ne devrait pas être protégée par la clause de non-responsabilité, la Cour a présumé qu'il y a eu négligence dans la conception de la marina, y compris dans la mise en place et le battage des pieux, tâche entreprise par Robert Wright pour le compte d'Oak Bay Marina Ltd. Par suite des travaux de rénovation de la marina effectués en 1994 et en 1995, les deux défendeurs avaient envers les futurs utilisateurs de la marina l'obligation de leur fournir une marina construite adéquatement.

Les règles d'interprétation qui s'appliquent à tout contrat écrit sont également applicables aux clauses de non-responsabilité afin de permettre de dégager le sens que les mots employés visent à donner. Si la clause est exprimée de façon claire et non équivoque, rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d'éviter l'exclusion ou la limitation de la responsabilité qu'elle comprend. La doctrine *contra proferentem* ne devrait être invoquée que s'il y a quelque ambiguïté. Il est nécessaire de tenir compte de l'ensemble du contrat d'amarrage et de dégager une interprétation conforme à l'intention véritable des parties et qui entraîne un résultat commercial raisonnable. Conclure que la clause de non-responsabilité est circonscrite par certaines limites de temps et exclure la négligence passée à l'égard d'une obligation envers le demandeur à titre d'occupant subséquent, fausseraient la règle selon laquelle le dommage doit correspondre au texte même du contrat, et entraîneraient un résultat irréaliste. La clause de non-responsabilité protégeait Oak Bay Marina Ltd. contre la responsabilité à l'égard de la négligence, de la violation de son obligation et de l'inexécution du contrat invoquées dans la déclaration.

2) Le deuxième point en litige a trait à la question de savoir si la clause de non-responsabilité qui protège la société défenderesse, Oak Bay Marina Ltd., va jusqu'à protéger son président. En vertu du principe du lien contractuel, une personne qui n'est pas partie au contrat, comme c'est le cas de M. Wright, ne pourrait profiter de cette protection. Toutefois, dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, la Cour suprême du Canada a reconnu une exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, lorsqu'il y a une intention d'étendre la protection d'une clause de non-responsabilité. L'arrêt *London Drugs* a établi deux conditions. La première condition, applicable en l'espèce, concerne la question de savoir si, implicitement, le bénéfice de la clause de non-responsabilité s'étend à Robert Wright qui, tout président de la société qu'il était, en était aussi un employé en ce qu'il a lui-même conçu le réaména-

absurd, in the case of a company wholly owned by its president, that the corporation would be exempt from liability but that the president or the insurers be open to the same liability. The intention must also be mutual. The second requirement set out in the *London Drugs* case is that an employee seeking the benefit of the contract must have acted in the course of his employment and must have performed the very services provided for in the contract. This requirement was also met. Wright had been directly involved in the building of the marina and he had the full and final say in its reconstruction. This work, intended to produce a properly and safely built marina, was part of what the plaintiff contracted for. The negligent conduct alleged need not comprise all of the services contracted for. Wright should have the benefit of the exculpatory clause, along with his company, as the negligent conduct alleged against him was in the course of his work with the company and in the discharge of the very services which Oak Bay Marina Ltd. not only undertook under the contract but also was expected to provide in the plaintiff's view. This relaxation of the doctrine of privity of contract is consistent with the incremental change which that common law doctrine has undergone. Given that corporations perform their services through employees, it is sensible that a party to a contract not be able to avoid the incidence of loss by suing individuals doing the actual work as employees or as hands-on executives and owners.

gement de la marina au moment où les rénovations ont eu lieu. L'intention de M. Wright de bénéficier de la même exonération de responsabilité que sa société était de bonne foi, puisqu'il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée de toute responsabilité, mais que le président, ou encore les assureurs, y soient assujettis. L'intention doit aussi être mutuelle. En vertu de la deuxième condition établie dans l'arrêt *London Drugs*, l'employé qui cherche à bénéficier du contrat doit avoir agi dans l'exercice de ses fonctions et avoir rendu les services mêmes que visait le contrat. Cette condition a elle aussi été remplie. M. Wright avait été directement engagé dans la construction de la marina et il avait tout pouvoir décisionnel et final sur sa reconstruction. Ce travail, en vue de produire une marina construite de façon adéquate et sécuritaire, était en partie ce pourquoi le demandeur avait passé un contrat. Il n'est pas nécessaire que la conduite négligente alléguée comprenne tous les services que vise le contrat. M. Wright devrait pouvoir invoquer la clause de non-responsabilité, à l'instar de sa société, car la conduite négligente alléguée contre lui a eu lieu dans l'exercice de son travail pour la société et dans l'exécution des services mêmes que non seulement Oak Bay Marina Ltd. a entrepris en vertu du contrat, mais que le demandeur s'attendait à ce qu'elle lui fournisse. Cet assouplissement de la règle du lien contractuel est en harmonie avec la modification progressive qu'a subie cette règle en common law. Comme les personnes morales rendent leurs services par l'intermédiaire de leurs employés, il est logique qu'une partie à un contrat ne puisse éviter l'effet d'une perte en engageant des poursuites contre les personnes physiques qui s'acquittent effectivement du travail, à titre d'employés ou de cadres et de propriétaires actifs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 50(1)(c), (2), 213.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd., [1989] 1 S.C.R. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321; [1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 F.C. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.); *Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; (1979), 112 D.L.R. (3d) 49; [1980] I.L.R. 595; 32 N.R. 488; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 18 B.C.A.C. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d)

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 50(1)(c), (2), 213.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée, [1989] 1 R.C.S. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321; [1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 C.F. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.); *Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Exportations Consolidated-Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; (1979), 112 D.L.R. (3d) 49; [1980] I.L.R. 595; 32 N.R. 488; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 18 B.C.A.C. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d)

1; 143 N.R. 1; *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, 53 B.C.L.R. (3d) 142; 29 B.L.R. (2d) 153; 3 C.C.L.I. (3d) 241 (S.C.); revd sub nom. *Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Salmon River Co. v. Burt Bros., [1953] 2 S.C.R. 117; [1954] 1 D.L.R. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992), 7 O.R. (3d) 559; 85 D.L.R. (4th) 558; 6 B.L.R. (2d) 166; 52 O.A.C. 30 (C.A.).

REFERRED TO:

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd., [1997] 3 S.C.R. 1210; (1997), 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 153 D.L.R. (4th) 385; 221 N.R. 1; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131; affd (1908), 42 S.C.R. 246; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.*, [1980] 2 S.C.R. 228; (1980), 39 N.S.R. (2d) 119; 111 D.L.R. (3d) 257; 10 B.L.R. 234; [1980] I.L.R. 914; 32 N.R. 163; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108; (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; [1999] 9 W.W.R. 380; 127 B.C.A.C. 287; 67 B.C.L.R. (3d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; 245 N.R. 88.

AUTHORS CITED

Chitty on Contracts, 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

MOTION for summary judgment under rule 213 seeking a declaration that certain defendants are not protected by an exculpatory clause in a standard form moorage agreement. Motion dismissed.

APPEARANCES:

Douglas G. Schmitt for plaintiff Jim Dryburgh.

1; 143 N.R. 1; *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, 53 B.C.L.R. (3d) 142; 29 B.L.R. (2d) 153; 3 C.C.L.I. (3d) 241 (C.S.); inf. sub nom. *Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Salmon River Co. v. Burt Bros., [1953] 2 R.C.S. 117; [1954] 1 D.L.R. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992), 7 O.R. (3d) 559; 85 D.L.R. (4th) 558; 6 B.L.R. (2d) 166; 52 O.A.C. 30 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd., [1997] 3 R.C.S. 1210; (1997), 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 153 D.L.R. (4th) 385; 221 N.R. 1; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131; conf. par (1908), 42 R.C.S. 246; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie et autre*, [1980] 2 R.C.S. 228; (1980), 39 N.S.R. (2d) 119; 111 D.L.R. (3d) 257; 10 B.L.R. 234; [1980] I.L.R. 914; 32 N.R. 163; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108; (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; [1999] 9 W.W.R. 380; 127 B.C.A.C. 287; 67 B.C.L.R. (3d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; 245 N.R. 88.

DOCTRINE

Chitty on Contracts, 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

REQUÊTE en jugement sommaire en vertu de la règle 213 pour qu'il soit déclaré que certains défendeurs ne sont pas protégés par une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat type d'amarrage. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Douglas G. Schmitt pour le demandeur Jim Dryburgh.

John W. Bromley for defendants Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright.

Michael R. Tinker for defendant Pacific Pile Driving Ltd.

John W. Bromley pour les défendeurs Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright.

Michael R. Tinker pour la défenderesse Pacific Pile Driving Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for plaintiff Jim Dryburgh.

Bromley Chapelski, Vancouver, for defendants Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright.

Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver, for defendant Pacific Pile Driving Ltd.

Carfra & Lawton, Victoria, for defendant The Corporation of the District of Oak Bay.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour le demandeur Jim Dryburgh.

Bromley Chapelski, Vancouver, pour les défendeurs Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright.

Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver, pour la défenderesse Pacific Pile Driving Ltd.

Carfra & Lawton, Victoria, pour la défenderesse The Corporation of the District of Oak Bay.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] HARGRAVE P.: These reasons arise out of a test case which in effect is a question of law, brought by way of a rule 213 summary judgment motion [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] and as provided for under paragraph 50(1)(c) and subsection 50(2) of the Rules, which provide prothonotaries with an appropriate jurisdiction. The issue is the effect of an exculpatory clause in a moorage contract on the claim of one of the plaintiffs, Mr. Jim Dryburgh. Mr. Dryburgh, as owner of the yacht *Three Martletts* claims against the defendants in negligence, breach of contract and breach of duty as bailees for reward, for damages suffered when the marina at Oak Bay, near Victoria, B.C., broke up during heavy weather. This resulted in damage to a number of vessels moored at the marina, including the *Three Martletts*.

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs se rapportent à une cause type qui est en fait une question de droit, soulevée par voie de requête en jugement sommaire en vertu de la règle 213 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] et visée par l'alinéa 50(1)c) et le paragraphe 50(2) des Règles qui confèrent au protonotaire la compétence nécessaire. La question en litige porte sur l'effet d'une clause de non-responsabilité dans un contrat d'amarrage sur la réclamation de l'un des demandeurs, M. Jim Dryburgh. M. Dryburgh, en qualité de propriétaire du yacht *Three Martletts*, poursuit les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés en raison des dommages subis lorsque la marina à Oak Bay, près de Victoria (C.-B.), s'est cassée par mauvais temps, endommageant un certain nombre de bateaux amarrés à la marina, dont le *Three Martletts*.

[2] A number of the individual defendants has been let out of the action by agreement. The plaintiff, Mr. Dryburgh, now seeks a declaration that no protection is afforded to Oak Bay Marina Ltd. and to Mr. Robert Wright by an exculpatory clause in a standard form moorage agreement. The two defendants stand in different relationships to Mr. Dryburgh. Thus some background is in order. Here counsel have been able to agree on the basic facts, to which I now turn.

[2] Certains des défendeurs ont pu se retirer de l'action, par convention. Le demandeur, M. Dryburgh, conclut maintenant à un jugement déclarant qu'Oak Bay Marina Ltd. et M. Robert Wright ne peuvent invoquer aucune protection en vertu d'une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat type d'amarrage. Les deux défendeurs ont des liens différents avec M. Dryburgh. Il y a donc lieu d'exposer certains éléments du contexte. En l'espèce, les avocats

FACTS

[3] The *Three Martletts*, a yacht of about 30 feet in registered length, had been moored at the Oak Bay Marina since 1979. On 17 October 1996, the dock at which the *Three Martletts* was moored broke loose and drifted aground, resulting in damage to the yacht.

[4] Mr. Dryburgh alleges that the dock broke loose by reason of the negligence, breach of contract and breach of duty as bailees for reward. More specifically the shortcomings are said to be in design, construction, maintenance and supervision of the marina.

[5] The defendants now participating in this proceeding, as I have indicated, are Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright, who say that Mr. Dryburgh is party to a moorage contract exempting these two defendants from liability. Here I would note that following the hearing, Dean Strongetharm, Randy Wright and George Moore were let out of the action.

[6] Mr. Dryburgh had at one time been the proprietor of an adjacent ship repairing and building business. Well after the time Mr. Dryburgh began mooring the *Three Martletts* at the Oak Bay Marina, in 1994 and 1995, the whole marina was rebuilt by way of an expansion and modification. Mr. Dryburgh signed a standard form moorage contract, on an annual basis, and particularly the moorage contract from 1 April 1996 running to 31 March 1997, a document called "Oak Bay Marine Group Annual Moorage License and Invoice". It was a document sent out by mail each year by the defendant Oak Bay Marina Ltd. For the purpose of this motion Mr. Dryburgh admits that he is bound by the terms of the standard moorage contract, here waiving any arguments based on lack of notice of the exclusion clause.

[7] The contractual clause at issue is that contained in the Oak Bay Marine Group Annual Moorage

des parties ont été en mesure de convenir des principaux faits, dont je ferai maintenant l'exposé.

LES FAITS

[3] Le *Three Martletts*, yacht d'environ 30 pieds de longueur réglementaire, était amarré à la marina d'Oak Bay depuis 1979. Le 17 octobre 1996, le quai auquel le *Three Martletts* était amarré s'est détaché et s'est échoué, occasionnant des dommages au yacht.

[4] M. Dryburgh prétend que le quai s'est détaché par suite de négligence, d'inexécution de contrat et de manquement aux obligations à titre de dépositaires rémunérés. Les fautes reprochées relèvent plus précisément de lacunes dans la conception, la construction, l'entretien et la supervision de la marina.

[5] Les défendeurs comparissant dans la présente procédure, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, sont Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright, ce dernier prétendant que M. Dryburgh est partie à un contrat d'amarrage qui exonère ces deux défendeurs de toute responsabilité. Je noterai ici qu'à la suite de l'audience, Dean Strongetharm, Randy Wright et George Moore ont pu se retirer de l'action.

[6] M. Dryburgh a déjà été propriétaire d'une entreprise de réparation et de construction de bateaux attenante. Longtemps après que M. Dryburgh eut commencé à amarrer le *Three Martletts* à la marina d'Oak Bay, la marina a, en 1994 et 1995, été reconstruite au complet dans le cadre de travaux d'agrandissement et de modification. M. Dryburgh a, sur une base annuelle, signé un contrat type d'amarrage, et plus particulièrement le contrat d'amarrage du 1^{er} avril 1996 au 31 mars 1997, document intitulé «Oak Bay Marine Group Annual Moorage License and Invoice». Ce document était expédié par la poste chaque année par la défenderesse Oak Bay Marina Ltd. Aux fins de la présente requête, M. Dryburgh admet être lié par les dispositions du contrat type d'amarrage, renonçant ainsi à tout argument fondé sur l'absence de notification de la clause de non-responsabilité.

[7] La clause contractuelle en cause est celle qui est comprise dans l'Oak Bay Marine Group Annual

License and Invoice, being one of the Moorage License Conditions set out on the reverse.

EXCLUSIONS ON LIABILITY

All vessels, boathouse and ancillary equipment of the Owner stored or moored on the Company's premises shall be solely at the Owner's risk, and the Company shall not be responsible under any circumstances for any loss or damage caused thereto whether caused by the negligence of the Company, its servants or agents or the acts of third parties, or otherwise. All vehicles parked on the Company's premises and the contents therein are left at the Owner's risk. All persons using the Company's facilities, floats and ramps do so at their own risk and the Company assumes no responsibility whatsoever for the personal injury in the Owner or his invitees occurring within the Company's premises for any cause whatsoever.

The document, to which I will refer to as the moorage contract, defines the owner as the person named on the face of the contract: Mr. Dryburgh's name appears in the box on the face of the contract labelled "owner's name". The face of the moorage contract, as I have already said, refers to the Oak Bay Marina Group. Along the top of the contract are the names of three entities, Oak Bay Marina Ltd., North Saanich Ltd. and Pedder Bay Marina: the box in front of Oak Bay Marina Ltd. has in it a type written "X". Mr. Dryburgh agreed that he was obtaining his moorage space from Oak Bay Marina Ltd.

[8] The Oak Bay Group and thus, indirectly, Oak Bay Marina Ltd., is owned by the defendant Robert Wright, who is its president.

[9] It is fair to say that Mr. Dryburgh believed that he should look after his vessel while it was at the marina, that he should make certain it was properly tied up and overall he believed he was responsible for the *Three Martletts* while it was tied at the dock, although he also knew that, from time to time, employees of Oak Bay Marina Ltd. checked vessels at the marina, particularly during stormy weather.

[10] When asked, on discovery, as to his understanding of the standard to which the marina had been built, Mr. Dryburgh agreed that he believed it would meet prevailing Canadian safety standards and would

Moorage License and Invoice, à savoir l'une des conditions de la licence d'amarrage figurant au verso:

[TRADUCTION] EXCLUSIONS DE RESPONSABILITÉ

Tous les bateaux, hangars à bateaux et matériels accessoires du propriétaire entreposés ou amarrés dans les locaux de la société le sont aux seuls risques du propriétaire, et la société ne sera en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice y causés, que ce soit par la négligence de la société, de ses employés ou de ses représentants, par les actes de tiers, ou autrement. Tous les véhicules stationnés dans les locaux de la société et leur contenu demeurent sous la responsabilité du propriétaire. Toutes les personnes qui utilisent les locaux, les flotteurs et les rampes de la société le font à leurs risques et la société n'assume aucune responsabilité de quelque nature à l'égard des blessures que pourraient subir le propriétaire ou ses invités à l'intérieur des locaux de la société en raison de quelque cause que ce soit.

Ce document, que j'appellerai le contrat d'amarrage, définit le propriétaire comme la personne qui est nommée au recto du contrat: le nom de M. Dryburgh figure dans la case intitulée «Nom du propriétaire» au recto du contrat. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, le recto du contrat d'amarrage porte la mention d'Oak Bay Marina Group. Au haut du contrat figurent les noms de trois entités, à savoir Oak Bay Marina Ltd., North Saanich Ltd. et Pedder Bay Marina: la case devant le nom Oak Bay Marina Ltd. est marquée d'un «X» tapé à la machine. M. Dryburgh a reconnu qu'il obtenait son aire d'amarrage d'Oak Bay Marina Ltd.

[8] L'Oak Bay Group et par conséquent, indirectement, Oak Bay Marina Ltd., appartient au défendeur Robert Wright, qui en est le président.

[9] Il est juste de dire que M. Dryburgh croyait devoir s'occuper de son bateau pendant que celui-ci se trouvait à la marina, s'assurer qu'il était amarré adéquatement et, globalement, être responsable du *Three Martletts* lorsqu'il était amarré au quai, même s'il savait aussi que, de temps en temps, les employés d'Oak Bay Marina Ltd. vérifiaient les bateaux à la marina, tout particulièrement pendant les tempêtes.

[10] Appelé à dire, au cours de l'interrogatoire préalable, comment il percevait la norme suivie pour la construction de la marina, M. Dryburgh a reconnu qu'elle satisfaisait aux normes de sécurité canadiennes

withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions. These were the services and conditions for which he contracted.

[11] As for the intention of Oak Bay Marina Ltd., regarding its facility, it was to provide a properly and safely built and maintained marina that would withstand all reasonably foreseeable weather conditions. Mr. Wright sets out, in an affidavit of 14 April 1999, that he had the full and final say in the redesign and reconstruction of the marina in 1994 and 1995 and that no other employees exercised any decision making in that regard. Mr. Wright chose the size, number and location of the piling, taking into account the depth of the overburden into which the piling might be driven. Here it is pertinent to note the allegations of negligence in the amended statement of claim which include constructing the dock with inadequate pilings and anchors, failing to drive the pilings deeply enough, failing to correct weakened piling installation when it became apparent that the pilings were moving during normal conditions and designing and equipping the docks in such a manner that when the wind blew the piling moved and deteriorated.

[12] It is Mr. Wright's evidence that virtually all marinas have moorage contracts containing an exclusion clause and he understood it excluded liability for the company, his employees and himself:

With respect to the moorage contract itself, I have read it in the past and it has always been my understanding that it excluded liability for myself and for all employees of the company, as well, of course, as excluding liability for the company. That was certainly always my intention.

That the Oak Bay Marina Group, of which Mr. Wright was owner, was never asked, by Mr. Wright himself, to specifically include Mr. Wright as a beneficiary, is not inconsistent with his view that in fact he had the benefit of immunity from liability as did his marina operating companies.

actuelles et qu'elle supporterait toutes les conditions météorologiques et tous les états de mer raisonnablement prévisibles. Il s'agissait des services et des conditions visés par le contrat qu'il a passé.

[11] Quant à l'intention d'Oak Bay Marina Ltd., au sujet de son installation, c'était d'offrir une marina construite et entretenue de façon adéquate et sécuritaire qui supporterait toutes les conditions météorologiques raisonnablement prévisibles. Dans un affidavit du 14 avril 1999, M. Wright déclare qu'il avait tout pouvoir décisionnel et final sur le réaménagement et la reconstruction de la marina en 1994 et en 1995 et qu'aucun autre employé n'avait exercé quelque pouvoir décisionnel à cet égard. M. Wright a choisi la dimension, le nombre et l'emplacement des pieux, en tenant compte de la profondeur du régolite dans lequel les pieux devaient être enfoncés. Il est pertinent de noter ici les allégations de négligence dans la déclaration modifiée, dont le fait d'avoir construit le quai avec des pieux et des ancres inadéquats, le fait de ne pas avoir enfoncé les pieux à une profondeur suffisante, le fait de ne pas avoir corrigé l'installation de pieux affaiblie lorsqu'il est devenu apparent que les pieux bougeaient dans des conditions normales, et le fait d'avoir conçu et équipé le quai d'une façon telle que, sous le vent, les pieux bougeaient et se détérioraient.

[12] Selon la déposition de M. Wright, pratiquement toutes les marinas ont des contrats d'amarrage comportant une clause de non-responsabilité, et selon lui, cette clause exonérait la société, ses employés et lui-même de toute responsabilité:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au contrat d'amarrage lui-même, je l'ai lu dans le passé et j'ai toujours compris qu'il prévoyait une exonération de responsabilité pour moi-même et pour tous les employés de la société, de même que, bien sûr, une exonération de responsabilité pour la société. C'était certainement toujours mon intention.

Le fait que M. Wright lui-même n'a jamais invité l'entreprise Oak Bay Marina Group, dont il était propriétaire, à l'inclure expressément comme bénéficiaire de l'exonération de responsabilité, n'est pas incompatible avec sa perception qu'en fait il bénéficiait de l'exonération de responsabilité comme ses sociétés qui exploitaient des marinas.

POINT IN ISSUE

[13] At issue is whether the exclusion clause on the reverse of the moorage contract exempts Oak Bay Marina Ltd. from liability to Mr. Dryburgh and, if so, does that exemption also extend to Mr. Robert Wright, for the claims alleged in the amended statement of claim.

ANALYSIS

Exculpatory Clauses Generally

[14] To begin, courts generally look at clauses which exclude liability with some hostility. The result is that they strictly construe such clauses against the party seeking to invoke the clause: *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at page 1232, where Madam Justice McLachlin, as she then was, referred to *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at page 497. The Federal Court of Appeal relied extensively upon *Syncrude Canada Ltd. in MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 F.C. 36 (C.A.), a useful case, not because it contains anything new, but rather because it considered the scope of the clause at issue, pointing out that an effective clause need not explicitly exempt negligence or fundamental breach and then went on to look at the fairness and reasonableness of the clause.

[15] In the present instance the clause explicitly provides that vessels moored are not only solely at the owner's risk, but that the company is not responsible for loss or damage "whether caused by the negligence of the Company, its servants or agents, or the acts of third parties, or otherwise". This is a clearly written and reasonably visible provision. While the moorage contract is a contract of adhesion and purports to exclude all liability, even that resulting from negligence, it is not a contract between an all-powerful service provider and an unsophisticated clientele. Moreover, Oak Bay Marina Ltd. is not acting as a port-risk insurer: the moorage rate makes that clear.

POINT EN LITIGE

[13] Il s'agit d'établir si la clause de non-responsabilité figurant au verso du contrat d'amarrage exonère Oak Bay Marina Ltd. de toute responsabilité envers M. Dryburgh et, dans l'affirmative, si cette exonération s'étend aussi à M. Robert Wright, à l'égard des réclamations alléguées dans la déclaration modifiée.

ANALYSE

Les clauses de non-responsabilité en général

[14] D'abord, les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine opposition. Ils ont par conséquent tendance à interpréter de telles clauses de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque: *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, à la page 1232, où M^{me} le juge McLachlin, maintenant juge en chef, renvoie à l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, à la page 497. La Cour d'appel fédérale s'est abondamment fondée sur l'arrêt *Syncrude Canada Ltée* dans l'arrêt *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 C.F. 36 (C.A.), décision utile non pas parce qu'elle comporte quelque nouveauté, mais plutôt parce que la Cour s'est penchée sur la portée de la clause en question, en soulignant qu'il n'est pas nécessaire, pour être efficace, qu'une telle clause exclue explicitement la négligence ou l'inexécution fondamentale, et qu'elle a examiné le caractère juste et raisonnable de la clause.

[15] Dans la présente espèce, la clause prévoit expressément non seulement que les bateaux sont amarrés aux seuls risques du propriétaire, mais également que la société n'est pas responsable des pertes ou des préjudices [TRADUCTION] «causés, que ce soit par la négligence de la société, de ses employés ou de ses représentants, par les actes de tiers, ou autrement.» Il s'agit là d'une disposition clairement libellée et raisonnablement visible. Même si le contrat d'amarrage est un contrat d'adhésion et qu'il est censé exclure toute responsabilité, même celle qui est causée par négligence, il ne s'agit pas d'un contrat entre un fournisseur de services tout puissant et un client peu

Taking these factors into consideration the contract is not one which is unconscionable, unfair or unreasonable. Here I would turn to *Syncrude Canada, supra*, at page 462, where Chief Justice Dickson pointed out:

If on its true construction the contract excludes liability for the kind of breach that occurred, the party in breach will generally be saved from liability. Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains and, as Professor Waddams has argued, the doctrine of "fundamental breach" may best be understood as but one manifestation of a general underlying principle which explains judicial intervention in a variety of contractual settings.

Key here is that so long as the exculpatory provision is on point, *vis-à-vis* the negligence or breach which in fact occurred, a court ought only to intervene if the exculpatory provision is unconscionable. In this instance, the agreement is not unconscionable and it would not be unfair or unreasonable to enforce the exclusion clause, so long as it is on point. There are several aspects to examine in this latter regard.

Identity of the Corporate Beneficiary

[16] First, there was a suggestion that the reference to "Company" in the exculpatory clause was, to some degree, ambiguous. On the face of the agreement it would appear that the moorage contract might be with any one of three providers, however there is a mark in the box immediately before the name of Oak Bay Marina Ltd.: that is a good indication of the identity of the company in the moorage contract. Moreover, Mr. Dryburgh's evidence, at page 9 of his discovery, is that the moorage contract was with Oak Bay Marina Ltd. It is clear that the moorage contract is between Mr. Dryburgh and Oak Bay Marina Ltd.

expérimenté. De plus, Oak Bay Marina Ltd. n'agit pas à titre d'assureur des risques de port; le tarif d'amarrage l'indique clairement. Ces facteurs pris en considération, il appert que le contrat n'est pas inique, injuste ou déraisonnable. Je me réfère ici à l'arrêt *Syncrude Canada* (précité) à la page 462, où le juge en chef Dickson a dit:

Si d'après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d'inexécution qui s'est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. Les tribunaux n'appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques et, comme l'a fait valoir le professeur Waddams, la meilleure façon de saisir le principe de l'«inexécution fondamentale» consiste à le comparer à une manifestation d'un principe général sous-jacent qui justifie l'intervention des tribunaux dans divers contextes contractuels.

Ce qui est important ici, c'est que, dès lors que la disposition d'exonération se rapporte directement à la négligence ou à l'inexécution qui a effectivement eu lieu, un tribunal ne devrait intervenir que si la disposition d'exonération est inique. Dans la présente espèce, la convention n'est pas inique, et il ne serait pas injuste ni déraisonnable d'appliquer la clause d'exclusion dès lors qu'elle se rapporte au sujet. Il y a plusieurs aspects qui méritent d'être examinés à cet égard.

Identité de la société bénéficiaire

[16] En premier lieu, le demandeur a fait valoir que la mention de «société» dans la clause de non-responsabilité était jusqu'à un certain degré ambiguë. Au recto du contrat, il semble que le contrat d'amarrage pourrait être conclu avec l'une ou l'autre des sociétés qui fournissent des services, mais il y a une marque dans la case précédant immédiatement le nom d'Oak Bay Marina Ltd.: c'est là une bonne indication de l'identité de la société avec laquelle a été passé le contrat d'amarrage. De plus, selon le témoignage de M. Dryburgh, à la page 9 de son interrogatoire préalable, le contrat d'amarrage a été passé avec Oak Bay Marina Ltd. Il est clair que le contrat d'amarrage a été conclu entre M. Dryburgh et Oak Bay Marina Ltd.

Scope of the Exculpatory Clause

[17] Next there is the consideration of whether the exculpatory language deals with the particular causes of action raised by the plaintiff. In short, the damage must fit within the four corners of the exculpatory provision (*Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.), at page 192):

It must be remembered that a limitation clause of this kind only applies where the damage, in respect of which the limitation clause is operative, takes place within the four corners of the contract.

Alderslade was applied by the Supreme Court in *Salmon River Co. v. Burt Bros.*, [1953] 2 S.C.R. 117. *Salmon River* offers a good example of negligence which fell outside of the exculpatory clause. There the clause would have been effective, in a claim for damage during loading of a logging truck had the loading resulted in damage: instead, the damage had nothing to do with the loading operation and thus was held not to come within the four corners of the contract. Thus the exculpatory clause did not apply: See Mr. Justice Cartwright's decision in *Salmon River*, at pages 125 and 126.

[18] Counsel for Mr. Dryburgh acknowledges that there is a duty of care on the part of a designer or a builder of a structure to make certain that the structure is safe for future occupants, here citing to *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85 and referring to the decision of the Court rendered by Mr. Justice La Forest, at pages 115-116. In effect the responsibility of the builders and designers extends to every user of the structure during its useful life. At this point counsel for the plaintiffs refers to the alleged negligence of the defendants, which comes down to pilings which may have been inadequately driven and a failure to correct weakened piling which moved and deteriorated during storms, it being clear, on discovery, that Robert Wright made the final decision as to the size, number and placement of the pilings. Counsel for the plaintiffs then focusses on a portion of the discovery transcript which he submits sets out the

Portée de la clause de non-responsabilité

[17] Il faut ensuite se pencher sur la question de savoir si le libellé d'exonération porte sur les causes d'action particulières soulevées par le demandeur. En bref, le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition d'exonération de responsabilité (*Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.), à la page 192):

[TRADUCTION] Il faut se rappeler qu'une clause de limitation de cette nature ne s'applique que lorsque le préjudice, à l'égard duquel la clause de limitation entre en jeu, correspond au texte même du contrat.

L'arrêt *Alderslade* a été appliqué par la Cour suprême dans l'arrêt *Salmon River Co. v. Burt Bros.*, [1953] 2 R.C.S. 117. L'arrêt *Salmon River* donne un bon exemple de négligence débordant le cadre de la clause d'exonération. Dans cette affaire, la clause aurait été applicable, à l'égard d'une réclamation en dommages résultant du chargement d'un camion, si le chargement avait donné lieu au dommage: le dommage n'avait toutefois rien à voir avec l'opération de chargement et, partant, le tribunal a jugé qu'il ne correspondait pas au texte même du contrat. Par conséquent, la clause d'exonération ne s'appliquait pas: voir la décision du juge Cartwright dans l'arrêt *Salmon River*, aux pages 125 et 126.

[18] L'avocat de M. Dryburgh reconnaît l'existence d'une obligation de diligence, de la part du concepteur ou du constructeur d'une structure, pour faire en sorte que la structure soit sans danger pour les futurs occupants, citant ici l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, et les motifs du juge La Forest prononcés au nom de la Cour, aux pages 115 et 116. En fait, la responsabilité des constructeurs et des concepteurs s'étend à l'égard de chaque utilisateur de la structure pendant sa vie utile. L'avocat des demandeurs invoque ici la prétendue négligence des défendeurs, laquelle se résume au fait de ne pas avoir enfoncé adéquatement les pieux et de ne pas avoir corrigé le pieu affaibli qui a bougé et s'est détérioré pendant les tempêtes, l'interrogatoire préalable ayant clairement fait ressortir que Robert Wright a pris la décision finale quant à la dimension, au nombre et à la mise en place des pieux. Il a ensuite porté son attention sur une partie de la

purpose of the marina renovations as taking place in order to make a more economically viable marina:

359 Q. The overall plan for the redesign was to put in a new renovated marina of high quality and, also, to accommodate a changing population of boat sizes; is that right? Powerboats had gotten bigger than when the marina was first built?

359 A. To build a high-quality marina, yes. To get ride of the original B dock, where there was 14 or 15-foot boats on. Because the market and the prices were such that prices were going up, they were taking them home, there was no market for it and we'd have empty docks, we decided to look at what the market was going to be for the next 15 years, the centre point of our 30-year lease. Are they going to get bigger, smaller or whatever. And it was out of that forward planning, that this, we believed, would answer the needs for that.

360 Q. All right. So it's to make a renovated and economically viable marina?

360 A. Well, people buy a product. We wanted to have a product that would be bought. And we made it, and it's full, with a waiting list, so our decision was the right one.

There are two things which might be read into this. First, there is the concept, put by counsel at question 360, that the aim in the renovation was to produce an economically viable marina. Robert Wright did not answer the question directly, but merely said that he wanted a product, that is a marina in which people would buy moorage and that the result was a full marina with a waiting list. Second, is the concept of building a high quality marina, being answer 359. Also bearing on the issue and not in conflict with either of these concepts, is the evidence of Robert Wright, set out in his affidavit, which includes information on his experience in building and designing marinas in British Columbia and in Oregon over the past 37 years. In that affidavit he sets out that:

transcription de l'interrogatoire préalable qui établirait, selon lui, l'objet visé par les rénovations, lesquelles auraient été effectuées afin de rendre la marina plus rentable:

[TRADUCTION]

359 Q. Le plan global du réaménagement était de faire une nouvelle marina rénovée de haute qualité et, aussi, d'accueillir un parc de bateaux de dimensions en mutation; est-ce exact? Les bateaux à moteur étaient devenus plus gros que ceux pour lesquels la marina avait été construite à l'origine?

359 R. Construire une marina de haute qualité, oui. Se débarrasser du quai B original, destiné aux bateaux de 14 ou de 15 pieds. Comme le marché et les prix étaient à la hausse, les gens les ramenaient à la maison, il n'y avait plus de marché pour cette catégorie et que nous avions des quais vides, nous avons décidé de voir quelle serait la tendance du marché pour les 15 prochaines années, soit le point central de notre bail de 30 ans. Allaient-ils devenir plus gros ou plus petits, ou subir d'autres changements? Et c'est à partir de cette planification que cela, pensions-nous, devrait répondre aux besoins en ce sens.

360 Q. D'accord. C'est donc de faire une marina rénovée et rentable?

360 R. Eh bien, les gens achètent un produit. Nous voulions avoir un produit qui serait acheté. Et nous l'avons fait, et la marina est occupée à pleine capacité, avec une liste d'attente, de sorte que notre décision était la bonne.

Deux éléments peuvent ressortir de cet extrait. Il y a en premier lieu le concept, mis de l'avant par l'avocat à la question 360, que le but de la rénovation était de produire une marina rentable. Robert Wright n'a pas répondu directement à la question, mais a simplement dit qu'il voulait un produit, c'est-à-dire une marina dans laquelle les gens achèteraient des services d'amarrage, et que le résultat, c'était une marina occupée à pleine capacité, avec une liste d'attente. Il y a en deuxième lieu le concept de la construction d'une marina de haute qualité, qui correspond à la réponse 359. Il y a aussi, sur ce point, et sans que cela n'entre en conflit avec l'un ou l'autre de ces concepts, la déposition de Robert Wright, dans son affidavit, donnant des renseignements sur son expérience en matière de construction et de conception de marinas en Colombie-Britannique et en Oregon au cours des 37 dernières années. Dans cet affidavit, il déclare ce qui suit:

It was the company's intention and certainly my intention to construct a marina which was well built and maintained, met prevailing Canadian safety standards and would be capable of withstanding reasonably foreseeable weather and sea conditions.

In this same train of thought, the plaintiff, Jim Dryburgh, acknowledged on discovery that he thought the berth space would be in a marina which was properly and safely built and maintained, up to prevailing Canadian safety standards, able to withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions and that was what he was contracting for: questions 134 through 137.

[19] At this point counsel for Mr. Dryburgh submits that the only reasonable interpretation of the exclusion clause is that it was intended to apply only to contractual services rendered from year to year in the operation and supervision of the marina and that the phrases in the exclusion clause, taking into account the moorage contract overall, do not address past acts or omissions. Particularly, counsel submits that nothing addresses the duty of care arising out of the design and construction of the marina, here referring back to the *Winnipeg Condominium* case, *supra*, in effect severing design and building from day to day moorage. By way of analogy counsel refers to *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992), 7 O.R. (3d) 559 (C.A.) in which exculpatory provisions, referring to carriage of cargo, did not extend to damage done by the carriers employees during a negligent salvage operation following a derailment. That is a clear example of an exculpatory clause designed specifically for a carriage situation, with the Ontario Court of Appeal giving it a properly narrow interpretation, refusing to extend it to something well outside the contract, being a salvage operation. The present instance is not so clear cut and indeed, the clause is broader than that, for example, in *Bombardier* which covered the movement of goods by rail or motor vehicle. In the present instance the moorage contract is a broader agreement for the provision of suitable moorage for vessels. The exculpatory provision is also broad, referring to "any loss or damage" whether or not caused by negligence.

[TRADUCTION] C'était l'intention de la société et certainement mon intention de réaliser une marina qui était bien construite et bien entretenue, qui répondait aux normes de sécurité canadiennes alors en vigueur et qui serait capable de résister aux conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles.

Dans la même veine, le demandeur, Jim Dryburgh, a reconnu lors de l'interrogatoire préalable, avoir pensé que l'aire d'accostage serait dans une marina construite et entretenue de façon adéquate et sécuritaire, dans le respect des normes de sécurité canadiennes en vigueur, et capable de résister à toutes les conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles, et que c'est ce pourquoi il a passé un contrat: questions 134 à 137.

[19] L'avocat de M. Dryburgh fait valoir ici que la seule interprétation raisonnable de la clause de non-responsabilité est qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux services contractuels rendus annuellement dans le cadre de l'exploitation et de la supervision de la marina, et que les termes de la clause de non-responsabilité, eu égard au contrat d'amarrage considéré dans son ensemble, ne visaient pas les actes ou omissions passés. Plus particulièrement, l'avocat prétend qu'aucune mention ne vise l'obligation de diligence découlant de la conception et de la construction de la marina, invoquant ici l'arrêt *Winnipeg Condominium* (précité), distinguant en réalité les aspects conception et construction, d'une part, des services courants d'amarrage, d'autre part. L'avocat invoque aussi, par analogie, la décision *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992) 7 O.R. (3d) 559 (C.A.), dans laquelle des clauses de non-responsabilité visant le transport de cargaisons ne couvraient pas le dommage causé par les employés du transporteur au cours d'une opération de sauvetage effectuée de façon négligente à la suite d'un déraillement. C'est là un exemple clair d'une clause de non-responsabilité conçue expressément pour une situation de transport, à laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a, de bon droit, donné une interprétation stricte, en refusant de l'étendre à des éléments débordant amplement le cadre du contrat, à savoir une opération de sauvetage. La présente espèce n'est pas aussi tranchée et, effectivement, la clause est plus vaste que, par exemple, celle qui s'appliquait dans l'affaire *Bombardier*, laquelle

I do not see the contract as being so specific that the exclusion clause must refer only to the day to day provision of suitable premises. Rather it refers to any loss or damage, without a limitation. Moreover, in a marina situation damage caused by the breaking up of a marina, in heavy weather and as a result of construction inadequate to withstand that stress, does happen from time to time.

[20] The plaintiffs submit that negligence in the design of the marina, an activity that took place in 1994 and 1995, should not be protected by the exculpatory clause at this juncture, referring again to the *Winnipeg Condominium* case, *supra*. For the purpose of this argument, I will assume that there was negligence in the marina design, including in placing and driving the piling, a task undertaken by Robert Wright on behalf of Oak Bay Marina Ltd. *Winnipeg Condominium* involved a tort claim by a subsequent owner for repair costs resulting from negligent construction work done for a previous owner. The Manitoba Court of Appeal had struck out the claim as a pure economic loss not recoverable against the original general contractor for, according to the Court of Appeal, in the absence of a contractual relationship, remedial repairs, done before there had been any physical damage or personal injury from falling masonry, was not recoverable by a remote buyer of the building as against the original builder. In contrast Mr. Justice La Forest, writing for the Supreme Court, at pages 102-103, came to the view that a contractor should be held to a reasonable standard of care if negligent construction might cause harm to other persons and property in the community:

. . . where a contractor (or any other person) is negligent in planning or constructing a building, and where the building

couvrait le transport de marchandises par rail ou par véhicule automobile. Dans la présente espèce, le contrat d'amarrage est une convention plus vaste visant la prestation de services adéquats d'amarrage pour des bateaux. La clause de non-responsabilité est aussi large, mentionnant [TRADUCTION] «quelque perte ou préjudice» qu'ils soient ou non causés par négligence. Le contrat ne me paraît pas si spécifique que la clause de non-responsabilité doive ne renvoyer qu'à la prestation courante de locaux adéquats. Au contraire, il mentionne toute perte ou tout préjudice, sans limite. De plus, dans ce domaine, il arrive parfois que des dommages soient causés par le bris d'une marina, par mauvais temps, en raison d'une construction incapable de supporter cette tension.

[20] Les demandeurs prétendent que la négligence dans la conception de la marina, une activité qui a eu lieu en 1994 et en 1995, ne devrait pas être protégée par la clause de non-responsabilité, en s'appuyant encore sur l'arrêt *Winnipeg Condominium* (précité). Aux fins de cet argument, je supposerai qu'il y a eu négligence dans la conception de la marina, y compris dans la mise en place et le battage des pieux, une tâche entreprise par Robert Wright pour le compte d'Oak Bay Marina Ltd. Dans l'affaire *Winnipeg Condominium*, un propriétaire subséquent avait intenté une action délictuelle en indemnisation des frais de réparation découlant d'un travail de construction effectué négligemment pour un propriétaire antérieur. La Cour d'appel du Manitoba avait rejeté la demande au motif qu'il s'agissait d'une perte purement économique non susceptible d'indemnisation par l'entrepreneur général initial puisque, selon la Cour d'appel, en l'absence d'un lien contractuel, un acquéreur éloigné de l'immeuble ne saurait se faire rembourser par le constructeur initial les frais engagés pour réparer une construction défectueuse avant qu'elle ne cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien. Par contraste, le juge La Forest, qui a parlé au nom de la Cour suprême, aux pages 102 et 103, a conclu qu'un entrepreneur devrait se voir assujéti à une norme raisonnable de diligence si une construction faite de façon négligente risque de causer un préjudice à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité:

[. . .] lorsqu'un entrepreneur (ou toute autre personne) fait preuve de négligence dans la conception ou la construction

is found to contain defects resulting from that negligence which pose a real and substantial danger to the occupants of the building, the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state are recoverable in tort by the occupants. The underlying rationale for this conclusion is that a person who participates in the construction of a large and permanent structure which, if negligently constructed, has the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community, should be held to a reasonable standard of care.

Mr. Justice La Forest went on to point out, at page 106, that contractual provisions between the original builder and the original owner could protect the contractor, but that "such a contract cannot absolve the contractor from the duty in tort to subsequent owners to construct the building according to reasonable standards". This led to a consideration of whether there was a close enough relationship between the parties so that, in the reasonable contemplation of the original builder, carelessness on its part might cause damage to a subsequent purchaser. It is here that counsel for the plaintiffs refers me to a passage, at pages 115-116:

In my view, it is reasonably foreseeable to contractors that, if they design or construct a building negligently and if that building contains latent defects as a result of that negligence, subsequent purchasers of the building may suffer personal injury or damage to other property when those defects manifest themselves. A lack of contractual privity between the contractor and the inhabitants at the time the defect becomes manifest does not make the potential for injury any less foreseeable. Buildings are permanent structures that are commonly inhabited by many different persons over their useful life. By constructing the building negligently, contractors (or any other person responsible for the design and construction of a building) create a foreseeable danger that will threaten not only the original owner, but every inhabitant during the useful life of the building.

Clearly enough, as a result of the 1994 and 1995 renovations to the marina, Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright owed a duty to future marina users to provide them with a properly built marina. The plaintiffs' point here is that there is nothing in the exculpatory clause, or in the balance of the moorage

d'un immeuble, et qu'on découvre dans cet immeuble des vices qui résultent de cette négligence et qui présentent un danger réel et important pour les occupants de l'immeuble, ces derniers peuvent intenter une action délictuelle en indemnisation des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. La raison d'être de cette conclusion est qu'une personne qui participe à la construction d'une grande structure permanente qui, si elle est construite de façon négligente, risque de causer un préjudice grave à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité, devrait se voir assujettie à une norme raisonnable de diligence.

Le juge La Forest a ajouté, à la page 106, que les dispositions contractuelles entre le constructeur initial et le premier propriétaire pouvaient protéger l'entrepreneur, mais que ce «contrat ne saurait toutefois dégager l'entrepreneur de l'obligation en matière délictuelle qu'il a envers les propriétaires subséquents de construire le bâtiment selon des normes raisonnables.» Il s'est ensuite penché sur la question de savoir s'il existait entre les parties un lien suffisamment étroit pour que le constructeur initial eût pu raisonnablement prévoir qu'un manque de diligence de sa part serait susceptible de causer un préjudice à un acquéreur subséquent. Ici, l'avocat des demandeurs me réfère à un passage tiré des pages 115 et 116:

À mon avis, un entrepreneur peut raisonnablement prévoir que, s'il fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble et si ce bâtiment renferme des vices latents résultant de cette négligence, un acquéreur subséquent de l'immeuble pourra subir des lésions corporelles ou que des dommages pourront être causés à d'autres biens lorsque ces vices se manifesteront. L'absence de lien contractuel entre l'entrepreneur et ceux qui occupent l'immeuble au moment où le vice se manifeste ne rend pas moins prévisible le risque de préjudice. Les immeubles sont des structures permanentes qui sont généralement habitées par bien des personnes différentes au cours de leur vie utile. En construisant l'immeuble de façon négligente, l'entrepreneur (ou toute autre personne responsable de la conception et de la construction d'un immeuble) crée un danger prévisible qui menacera non seulement le premier propriétaire, mais quiconque l'habitera au cours de sa vie utile.

Il ressort clairement que par suite des travaux de rénovation effectués de la marina en 1994 et en 1995, Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright avaient envers les futurs utilisateurs de la marina l'obligation de leur fournir une marina construite adéquatement. Les demandeurs font valoir ici qu'il n'y a rien dans la

agreement, to address or protect anyone relying upon the moorage agreement from liability for past omissions in the design and installation of new docks and berths in the marina when it was expanded in 1994 and 1995.

[21] In dealing with this line of argument it is useful to review some basic principles of construction of exculpatory provisions. To begin, the rules of construction which apply to any written contract are equally applicable to exemption clauses in order to determine the meaning the words were intended to bear: *Chitty on Contracts*, 28th ed., 1999, Sweet & Maxwell, London, at page 664. Moreover, *Chitty on Contracts* goes on to point out, relying upon *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), at pages 846 and 851, that “If the clause is expressed clearly and unambiguously, there is no justification for placing upon the language of the clause a strained and artificial meaning so as to avoid the exclusion or restriction of liability contained in it” (*loc. cit.*). In effect there is nothing in an exclusionary provision which is inherently evil. I therefore ought to interpret an exculpatory clause, subject to it being unconscionable or unreasonable, just as I would any other contractual provision, giving effect to the intention of the parties and if, and only if, there is an ambiguity, should I invoke the doctrine of *contra proferentem*. Here I have been referred to *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, a decision of the Supreme Court of Canada. There, Mr. Justice Estey, writing for the majority of the Court, considered exclusionary provisions in an insurance policy and referred to a proposition from *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131 (C.A.), at page 137, subsequently adopted by the majority of the Supreme Court on appeal, (1908), 42 S.C.R. 246, at page 248:

There is no just reason for applying any different rule of construction to a contract of insurance from that of a contract of any other kind; and there can be no sort of

clause de non-responsabilité ou dans le reste du contrat d’amarrage qui vise ou protège qui que ce soit, qui invoquerait le contrat d’amarrage, quant à la responsabilité pour les omissions passées dans la conception et l’installation de nouveaux quais et postes d’amarrage dans la marina lorsqu’elle a été agrandie en 1994 et en 1995.

[21] Pour apprécier cet argument, il est utile de reprendre certains principes fondamentaux d’interprétation des clauses de non-responsabilité. En premier lieu, les règles d’interprétation qui s’appliquent à tout contrat écrit sont également applicables aux clauses de non-responsabilité afin de permettre de dégager le sens que les mots employés visent à donner: voir l’ouvrage *Chitty on Contracts*, 28^e éd., 1999, Sweet & Maxwell, Londres, à la page 664. De plus, l’ouvrage *Chitty on Contracts* précise, en se fondant sur l’arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), aux pages 846 et 851, que [TRADUCTION] «Si la clause est exprimée de façon claire et non équivoque, rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d’éviter l’exclusion ou la limitation de la responsabilité qu’elle comprend» (*loc. cit.*). En fait, il n’est rien dans une disposition de non-responsabilité qui soit foncièrement mauvais. Il me faut par conséquent interpréter une clause de non-responsabilité, sauf si elle est inique ou déraisonnable, de la même façon que j’interpréteraï toute autre disposition contractuelle, en donnant effet à l’intention des parties, et n’invoquer la doctrine *contra proferentem* que si, et seulement si, il y a quelque ambiguïté. Mention a été faite ici de l’arrêt *Exportations Consolidated-Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, rendu par la Cour suprême du Canada. Le juge Estey, qui a exprimé l’avis de la majorité de la Cour dans cette décision, s’est penché sur des dispositions d’exclusion dans une police d’assurance et a mentionné une proposition formulée dans l’arrêt *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131 (C.A.), à la page 137, adoptée subséquemment par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans (1908), 42 R.C.S. 246, à la page 248:

[TRADUCTION] Il n’y a aucune raison valable pour appliquer à un contrat d’assurance une règle d’interprétation différente de celle applicable à un contrat d’une autre nature; et il ne

excuse for casting a doubt upon the meaning of such a contract with a view to solving it against the insurer, however much the claim against him may play upon the chords of sympathy, or touch a natural bias. In such a contract, just as in all other contracts, effect must be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used.

After quoting this passage Mr. Justice Estey continued in *Consolidated-Bathurst*, at page 900:

Such a proposition may be referred to as step one in the interpretative process. Step two is the application, when ambiguity is found, of the *contra proferentem* doctrine.

and that, at page 901:

Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts, the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result.

In effect, I should, looking at the whole of the moorage agreement, determine an interpretation consistent with the true intention of the parties, an interpretation which results in a sensible commercial result.

[22] Here Mr. Dryburgh, on his own admission, was aware of the terms of the moorage contract, including the exculpatory clause. He agreed, on examination for discovery, that he had no expectation that the Oak Bay Marina would look after the *Three Martletts*, did not expect Oak Bay Marina Ltd. to insure the vessel and that he expected the marina would be properly built and maintained, would meet prevailing Canadian safety standards, and would withstand all reasonably foreseeable weather. These are reasonable expecta-

peut y avoir aucune sorte d'excuse pour jeter le doute sur le sens de pareil contrat en vue de l'interpréter contre l'assureur, quel que soit le parti pris naturel ou la sympathie que peut éveiller la demande d'indemnité qu'on lui adresse. Dans ce contrat, comme dans tous les autres, il faut donner effet à l'intention des parties qui se dégage des mots qu'ils ont employés.

Après avoir cité ce passage, le juge Estey poursuit, dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, à la page 900:

On peut qualifier pareille proposition de première étape du processus d'interprétation. La deuxième étape est l'application, lorsqu'il y a ambiguïté, de la doctrine *contra proferentem*.

et il ajoute plus loin à la page 901:

Même indépendamment de la doctrine *contra proferentem* dans la mesure où elle est applicable à l'interprétation des contrats, les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable.

En fait, je devrais, en tenant compte de l'ensemble du contrat d'amarrage, dégager une interprétation conforme à l'intention véritable des parties, une interprétation qui entraîne un résultat commercial raisonnable.

[22] En l'espèce, M. Dryburgh, de son propre aveu, connaissait les modalités du contrat d'amarrage, y compris la clause de non-responsabilité. Il a convenu, au cours de l'interrogatoire préalable, qu'il ne s'attendait pas à ce qu'Oak Bay Marina s'occupe du *Three Martletts*, ni qu'Oak Bay Marina Ltd. assure le bateau, mais qu'il s'attendait à ce que la marina soit construite et entretenue adéquatement, qu'elle réponde aux normes de sécurité canadiennes en vigueur et qu'elle résiste à toutes les conditions météorologiques raison-

tions.

[23] From the point of view of Oak Bay Marina Ltd. it is clear, looking at the per-foot per-month rate and the resulting yearly moorage figure set out on the face of the contract, that they did not, for that rate, consider themselves to be insurers. There is also the plain wording of the exculpatory clause. The word “any”, modifying “loss or damage” in the exculpatory clause should be reasonably interpreted. To circumscribe the term, preventing its application to events falling outside the moorage contract year, is an artificial constraint. It would distort the agreement, producing an unrealistic result, to interpret the exculpatory provision to cover only events during the day to day operation of the marina during the contract year and to exclude past negligence in the construction of the marina, construction and moorage of the floats and berths, and placement and driving of piling. To hold that the exculpatory clause is bound by some time constraint, to cut off past neglect in a duty owed to Mr. Dryburgh as a later occupier, would be to distort the four corners rule and bring about an unrealistic result, a result not contemplated in the commercial atmosphere between Oak Bay Marina Ltd. and Mr. Dryburgh. The exculpatory clause protects Oak Bay Marina Ltd. from liability for the negligence and breaches of duty and contract set out in the statement of claim. The more difficult issue is whether the exculpatory clause extends to protect Robert Wright, a point to which I now turn.

Extension of the Exculpatory Clause to Individuals

[24] The defence sets out that Robert Wright is exempt from liability by reason of the exculpatory clause in the moorage contract between Mr. Dryburgh and Oak Bay Marina Ltd. That is not explicit on the

nablement prévisibles. Ce sont là des attentes raisonnables.

[23] Du point de vue d’Oak Bay Marina Ltd., il est clair, en tenant compte du tarif mensuel pour chaque pied et de la somme annuelle des frais d’amarrage figurant au recto du contrat, que la société ne se considérerait pas, pour ce tarif, comme un assureur. Cela ressort aussi clairement du libellé de la clause de non-responsabilité. Le mot «quelque», qualifiant les mots «perte ou préjudice» dans la clause de non-responsabilité devrait être interprété de manière raisonnable. Circonscrire le terme et en empêcher l’application à des circonstances extérieures à l’année du contrat d’amarrage, ce serait imposer une contrainte artificielle. Cela aurait pour effet de fausser la convention, de produire un résultat irréaliste, d’interpréter la disposition de non-responsabilité de façon à ne couvrir que l’exploitation courante de la marina pendant l’année du contrat et à exclure la négligence passée dans la construction de la marina, la construction et l’amarrage des flotteurs et des postes d’accostage, et la mise en place et le battage des pieux. Conclure que la clause de non-responsabilité est circonscrite par certaines limites de temps et exclure la négligence passée à l’égard d’une obligation envers M. Dryburgh à titre d’occupant subséquent, fausseraient la règle selon laquelle le dommage doit correspondre au texte même du contrat, et entraîneraient un résultat irréaliste, résultat qui n’était pas envisagé dans le climat commercial entre Oak Bay Marina Ltd. et M. Dryburgh. La clause de non-responsabilité protège Oak Bay Marina Ltd. contre la responsabilité à l’égard de la négligence, de la violation de son obligation et de l’inexécution du contrat invoquées dans la déclaration. Il reste maintenant la question plus difficile de savoir si la clause de non-responsabilité s’étend jusqu’à protéger Robert Wright, point que j’aborde maintenant.

Extension de la clause de non-responsabilité à des personnes physiques

[24] Les défendeurs font valoir que Robert Wright est dégagé de toute responsabilité en raison de la clause de non-responsabilité dans le contrat d’amarrage entre M. Dryburgh et Oak Bay Marina Ltd. Cela

plain wording of the clause. Indeed, traditionally the doctrine of privity of contract would prevent this benefit going to Mr. Wright, president of Oak Bay Marina Ltd., but a person not a party to the contract. However, the courts have, under certain limited circumstances, provided relief, by involving the concepts of trust, agency and the fairly narrow exemption to the doctrine of privity of contract set out in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299.

[25] There is nothing to suggest a trust relationship between the contracting corporate entity, Oak Bay Marina Ltd. and Mr. Wright. Indeed, while this point is touched upon by counsel for the plaintiffs, it is not one argued by counsel for the defendants. The same may be said for the concept of agency giving rise to third party benefits, a concept originating in *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.), more fully explored in *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.) and adopted by the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 793 whereby there must be a clear intent to protect a third party in a contract made by an authorized agent for the third party, for which the third party had provided consideration. Clearly none of these tests are met in the present instance, for Robert Wright neither provided consideration nor asked Oak Bay Marina Ltd. to contract on his behalf. He merely had the intention or understanding that he was protected by the exculpatory clause. This brings us to the *London Drugs* exception, a narrow exception to the doctrine of privity of contract, relating to employer-employee relationships in which there is an intent to extend the protection of an exculpatory clause. Here I would note that the language of the exculpatory clause in *London Drugs* did not restrict the benefit of the clause to Kuehne & Nagel, but neither did it expressly extend the benefit to its employees.

[26] *London Drugs*, at page 448 sets out two requirements:

n'est pas précisé expressément dans le libellé en clair de la clause. En fait, traditionnellement, le principe du lien contractuel empêcherait que cette protection profite à M. Wright, président d'Oak Bay Marina Ltd., mais qui n'est pas partie au contrat. Les tribunaux ont toutefois accordé cette protection, dans certaines circonstances limitées, en invoquant les notions de fiducie et de mandat et l'exception relativement étroite au principe du lien contractuel établie dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

[25] Aucun élément de preuve ne suggère l'existence d'une relation de fiducie entre la personne morale contractante, Oak Bay Marina Ltd., et M. Wright. En fait, même si ce point a été abordé par l'avocat des demandeurs, il n'a pas été débattu par l'avocat des défendeurs. Il en est de même de la notion de mandat, produisant des effets qui profitent à des tiers, notion élaborée pour la première fois dans l'arrêt *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.), examinée plus en profondeur dans l'arrêt *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.) et adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 793, en vertu de laquelle il doit y avoir une intention claire de protéger un tiers dans un contrat conclu par un agent autorisé du tiers, et pour lequel le tiers a fourni une contrepartie. Il ressort clairement qu'aucun de ces critères n'est satisfait en l'espèce, puisque Robert Wright n'a pas donné de contrepartie ni demandé à Oak Bay Marina Ltd. de passer un contrat en son nom. Il a seulement voulu ou compris être protégé par la clause de non-responsabilité. Cela nous conduit à l'exception énoncée dans l'arrêt *London Drugs*, exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, lorsqu'il y a une intention d'étendre la protection d'une clause de non-responsabilité. J'aimerais souligner ici que le libellé de la clause de non-responsabilité dans l'arrêt *London Drugs* ne limitait pas l'effet bénéfique de la clause à Kuehne & Nagel, ni ne l'étendait expressément à ses employés.

[26] L'arrêt *London Drugs*, à la page 448 a établi deux conditions:

1) The limitation of liability clause must, either expressly or impliedly, extend its benefit to the employees (or employee) seeking to rely on it; and

2) the employees (or employee) seeking the benefit of the limitation of liability clause must have been acting in the course of their employment and must have been performing the very services provided for in the contract between their employer and the plaintiff (customer) when the loss occurred.

In commenting on these requirements Mr. Justice Iacobucci notes that it is the intention of the contracting parties which will determine whether the first requirement, the extension of the benefit to employees, has been met, although that extension may be either express or implied. Mr. Justice Iacobucci looks upon these requirements and the departure from the strict application of the privity of contract doctrine, as incremental changes in the common law.

[27] In *London Drugs* the right of employees to rely upon an exculpatory provision which did not name them as beneficiaries, was held to exist first, because there was an identity of interest with respect to contractual obligations and second, because London Drugs Ltd. knew that employees of Kuehne & Nagel would be involved in performing the contractual obligations. As such, those employees were not complete strangers to the exculpatory clause, rather they were held to be “unexpressed or implicit third party beneficiaries with respect to this clause” (at page 452).

[28] The plaintiffs submitted that the *London Drugs* exception to the privity of contract principle is a narrow one, referring to *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, a decision of the B.C. Supreme Court in which the employees of a landlord were not able to rely upon an exculpatory clause in a lease. While the landlord’s employees were acting in the course of their employment, there was, in the view of the Trial Judge, no intention to give the employees the benefit of insurance as extended to the landlord by the exculpatory provisions. However, after the hearing of this matter, the B.C. Court of Appeal reversed the decision in *sub nom. Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. No. 1655 (QL) [hereinafter *Laing*

1) La clause de limitation de la responsabilité doit expressément ou implicitement s’appliquer aux employés (ou à l’employé) qui cherchent à l’invoquer;

2) Les employés (ou l’employé) qui invoquent la clause de limitation de la responsabilité devaient agir dans l’exercice de leurs fonctions et exécuter les services mêmes que visait le contrat intervenu entre leur employeur et le demandeur (le client) au moment où la perte est survenue.

En commentant ces conditions, le juge Iacobucci note que c’est l’intention des parties contractantes qui déterminera si la première condition, à savoir l’extension de l’avantage aux employés, est remplie, bien que cette extension puisse être expresse ou implicite. Le juge Iacobucci considère ces conditions et la dérogation à l’application stricte du principe du lien contractuel comme une modification progressive de la common law.

[27] Dans l’arrêt *London Drugs*, le droit des employés d’invoquer une disposition de non-responsabilité qui ne les nommait pas comme bénéficiaires a été reconnu d’abord en raison du fait que les mêmes intérêts étaient partagés relativement aux obligations contractuelles, et ensuite en raison du fait que London Drugs Ltd. savait que des employés de Kuehne & Nagel participeraient à l’exécution des obligations contractuelles. Ces employés n’étaient pas parfaitement étrangers à la clause de limitation de responsabilité, mais étaient plutôt, «à l’égard de cette clause, des tiers bénéficiaires implicites» (à la page 452).

[28] Les demandeurs ont fait valoir que l’exception de l’arrêt *London Drugs* au principe du lien contractuel est une exception étroite, en invoquant la décision *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans laquelle les employés d’un propriétaire foncier ne pouvaient invoquer une clause de non-responsabilité dans un bail. Même si les employés du propriétaire agissaient dans l’exercice de leurs fonctions, il n’y avait pas, selon le juge de première instance, d’intention de faire profiter les employés de l’assurance étendue au propriétaire par les dispositions de non-responsabilité. Toutefois, saisie de cette question, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision rendue

Property] and specifically found that the employees met both parts of the *London Drugs* test, showing both an implied contractual intention that they benefit from the insuring clause in favour of their employer and that the negligent conduct alleged against them was performed in the course and scope of their employment and in the discharge of the services that the landlord was provided to give under the contract in question, a lease. However, the Court of Appeal, in extending the third party benefits, made no new law, but merely emphasized some aspects of *London Drugs* and differed from the Trial Judge as to the application of *London Drugs* to the facts.

[29] Dealing with the first portion of the requirements in *London Drugs*, that there must be an express or an implied extension of the benefit to the employees, Mr. Justice Finch, in writing the reasons for the Court of Appeal, noted, at paragraph 100, that:

A question to be asked is whether the contracting parties would normally expect that the service obligation of the contractor would be performed by its employees. Where there is an identity of interest between the employer and the employee and where the other party is aware of that identity of interest and would in the normal course of events expect the service to be performed by the employees, an intention to extend the benefit of any contractual protection to the employees will be implied. If it were not, the plaintiff would generally be able to circumvent the employer's contractual protection by suing the employees in tort. Such a result, in the language of *London Drugs*, "would be absurd".

Mr. Justice Finch [at paragraphs 104-105] went on to point out that the tenants in *Laing Property* knew that the services under the contract would be performed by employees of the landlord. This, in his view, showed an implied mutual intention, by the tenants and the landlord, that the landlord's employees would benefit from any protection under the leases and indeed that it would make no commercial sense to infer otherwise as the contract made it clear how the parties intended

dans l'affaire *sub nom. Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. n° 1655 (QL) [ci-après *Laing Property*] et conclu plus particulièrement que les employés satisfaisaient aux deux volets du critère élaboré dans l'arrêt *London Drugs*, établissant à la fois l'existence d'une intention contractuelle implicite de les faire bénéficier de la clause d'assurance en faveur de leur employeur, et que la conduite négligente qui leur était reprochée s'était produite dans l'exercice de leurs fonctions et à l'occasion de la prestation des services que le propriétaire était tenu de fournir en vertu du contrat en question, à savoir un bail. En étendant la participation de tiers à la clause, la Cour d'appel n'a toutefois pas élaboré du droit nouveau, mais a tout simplement souligné certains aspects de l'arrêt *London Drugs* et adopté une position différente de celle du juge de première instance quant à l'application de l'arrêt *London Drugs* aux faits de l'espèce.

[29] À l'égard de la première partie des conditions de l'arrêt *London Drugs*, en vertu de laquelle la clause doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés, le juge Finch, a noté, au paragraphe 100, dans ses motifs au nom de la Cour d'appel, que:

[TRADUCTION] Il faut se demander si les parties contractantes s'attendraient normalement à ce que l'obligation de prestation de services de l'entrepreneur soit remplie par ses employés. Lorsque l'employeur et ses employés partagent les mêmes intérêts et que l'autre partie est consciente de ce partage d'intérêts et qu'elle s'attendrait, dans le cours normal des événements, à ce que les services soient fournis par les employés, il y a lieu d'inférer une intention d'étendre le bénéfice de toute protection contractuelle aux employés. Autrement, le demandeur pourrait généralement être en mesure de contourner la protection contractuelle de l'employeur en engageant contre les employés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle. Pour reprendre les mots de l'arrêt *London Drugs*, «il serait absurde» de permettre un tel résultat.

Le juge Finch [aux paragraphes 104 et 105] a ensuite précisé que les locataires dans l'affaire *Laing Property* savaient que les services visés par le contrat seraient fournis par les employés du propriétaire. Selon lui, cela indiquait l'existence d'une intention mutuelle implicite, de la part des locataires comme du propriétaire, de permettre aux employés du propriétaire de bénéficier de toute protection prévue dans les baux, et effectivement il serait illogique sur le plan commercial

the risk of loss should be borne:

The fact is that the tenants paid for, and the owner provided, services under the leases, and the tenants knew that those services would be performed by employees of the landlord.

In these circumstances there was, in my view, an implied mutual intention on behalf of the tenants and the landlord that the landlord's employees would have the benefit of any contractual protection afforded by the leases. It would make no commercial sense to infer otherwise, as the insuring clauses clearly show how the parties intended the risk of loss should be borne. If the employees could be sued for their negligence in performing services provided for under the contract, the tenant (or their insurers) would be able to avoid the clear meaning of the leases. Employees, who would then bear the risk, would have had no opportunity to protect themselves by contract with the tenants or by insuring themselves against those risks which the contracting parties had already agreed would be borne by the tenants.

The Court of Appeal was of the view that this was a case in which it might properly be implied that the parties intended the landlord's employees to have the benefit of the contract. The Court then turned to the second part of the *London Drugs* test, being whether the employees were performing the very services provided for in the contract when the loss occurred. Mr. Justice Finch summed this up by saying, at paragraph 108:

As I have said, I do not see how the employees can be said to have been negligent as alleged while acting in the course and scope of their employment, and at the same time be said to be performing services that were not the very services which the employer had contracted to provide.

[30] Mr. Justice Finch [at paragraph 109] then makes a pertinent comment to the effect that the negligent conduct need not comprise all of the services contracted for:

As I understand the reasoning in *London Drugs*, I do not think it matters that the negligent conduct alleged does not comprise all of the services for which the landlord contracted, nor that the services provided were discretionary on the part of the landlord. For example, where the contract required one party to "inspect and maintain", and the only

de penser autrement, puisque le contrat énonçait clairement la façon dont les parties entendaient répartir le risque de perte:

[TRADUCTION] Le fait est que les locataires payaient pour les services prévus dans les baux et fournis par le propriétaire, et que les locataires savaient que ces services seraient exécutés par les employés du propriétaire.

Dans ces circonstances, il y avait, à mon avis, une intention mutuelle implicite de la part des locataires et du propriétaire de faire bénéficier les employés du propriétaire de toute protection contractuelle visée par les baux. Il serait illogique sur le plan commercial de conclure autrement, puisque les clauses d'assurance montrent clairement comment les parties entendaient répartir le risque de perte. Si les employés pouvaient être poursuivis pour négligence dans leur prestation de services prévus au contrat, le locataire (ou ses assureurs) pourraient être en mesure de contourner le sens évident de ces baux. Les employés, qui supporteraient alors le risque, n'auraient aucune possibilité de se protéger par contrat avec les locataires ou en s'assurant eux-mêmes contre ces risques que les parties contractantes avaient déjà convenu de faire assumer par les locataires.

La Cour d'appel a jugé qu'il s'agissait d'une espèce où il pouvait y avoir lieu de supposer que les parties entendaient permettre aux employés du propriétaire de bénéficier du contrat. La Cour s'est ensuite penchée sur la deuxième partie du critère de l'arrêt *London Drugs*, la question de savoir si employés exécutaient les services mêmes que visait le contrat au moment où la perte est survenue. Le juge Finch, au paragraphe 108, a résumé cette question en ces termes:

[TRADUCTION] Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, je ne puis voir comment les employés peuvent être accusés d'avoir été négligents en agissant dans l'exercice de leurs fonctions et le cadre de leur emploi et, en même temps, se voir reprocher d'exécuter des services qui n'étaient pas les services mêmes que l'employeur s'était engagé par contrat à fournir.

[30] Le juge Finch [au paragraphe 109] fait ensuite un commentaire pertinent sur le fait qu'il n'est pas nécessaire que la conduite négligente comprenne tous les services que visait le contrat:

[TRADUCTION] Selon mon interprétation du raisonnement de l'arrêt *London Drugs*, il importe peu que la conduite négligente alléguée ne comprenne pas tous les services que le propriétaire s'est engagé par contrat à fournir, ou que les services visés soient laissés à la discrétion du propriétaire. Par exemple, lorsque le contrat oblige une partie à «inspec-

negligence complained of was in failing to maintain, it could not be said that the maintenance services were not the very services called for by the contract. Similarly, where, as here, the contract confers a discretion on the landlord to provide some or all of a variety of services for which the tenants pay and the landlord chooses to provide some of those services and not others, it could not be said that the services so provided at the landlord's discretion were not the very services called for under the lease. [Emphasis added.]

Mr. Justice Finch concluded that the employees met both parts of the *London Drugs* test and would have the benefit of the insuring clauses, thus making them immune to suit.

[31] Mr. Justice Finch went on to consider *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.*, [1980] 2 S.C.R. 228, however the application of that analysis, to the present situation, adds nothing. I now turn to an application of all of this, both *London Drugs* and *Laing Property*, to the present instance.

[32] The first *London Drugs* requirement, applicable here, is whether, by implication, the benefit of the exculpatory clause extends to Robert Wright. Mr. Wright, while president of the company, was also an employee in that he, himself, redesigned the marina when the renovations were made, including giving instructions for and taking responsibility as to the placement of the piling. Mr. Wright's evidence is that there was an intent, on his part, that he have the same exemption from liability as his company. I believe this intent to be *bona fide*, for it would be absurd, in the case of a company wholly owned by its president, that the company be exempt from a major liability but that the president, who was closely involved in a company's operations, or for that matter the insurers, be open to the same liability. But the second half of the equation is whether the intention was mutual. Here there was some good discovery conducted on the part of the defendants.

[33] Mr. Dryburgh acknowledges that Oak Bay Marina Ltd. would act through its employees. As Mr.

ter et à entretenir», et que la seule négligence reprochée a trait à l'omission d'entretenir, on ne peut dire que les services d'entretien n'étaient pas les services mêmes que visait le contrat. De même, lorsque, comme en l'espèce, le contrat accorde au propriétaire une certaine discrétion quant à la prestation d'une partie ou de la totalité de divers services pour lesquels les locataires paient, et que le propriétaire choisit de fournir certains services et de ne pas fournir certains autres, on ne peut dire que les services ainsi fournis à la discrétion du propriétaire n'étaient pas les services mêmes que visait le bail. [Soulignement ajouté.]

Le juge Finch a conclu que les employés avaient rempli les deux volets du critère énoncé dans l'arrêt *London Drugs* et qu'ils bénéficiaient des clauses d'assurance, ce qui les mettait à l'abri de la poursuite.

[31] Le juge Finch s'est ensuite penché sur l'affaire *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie et autre*, [1980] 2 R.C.S. 228, mais l'application de cette analyse à la présente espèce n'ajoute rien. Je passe maintenant à l'application de toute cette jurisprudence, tant l'arrêt *London Drugs* que l'arrêt *Laing Property*, à la présente espèce.

[32] La première condition de l'arrêt *London Drugs*, applicable en l'espèce, concerne la question de savoir si, implicitement, le bénéfice de la clause de non-responsabilité s'étend à Robert Wright. M. Wright, tout président de la société qu'il était, en était aussi un employé en ce qu'il a lui-même conçu le réaménagement de la marina au moment où les renovations ont eu lieu, notamment en donnant des instructions et en assumant la responsabilité de la mise en place des pieux. Selon son témoignage, M. Wright avait l'intention de bénéficier de la même exonération de responsabilité que sa société. Je suis persuadé que cette intention était de bonne foi, puisqu'il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée d'une responsabilité majeure, mais que le président, qui était engagé de près dans l'exploitation de la société, ou encore les assureurs, soient assujettis à la même responsabilité. Toutefois, le deuxième volet a trait à la question de savoir si l'intention était mutuelle. À cet égard, les défendeurs ont tenu un bon interrogatoire préalable.

[33] M. Dryburgh reconnaît qu'Oak Bay Marina Ltd. pouvait agir par l'intermédiaire de ses employés. Ainsi

Justice of Appeal Finch pointed out in *Laing Property*, where there is a contract to provide services and where the employees have the primary responsibility for performing those contractual obligations, the employees' interests are the same as those of the employer. That is the case here.

[34] The second factor that Mr. Justice Finch considered was whether the contracting parties would expect the services under the contract to be performed by the contractor's employees. That again is the situation here, for Mr. Dryburgh not only expected that Oak Bay Marina Ltd. would act through its employees, but indeed he knew Robert Wright very well, as the owner of Oak Bay Marina Ltd. All of this goes at least as far as the first *London Drugs* requirement, either as applied in *London Drugs* itself at page 452 or as applied by Mr. Justice Finch in *Laing Property*.

[35] Turning to the second requirement that an employee seeking the benefit of the contract must have acted in the course of his or her employment and must have performed the very services provided for in the contract, the facts here establish that to be the case in the instance of Robert Wright. Mr. Dryburgh did not look to the employees to be responsible for the *Three Martletts* and indeed the moorage contract makes it clear that such is the duty of the vessel owner. The contract was for the provision of moorage, in effect a license to use a designated berth or boathouse. However, both parties were in agreement that there was more to what Mr. Dryburgh expected to receive and Oak Bay Marina Ltd. expected to provide. As I have pointed out, Mr. Dryburgh expected berths that were properly and safely built and maintained, to meet prevailing Canadian safety standards, such that they would withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions. Mr. Robert Wright had been directly involved in the building of the marina as it presently stands. His evidence is that, on redesigning the marina, he wanted to build a high quality marina, a product which would be bought (discovery, at page 75) and that he had the full and final say in the reconstruction, including where the pilings would go,

que l'a souligné le juge Finch dans l'arrêt *Laing Property*, lorsqu'un contrat prévoit la prestation de services et que les employés ont la responsabilité principale d'exécuter ces services contractuels, les intérêts des employés sont les mêmes que ceux de l'employeur. C'est le cas en l'espèce.

[34] Le deuxième facteur examiné par le juge Finch concerne la question de savoir si les parties contractantes s'attendaient à ce que les services visés par le contrat soient rendus par les employés de l'entrepreneur. C'est, encore une fois, le cas en l'espèce, puisque non seulement M. Dryburgh s'attendait à ce qu'Oak Bay Marina Ltd. agisse par l'intermédiaire de ses employés, mais en fait il connaissait très bien Robert Wright comme propriétaire d'Oak Bay Marina Ltd. Tous ces éléments satisfont à tout le moins à la première condition énoncée dans l'arrêt *London Drugs*, telle qu'elle a été appliquée dans l'arrêt *London Drugs* lui-même, à la page 452, ou par le juge Finch dans l'arrêt *Laing Property*.

[35] En ce qui a trait à la deuxième condition, exigeant que l'employé qui cherche à bénéficier du contrat ait agi dans l'exercice de ses fonctions et ait rendu les services mêmes que visait le contrat, les faits de l'espèce établissent que c'est le cas pour Robert Wright. M. Dryburgh ne s'attendait pas à ce que les employés soient responsables du *Three Martletts* et, en fait, le contrat d'amarrage énonçait clairement que cette obligation relevait du propriétaire du bateau. Le contrat prévoyait la prestation de services d'amarrage, et constituait en fait une licence pour l'utilisation d'un poste d'amarrage ou d'une remise à bateaux. Toutefois, les deux parties convenaient qu'il y avait plus à ce que M. Dryburgh s'attendait à recevoir et à ce qu'Oak Bay Marina Ltd. s'attendait à fournir. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, M. Dryburgh s'attendait à ce que les postes d'amarrage soient construits et entretenus de façon adéquate et sécuritaire, qu'ils respectent les normes de sécurité canadiennes en vigueur et qu'ils résistent à toutes les conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles. M. Robert Wright avait été directement engagé dans la construction de la marina telle qu'elle existe à l'heure actuelle. Selon son témoignage, en réaménageant la marina, il voulait construire une marina de

with no other employees exercising any decision making in that regard (paragraph 8 of 14 April 1999 affidavit). This work by Robert Wright, going toward the properly and safely built marina is, as I say, part of what Mr. Dryburgh contracted for. As Mr. Justice of Appeal Finch pointed out in *Laing Property* the negligent conduct alleged need not comprise all of the services contracted for.

[36] All of the circumstances taken into account and *London Drugs* applied, including as applied in *Laing Property*, I am of the view that Mr. Robert Wright should have the benefit of the exculpatory clause, along with his company for the negligent conduct alleged against him was in the course of his work with the company and in the discharge of the very services which Oak Bay Marina Ltd. not only undertook under the contract but also was expected to provide in the view of Mr. Dryburgh.

CONCLUSION

[37] I am not particularly an advocate of artificially extending exculpatory clauses beyond their intended scope. However, there is sense in having losses fall where the parties to a contract so designate. This relaxation of the doctrine of privity of contract is consistent with the view of *London Drugs* expressed by the Supreme Court of Canada in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108 and particularly the Court's views as to the incremental change to the common law doctrine of privity of contract at page 124. Given that corporate parties perform their services through employees, at least to some degree, here excepting contracted work performed by some undesignated subcontractor, a situation outside of the *London Drugs* case, it is sensible that a party to a contract not be able to avoid the incidence of loss by suing individuals doing the actual work as employees or as hands-on executives

haute qualité, un produit qui serait acheté (interrogatoire préalable, à la page 75) et il avait tout pouvoir décisionnel et final sur la reconstruction, y compris l'endroit où devaient être mis les pieux, et aucun autre employé n'avait exercé quelque pouvoir décisionnel à cet égard (paragraphe 8 de l'affidavit du 14 avril 1999). Ce travail de Robert Wright, en vue de produire une marina construite de façon adéquate et sécuritaire, était, pour ainsi dire, en partie ce pourquoi M. Dryburgh avait passé un contrat. Ainsi qu'il a été mentionné par le juge Finch de la Cour d'appel dans l'arrêt *Laing Property*, il n'est pas nécessaire que la conduite négligente alléguée comprenne tous les services que vise le contrat.

[36] Après avoir pris en considération toutes les circonstances et avoir appliqué l'arrêt *London Drugs*, y compris la façon dont il a été appliqué dans l'affaire *Laing Property*, j'estime que M. Robert Wright devrait pouvoir invoquer la clause de non-responsabilité, à l'instar de sa société, car la conduite négligente alléguée contre lui a eu lieu dans l'exercice de son travail pour la société et dans l'exécution des services mêmes que non seulement Oak Bay Marina Ltd. a entrepris en vertu du contrat, mais que M. Dryburgh s'attendait à ce qu'elle lui fournisse.

CONCLUSION

[37] Je ne suis pas particulièrement en faveur d'étendre artificiellement des clauses de non-responsabilité au-delà de leur portée projetée. Toutefois, il est logique de voir les pertes réparties de la façon prévue par les parties au contrat. Cet assouplissement de la règle du lien contractuel est en harmonie avec la conception de l'arrêt *London Drugs* exprimée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, et particulièrement avec l'opinion de la Cour quant à la modification progressive de la règle du lien contractuel en common law, à la page 124. Comme les personnes morales parties à un contrat rendent leurs services par l'intermédiaire de leurs employés, au moins jusqu'à un certain point, en l'espèce, exception faite de tout travail imparti effectué par quelque sous-traitant non désigné, situation qui n'est pas visée par l'arrêt *London Drugs*, il est logique

and owners. Otherwise one has the absurd situation, referred to by Mr. Justice Iacobucci at page 444 of *London Drugs*, of a party to a contract going “around the limitation of liability clause by suing the respondent employees in tort”.

[38] In the present instance the exculpatory clause in the mooring agreement covers Oak Bay Marina Ltd. It also covers Mr. Robert Wright, an officer and hands-on owner of the company, who performed, in part, the work and services and designed and built the structures which the parties intended be provided under the moorage agreement. Thus, the motion for summary judgment is dismissed, with one set of costs in favour of Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright.

[39] I thank counsel for the effort put into the preparation of material and for their excellent argument.

qu’une partie à un contrat ne puisse éviter l’effet d’une perte en engageant des poursuites contre les personnes physiques qui s’acquittent effectivement du travail, à titre d’employés ou de cadres et de propriétaires actifs. Autrement, cela conduirait à la situation absurde, à laquelle le juge Iacobucci a fait référence, à la page 444 de l’arrêt *London Drugs*, où il serait permis à une partie «de contourner une clause de limitation de la responsabilité en engageant contre les employés intimés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle.»

[38] Dans la présente espèce, la clause de non-responsabilité du contrat d’amarrage couvre Oak Bay Marina Ltd. Elle couvre aussi M. Robert Wright, cadre et propriétaire actif de la société, qui a réalisé, en partie, les travaux et les services et conçu et construit les structures sur lesquels les parties se sont entendues dans le contrat d’amarrage. La requête en jugement sommaire est par conséquent rejetée, avec un mémoire de dépens en faveur d’Oak Bay Marina Ltd. et de Robert Wright.

[39] Je remercie les avocats pour l’effort consacré à la préparation du matériel et pour leur excellente argumentation.

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

Motion to remove Gowling, Lafleur & Henderson as solicitors of record—Main action for infringement of copyright—Plaintiff performing rights society granting licences for performance of musical works in repertoire—Commenced action in 1992 alleging Landmark Cinemas of Canada Ltd., operator of motion picture theatres, performed, continues to perform plaintiff's works without licence, payment of performance rights fees—Grounds for defendant's motion direct telephone communications taking place unbeknownst to Landmark's counsel between Ms. Melany Peech, member of Gowling, and Brian F. McIntosh, director and officer of corporate defendant, and two staff members—Ms. Peech's telephone calls relating to operation, management of certain theatres, relationship to defendant—At time she contacted defendant, Ms. Peech student-at-law working out of Gowling's Calgary office, acting on instructions of Robert Housman, barrister and solicitor in same Calgary office—Codes of professional conduct governing barristers and solicitors provide lawyer aware party adverse in interest represented by counsel must not communicate with party regarding substance of controversy between parties otherwise than with consent of opposing counsel—Applicable test whether on facts, fair-minded, reasonably informed member of public would conclude proper administration of justice requires disqualification of solicitor of record—Breach of rules of conduct best left for determination by appropriate Law Society—Right to counsel of one's choice ought not to be supplanted without regard to character, gravity, consequences of impugned conduct for parties' rights—At least, intimation of mischief, potential for injustice has to be demonstrated—Ms. Peech not aware Landmark defendant in ongoing action, Mr. McIntosh president of Landmark, represented by counsel—While clearly in error, Ms. Peech's conduct unwitting, not deceitful—As to exchange of damaging information, Ms. Peech did not obtain information relevant to litigation—No evidence Ms. Peech instructed by counsel to make calls with disingenuous purpose or indeed at all—Defendant has not made out real, apprehended mischief, injustice, harm to

BARRISTERS AND SOLICITORS—Concluded

parties' rights in action stemming from prohibited communications—Mr. McIntosh's own evidence, conduct difficult to reconcile—Fair-minded member of public, in possession of all facts herein, would not conclude fair administration of justice requires Court's intervention in favour of defendant—Motion dismissed.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. LANDMARK CINEMAS OF CANADA LTD. (T-633-92, Aronovitch P., order dated 2/10/00, 20 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Permanent Residents

Application for judicial review of IRB Appeal Division (IRB) decision refusing applicant's request for adjournment to permit counsel to appear and represent him, and proceeding to cancel earlier stay of deportation order, dismissing his appeal, and directing removal order be executed as soon as reasonably practical—Applicant, native of Portugal, landed in Canada at age of 2 in 1974—Did not become citizen and ordered deported in 1996 because of criminal activity—IRB determined, on basis of H & C considerations, applicant ought not to be removed and ordered applicant re-attend in 1998 for oral review of circumstances of case—Could not attend in 1998 for oral review as in custody on new criminal charge—Applicant's brother attended to explain absence, tribunal first postponed review to date to be set by registrar, then matter rescheduled on peremptory basis on date fixed without agreement of applicant's counsel, despite IRB's efforts to seek to confirm convenient date with counsel—Applicant's counsel, engaged in murder trial, later requested adjournment—Adjournment denied by IRB member not associated with hearing panel—On scheduled date, applicant appeared without counsel and IRB took decisions attacked

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

herein—Application allowed—Denial of adjournment, in circumstances of case, denied applicant fair opportunity to be represented by counsel—Decision denied procedural fairness to applicant at that stage—Absence of evidence of prejudice not indicating no serious lack of fairness in process—Panel's decision to set re-hearing on peremptory basis hard to justify, particularly when date of renewed hearing later set by IRB without agreement of counsel for applicant, known to IRB's schedulers, and known to be engaged in murder trial—Circumstances of case clearly within principle supported by *Calles v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 131 N.R. 69 (F.C.A.) where Court intervened and set aside decision of adjudicator who refused adjournment in circumstances clearly showing applicant had done everything in his power to be represented by legal counsel and that short adjournment would have enabled that to be accomplished—In *Gargano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 85 F.T.R. 49 (F.C.T.D.), Trial Division judge set aside IRB decision where IRB had failed to provide requested adjournment in order that applicant might retain counsel, finding decision resulted in denial of fair hearing and breach of rules of natural justice, despite Board's having set down hearing peremptorily.

SOUSA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5064-99, MacKay J., order dated 19/9/00, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

After initial visa officer "provisionally accepted" applicant on selection criteria, second visa officer unsatisfied with decision concerning academic qualifications and sought further information from applicant and second interview with her—Applicant seeking *mandamus* requiring visa officer to complete processing without reopening decision; also seeking relevant declaratory orders—Applicant arguing selection criteria cannot be reopened for reconsideration by second visa officer as visa officer who made selection *functus officio*—Alternatively, arguing reopening decision breach of duty of fairness or natural justice—Application dismissed—*Functus officio* applying to final decisions—Herein, final decision issuance of visa to potential immigrant, and visa officer issuing visa must be satisfied selection criteria have been met—Here, second visa officer making final decision became statutorily obligated to assess applicant's application for permanent residence before issuing visa—Furthermore, second visa officer conveyed concerns to applicant and gave her opportunity to respond—Thus, no breach of fairness.

BRYSENKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5139-99, Reed J., order dated 14/9/00, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Judicial review of CRDD's determination applicant's claim for Convention refugee status abandoned—Applicant, Mexican citizen, claiming asylum in June 1999—Determined eligible to have claim put before CRDD on July 22, 1999—Received "refugee kit" including personal information form (PIF) August 22 or 23, 1999—Applied for legal aid September 14, 1999—On September 17, 1999 CRDD issued notice to appear for abandonment of Convention refugee claim—Hearing date set for October 26, 1999—Applicant met with counsel on October 6, 1999, and PIF submitted October 21, 1999 along with letter requesting extension of time for filing PIF—Counsel unable to appear for hearing—No adjournment requested—Immigration Act, s. 46.03(2) requiring Convention refugee claimant to provide Refugee Division with information required by rules, in manner and within period set out in rules made under s. 65(1)—S. 69.1(6)(b) permitting CRDD to declare claim abandoned where claimant not providing information referred to in s. 46.03(2)—By referring to s. 46.03(2) and not expressly limiting its reference, s. 69.1(6)(b) necessarily encompassing all of that section within own ambit—Applicant not providing CRDD with required information in required manner—Material not filed, but submitted—Not before CRDD until extension of time granted—Therefore CRDD not erring in holding abandonment show cause hearing on basis of s. 69.1(6)(b)—But panel not expressly contemplating requested application for extension—S. 69.1(6)(b) incorporating by reference s. 46.03(2), in turn incorporating by reference s. 65(1)—S. 65(1)(c) empowering Deputy Chairperson of CRDD to make rules governing, *inter alia*, information required under s. 46.03(2)—Thus CRDD Rules incorporated by reference within both ss. 46.03(2), 69.1(6)(b)—R. 14(2)(b)(iii) requiring information to be filed within 28 days from day on which form served—R. 38 permitting Refugee Division to shorten, extend time limit—CRDD should not have restricted scope of hearing solely to whether r. 14(2)(b)(iii) complied with, but should also have enquired into r. 38 in order to provide for full, proper hearing, following applicant's application for extension—May be argued panel implicitly considered application for extension of time by questioning him as to why failed to file PIF in timely manner and ultimately determining claim abandoned—But not apparent from reasons panel turned its mind to issue of whether extension should be granted in order to provide for full and proper hearing as required by r. 38—Application allowed on basis panel not expressly considering, determining applicant's application for extension under r. 38—As application allowed, not necessary to determine whether questions should be certified—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.03(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 37), 65(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55), 69.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

c. 49, s. 60)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, rr. 14(2), 38.

LOPEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5716-99, Teitelbaum J., order dated 18/9/00, 13 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Action for declaration plaintiff Canadian citizen—By virtue of birth in Ontario in 1935 plaintiff British subject—When Canadian Citizenship Act came into force in 1947 became Canadian citizen—In 1957 married American citizen, received “green card” permitting her to live, work in United States—Green card renewed on annual basis until 1968—In 1968 husband selected for foreign job posting at American Embassy in London, England—American government “policy” spouses of American civil servants posted abroad should be American citizens—Plaintiff attending at Federal Courthouse in New York City on June 11, 1968 to complete forms, answer questions in connection with application for citizenship—Upon leaving courthouse, plaintiff hospitalized—Following day second son born six weeks premature—On June 24, 1968 plaintiff attending formal citizenship ceremony, swearing oath of allegiance to United States of America, assuming American citizenship—Departed United States for London on August 7, 1968—Four years later moved back to United States—In 1976 plaintiff, husband divorced—In 1978 plaintiff, children moved back to Canada—Immigration lawyer advising her no longer Canadian citizen—Applied for permanent resident status—No record of landing being issued to plaintiff—Late in 1978 plaintiff took children to live with father in Montréal, moved back to United States where lived until 1983—In 1983 moved back to Canada where has lived continuously since—Canadian Citizenship Act, s. 15 providing Canadian citizen ceasing to be Canadian citizen when, outside of Canada by any voluntary and formal act other than marriage, acquiring nationality of country other than Canada—Whether plaintiff “by any voluntary act” acquired American citizenship—Plaintiff arguing operating under duress because of pressures of personal situation, including premature delivery of son, subsequent illness, hospitalization, awareness of husband’s desire for foreign posting and own wish to support husband’s ambitions, task of dismantling home in New York and preparing to move with two small children to foreign country—Not seeking any advice prior to taking oath of allegiance on June 24, 1968—*Stott v. Merit Investment Corp.* (1988), 63 O.R. (2d) 545 (C.A.) holding three facts must be established before finding of duress can be made: (1) pressure must amount to coercion of will; (2) pressure must be illegitimate; (3) party seeking relief must have taken steps to avoid act complained

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

of—*Pao On v Lau Yiu*, [1979] 3 All ER 65 (P.C.) holding four factors must exist to support finding of coercion of will—Applying *Pao On* test: (1) plaintiff not raising any objections to request by husband’s employer she become American citizen; (2) plaintiff had number of alternative courses available to her other than proceeding with application for American citizenship i.e. could have refused, sought advice, requested more time to deal with request to change citizenship, particularly having regard to advanced stage of pregnancy, advised husband she would join him later in London; (3) plaintiff sought no advice from anyone, although reasonable to expect her to have made inquiries concerning effect of assuming American citizenship on status as Canadian as not unsophisticated young person; (4) plaintiff could have sought advice as to status upon arrival in London since appropriate time frame in which to examine issue of duress from June 10 to late August 1968—Although economic duress recognized as form of duress, no evidence plaintiff would have been left without financial support if had decided to refuse request to assume American citizenship—Plaintiff not meeting test for “coercion of mind”—Plaintiff experiencing high degree of personal pressure at that time, but pressures of family life not characterized as illegitimate in sense of offending any law—Plaintiff took no steps within reasonable time frame to avoid consequences of assuming American citizenship—Therefore assumed American citizenship by voluntary act—Action dismissed—Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1952, c. 33, s. 15.

MCNEIL V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T-7245-92, Heneghan J., judgment dated 15/9/00, 19 pp.)

Convention Refugees

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee and no credible basis for claim—Applicant, citizen of Cameroon, alleged fear of persecution because of political opinion—CRDD finding applicant had not discharged burden of proof, his testimony was not credible and he had not proved political involvement with opposition party, SDF—CRDD finding that, having determined applicant not credible, it could reject claim and subsequently make finding of no credible basis—Application allowed—CRDD erring in assessment of evidence and drawing unreasonable inference against applicant—*Obiter*: in finding no credible basis for claim, relying on *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.), CRDD erring in law by giving Immigration Act, s. 69.1(9.1) interpretation no longer justified by *Sheikh*, as case decided in 1990 under completely different legislative framework (s. 46.01(6)), before 1992 amendments to Immigration Act—Since that time, two-level system no longer exists, and finding of no credible basis has very serious consequences: instead of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

automatic stay of removal order and eligibility for consideration under procedures with respect to claimant denied refugee status in Canada, applicant now entitled only to seven-day stay of execution of removal order—*Sheikh* holding that when only evidence linking applicant to harm alleged is found in claimant's own testimony and claimant found to be not credible, CRDD may, after examining documentary evidence, make general finding of no credible basis for claim—Where independent and credible documentary evidence exists, CRDD may not make finding of no credible basis—In this case, CRDD erring in law in applying general statement from *Sheikh* to case which should have been dealt with under new legislative framework, without even conducting analysis it recommended—Immigration Act, new s. 69.1(9.1) also requiring analysis of all evidence, both objective and subjective—CRDD had obligation to assess all evidence and to expressly state reasons leading to finding of no credible basis—By failing to assess all evidence (CRDD failed to mention existence of medical report which corroborated applicant's story regarding mistreatment he suffered at hands of Cameroonian authorities while detained), both subjective and objective, and by focusing exclusively on applicant's testimony, CRDD committing error subject to judicial review—Immigration Act, R.S.C., c. I-2, ss. 46.01(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 69.1(9.1) (as enacted *idem*, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

FOYET V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3004-99, Denault J., order dated 3/10/00, 12 pp.)

Judicial review of senior immigration officer's decision pursuant to Immigration Act, s. 46.4—S. 46.4 providing when satisfied decision person eligible to claim refugee status based on fraud or misrepresentation of material fact, senior immigration officer shall find person ineligible and so notify Refugee Division—On notification refugee status null, void—Refugee Division granting applicant refugee status in December 1997—In April 1999 senior immigration officer learning applicant resident in France, in possession of French document conferring refugee status on her when applied for refugee status in Canada—Not disclosing status in France in application here, but alleging mistreatment in Sri Lanka during time in question—S. 46.01(1)(a) providing person not eligible to make refugee claim in Canada if recognized as Convention refugee by another country to which can be returned—Call-in notice sent to applicant requesting attendance at interview May 7, 1999—Although no disclosure in notice of concerns about applicant's ineligibility to have had claim referred to Refugee Division for determination, counsel informed of those concerns by phone—Immigration officer refusing to reschedule interview to accommodate counsel—Another lawyer from firm accompanied applicant to interview—At interview applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

questioned about whereabouts during relevant time, shown documents giving rise to concerns, told to obtain properly verified documentation from Sri Lanka to support claim—After reviewing file on May 21, counsel informing immigration officer advised applicant to obtain documentation from Sri Lanka confirming residence there—On June 10, counsel informing immigration officer did not know when documentation expected—On June 16 immigration officer made decision—On July 30 Board sent applicant notice of cancellation of refugee status—Application dismissed—(1) Procedure not unfair—(i) Adequate, full disclosure—Applicant informed, through disclosure to counsel of immigration officer's concerns—Knew as of May 7 immigration officer relying on visa application filed in France, details of documentation relating thereto—Also knew officer believed one of her sons born in France and Sri Lankan birth certificate fraudulent—Applicant given opportunity to respond, produce documentation in response—(ii) Applicant not denied counsel as accompanied by counsel—No right to counsel for purposes of May 7 interview, but even if right to counsel, no obligation on immigration officer to schedule interview to fit counsel's schedule—(iii) Applicant questioned about documentation now part of her file—Given ample opportunity to respond—Questions straightforward, not requiring reflection to answer—(iv) Assertion disclosure incomplete because counsel not seeing file until May 21 not well-founded—Assumes May 7 interview hearing of quasi-judicial nature upon which decision solely based—Interview more accurately characterized as information-exchange session, after which applicant given opportunity to respond to allegations with respect to status at time found eligible to have claim determined—Whole procedure administrative, having several component parts—Not useful to focus on one component, treat it as quasi-judicial hearing—(v) Applicant given adequate opportunity to respond—Immigration officer not required to wait indefinitely to make decision because assertions documents may be coming, especially when officer having convincing documentary evidence applicant perpetrated fraud, misrepresented facts when applied for refugee status—(2) Applicant arguing s. 46.4 procedure breach of Charter, s. 7 because allowing immigration officer to revoke Refugee Division decision—Logic of statutory scheme that decisions made by panel of Refugee Division revokable by it, decision made by senior immigration officers revokable by them—Decisions of latter type less complex, more amenable to decision by administrative process than former—Issue before senior immigration officer narrow, precise—Easily determined without formal quasi-judicial procedure appropriate for determination of more complex issues—Case law of this Court indicating s. 46.4 decision not engaging Charter, s. 7—Security of person not at issue as result of s. 46.4 decision because risk assessment will follow decision before person deported—If at risk will not be returned to country from which came—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C.,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 36), 46.4 (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 11)—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. 7.

MURUGESU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3368-99, Reed J., order dated 15/9/00, 10 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1999), 170 F.T.R. 308) dismissing application for judicial review CRDD decision denied claim for Convention refugee status—Claim based on alleged persecution suffered because mother Jewish denied on basis of existence of internal flight alternative in Moldova—Certified question: May Board panel adopt same reasoning as other panel faced with same documentary evidence as basis for finding existence of internal flight alternative in same country?—Appeal dismissed—Question must be answered in affirmative, where documentary evidence virtually same in both cases, as here—While panel cannot blindly adopt factual findings of other panels, where question one of fact-finding concerning general country conditions at approximately same time, however, panel may rely on reasoning of earlier panel on same documentary evidence—Where analysis of one panel on same evidence on such question commending itself to later panel, no legal bar to second panel relying on it—However, technique, used herein, of appending part of reasons of first panel to reasons of second correctly described as “unusual”; shortcut practice that should not be used—Adoption of another panel’s reasoning in circumstances herein not signifying failure by panel to exercise independent judgment.

KOROZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-390-99, Linden J.A., judgment dated 3/10/00, 3 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of visa officer’s decision refusing application for permanent residence on basis applicant inadmissible in Canada—Issue whether visa officer erred in law in determining offences for which applicant convicted in Germany (obtaining conveyance by means of transport surreptitiously with intention of not paying charge punishable pursuant to Penal Code, ss. 265, 248) equivalent to convictions pursuant to Criminal Code, s. 393(3)—Application allowed—*Hill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 73 N.R. 315 (F.C.A.) applied as to equivalency: first, by comparison of precise wording of each statute both through documents and, if available, through evidence of experts in foreign law and determining therefrom essential ingredients of respective offences—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Senior analyst consulted by visa officer uncertain whether obtaining transportation by false pretences or fraud had equivalent essential element in German offence—Faced with incomplete analysis, visa officer concluded applicant, like all residents of Germany, know they must pay for public transit; to be caught 3 times quite exceptional—In general, essential elements of offence *actus reus, mens rea*—Visa officer erred by importing into analysis above-mentioned considerations not relevant to determination of essential elements of offence—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 393(3)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

POPIC V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5727-98, Hansen J., order dated 14/9/00, 4 pp.)

Application for judicial review of visa officer’s decision applicant not “dependent daughter” within meaning of Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)—Whether, at relevant time, applicant “in attendance” as full-time student in academic, professional, vocational program at university, college, other educational institution—Issue arising in part because of conflicting decisions in F.C.T.D.—Notion of “qualitative” assessment of attendance adopted by Gibson J. in *Khaira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 257 (F.C.T.D.) and in *Malkana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1659 (T.D.) (Q.L.)—Visa officer must consider credibility of applicant who claims to be enrolled, in attendance as full-time student—“Attendance” necessarily implies physical, mental presence—Visa officer alone must assess credibility of applicant, weight to be given to evidence adduced on applicant’s behalf—Visa officer’s decision on issue of applicant’s lack of knowledge of English not reasonable—Inconsistencies between visa officer’s refusal letter and CAIPS notes unexplained—Visa officer’s decision on factual issues not reasonably supported by evidence—Application allowed—Immigration Regulations, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/92-101, s. 1) “dependent daughter”.

CHEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-470-99, Sharlow J.A., order dated 29/8/00, 6 pp.)

Application for judicial review of decision by visa officer at Canadian High Commission in Nairobi, Kenya, rejecting application for permanent residence—Applicant asked to be assessed in intended occupation, Technical Sales Specialist, Wholesale Trade under National Occupational Classification (NOC) system code 6221.0—Visa officer interpreting words “usually required” in NOC as “is required”—Erred in interpreting “usually required” as mandatory, in failing to assess whether applicant’s education, training, experience would compensate for his not having “usually required”

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

education found in employment requirements for intended occupation—Application allowed.

MOHAMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2575-99, Hansen J., order dated 16/10/00, 5 pp.)

Humanitarian and compassionate considerations

Application for judicial review of refusal of H & C application on ground of unreasonableness—Applicant, citizen of Pakistan, wife, citizen of Iran, and child arrived in Canada in 1998 and claimed Convention refugee status—Rejected by CRDD—Applications to be members of Post-Determination Refugee Claimants in Canada class rejected in October 1999—After made H & C application, wife gave birth to second child—H & C application refused in December 1999 on ground they had entered Canada illegally; found by both CRDD and Post-Claim Determination Officer (PCDO) not to be at risk in Iran or Pakistan; although applicant started up business, economic self-sufficiency not sufficient to justify positive exercise of discretion; applicant received social assistance although not needed and applied for extended benefits under Federal Health Care Programme, despite having substantial bank balance; family in good health, able to travel—Considered welfare of newborn Canadian child, noting decision to have child made with knowledge of uncertain status; child will keep Canadian citizenship wherever family resides; eldest child should have no difficulty in adjusting to life in Pakistan or Iran—Application allowed—Although officer did not mention possibility of applicant having to sell business, factor not of such critical importance to exercise of discretion as to make it unreasonable to have failed to mention it—As to receipt of social assistance, applicant explained proceeds from sale of business in Pakistan not available until family in Canada for several months—Officer's treatment of this issue not in itself ground for setting aside decision—Factor of insufficient importance to justify setting decision aside—As to consideration of best interests of children in light of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, officer entitled to accept findings of Board and PCDO that, if required to return, applicants or their children would not be seriously at risk of persecution—However, officer's observation on decision to have second child in Canada, knowing their precarious immigration status, inappropriate, as legally irrelevant factor in due consideration of best interests of child officer obliged to give, further supporting conclusion that, in scant consideration officer apparently gave to best interests of youngest child, officer exercised discretion unreasonably—Officer's observation on this point, together with negative inference of social assistance claim despite applicant having sold

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

business in Pakistan for US\$100,000, suggest officer approached exercise of discretion in manner less than fair-minded, which may have contributed to error committed in failing to give adequate consideration or sufficient weight to best interests of youngest child—Although not necessary to consider whether officer adequately considered best interests of older, non-Canadian child, decision-maker exercising H & C discretion cannot ignore best interests of children in Canada because children not Canadian citizens.

QURESHI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-277-00, Evans J.A., order dated 25/8/00, 12 pp.)

COMPETITION

PRACTICE

Motions for stay of two Competition Tribunal decisions pending determination of appeals in both cases, as well as for order expediting both appeals and seeking directions—One decision, dated August 30, 2000, dismissed Commissioner's challenge to merger of respondents; other found interim hold separate order (HSO) made December 11, 1998 automatically terminated with above decision (and denying stay)—Commissioner wishing to keep stay order in effect pending determination of appeal but respondents, frustrated by delay and by loss of \$2,500,000 per month in efficiencies, wishing to proceed with merger pending appeals—Motion for stay dismissed—Application of three-part test in *RJR-MacDonald v. Canada*, [1994] 1 S.C.R. 311: serious question, irreparable harm, balance of convenience—Serious issue: determining meaning of Competition Act, s. 96 in light of purposes of Act as set out in Act, s. 1.1—Although it may be difficult and costly to do so (respondents aware of fact and willing, if necessary, to bear cost), possible to break up merged company—Harm not irreparable—As three requirements must be proved, no need to consider balance of convenience—Stay denied but hearing of appeals expedited—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 96 (as enacted *idem*, s. 45).

CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) V. SUPERIOR PROPANE INC. (A-533-00, A-539-00, Linden J.A., order dated 19/9/00, 9 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Judicial review of Tax Court's dismissal of appeal from Minister's dismissal of application for extension of time in

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

which to file notice of objection—Willows Golf Corporation owing \$116,033.30 for federal goods and services tax (GST)—Crown believed Willows Golf Corporation transferring at least same amount of cash or property to principal shareholder, Reginald Schafer for less than fair market value consideration, and that Mr. Schafer transferred same amount to wife (applicant herein), and because of transfers she was vicariously liable pursuant to Excise Tax Act, s. 325 for GST liability of husband, Willows Golf Corp.—Applicant filing notices of objections to two notices of assessment received—Minister placing third notice of assessment in mail on September 2, 1993—Applicant testifying never received notice, first heard about it in examination for discovery on July 20, 1996—In September 1996 solicitors requested extension of time to file notice of objection thereto—Minister refusing request—Request renewed in Tax Court—Tax Court dismissing application on ground unnecessary because time limitation for objecting not starting to run until July 20, 1996—Application allowed—*Per* Isaac J.A. (Strayer J.A. concurring): s. 304(5)(a) merely stating Tax Court shall not hear application for extension of time if brought more than one year beyond expiration of time limited by s. 301(1.1)—S. 301(1.1) stating limitation period beginning to run 90 days after notice “sent”—Only requirement that Minister demonstrate notice sent—No requirement notice be received to start limitation period running—Language of s. 301(1.1) clear, unambiguous, must be applied regardless of its object, purpose—In any event, s. 334(1) (anything sent by first class mail deemed received by person to whom sent on day mailed) applies and respondent deemed to have received notice of assessment on September 2, 1993—S. 334(1) not creating rebuttable presumption as to date notice received for two reasons—(1) Extremely difficult to administer scheme requiring Minister to contact every person who has been sent notice of assessment by ordinary first class mail to ensure in fact received it—(2) S. 335(1) setting out manner of proof for Minister to demonstrate sent notice of assessment to taxpayer—That no corresponding section detailing how Minister or taxpayer to establish receipt of notice of assessment cogent evidence deeming provision conclusive—*Per* Sharlow J.A.: Parliament adopting rule making no allowance for possibility taxpayer may miss deadline for objecting, appealing because of failure of postal system—While not understanding Parliament’s choice to deprive taxpayers of chance to challenge assessment of which unaware, choice Parliament entitled to make—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 300 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 301(1.1) (as enacted *idem*; S.C. 1997, c. 10, s. 82), 304(5)(a) (as enacted *idem*), 325 (as enacted *idem*; S.C. 1993, c. 27, s. 134), 334(1) (as enacted *idem*), 335(1) (as enacted *idem*; S.C. 1999, c. 17, s. 156).

CANADA v. SCHAFER (A-414-98, Isaac and Sharlow J.J.A., judgment dated 20/9/00, 12 pp.)

INCOME TAX

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing taxpayer’s appeal from assessments made by Minister under Income Tax Act—No reviewable error made by Bowman J.—Approach adopted by T.C.C. falling squarely within one described by Supreme Court of Canada in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622: courts must be sensitive to economic realities of transaction, rather than being bound to what appears to be its legal form—Court not ready to revisit *Dale v. Canada*, [1997] 3 F.C. 235 (C.A.): superior court order cannot be attacked collaterally unless lawfully set aside—Appeal dismissed.

CANADA v. SUSSEX SQUARE APARTMENTS LTD. (A-40-99, Décarý J.A., judgment dated 14/9/00, 2 pp.)

INCOME CALCULATION*Deductions*

Appeal from T.D. decision (*Huang and Danczkay Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1998] 3 C.T.C. 337) holding certain debt instruments made in favour of respondent company not “receivable” within ITA, s. 12(1)(b) when debt instruments made, and should not have been included in income in any of taxation years, until such time as conditions precedent attached to each development agreement has been satisfied—Respondent (H & D) carried on business of real estate development—In 1979, 1980 and 1981, entered into development agreements for construction of multiple unit residential buildings (MURBs)—In each case, H & D agreed to construct and complete MURB project and to provide certain initial services essential to project, including providing certain ongoing financial guarantees—In return, each of partnerships promised to pay stipulated amounts to H & D in instalments, most of which due in future years—Obligations evidenced by debt instrument in form of promissory notes and, in case of two of three projects, wrap-around mortgages, containing terms of payment—Each debt instrument stated to be subject to provisions of related development agreement—H & D arguing at time promissory notes and wrap-around mortgages made, right of H & D to receive amounts stipulated as payable in subsequent years conditional upon fulfilment by H & D of certain obligations, therefore amounts not receivable at outset and did not become receivable until conditions satisfied—Trial Judge agreed—Government arguing Trial Judge erred in law in determining amounts in question not receivable when notes and mortgages made—Appeal allowed—Definition of “receivable” deriving from *Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Co. Ltd.*, [1960] Ex. C.R. 433 (affd without reasons [1962] S.C.R. viii): clearly legal, though not necessarily immediate, right to receive amount—Trial Judge erred in finding amounts herein not receivable because no immediate right to receive payment—On basis of wording of Act, s. 12(1)(b) and *Colford*, no requirement for immediate right to payment for amount to be

INCOME TAX—Concluded

receivable—Interpreting debt instruments, right of H & D to receive amounts of notes and mortgages arising from partnerships making and signing promissory notes and mortgages—With notes and mortgages being given, right to receive amounts in question became absolute—Nothing in agreements precluding indebtedness of partnerships to H & D from coming into existence at outset—Promissory notes giving limited partnerships express entitlement to set off against any installment of principal or interest owing under note such amounts as H & D may then owe to partnerships—Right to set-off consistent with view partnerships' obligations to H & D absolute but may be discharged by set-off if H & D defaulting on contingent financial obligations to partnerships—Indicative, though not conclusive, that this interpretation of contractual obligations consistent with representations made by H & D to those invited to invest in various limited partnerships—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 s. 12(1)(b) (as am. by S.C. 1974-75-76, 26, s. 4(1)).

CANADA V. HUANG AND DANCZKAY LTD. (A-500-98, Rothstein and Sharlow J.J.A., judgment dated 19/9/00, 11 pp.)

LABOUR RELATIONS

Termination of Employment—Application for judicial review of adjudicator's decision on respondent's complaint under Canada Labour Code against employer Rogers Cablesystems Ltd. for termination of employment—Adjudicator found although Rogers had been conducting legitimate reorganization, other considerations, not disclosed to respondent, played part in selection of respondent for termination—Adjudicator found non-disclosure breach of procedural fairness inherent in just cause concept under Code—In consequence, respondent awarded 3/4 of legal fees, all reasonable disbursements and expenses for total of \$53,000—Issues whether adjudicator exceeded jurisdiction in concluding actual operative and dominant reason for termination of respondent not lack of work or discontinuance of function; whether adjudicator based decision on erroneous finding of fact, made in perverse or capricious manner or without regard to material before him, in finding Rogers took advantage of otherwise legitimate business reasons to terminate respondent, that discontinuance of function not actual operative and dominant reason for termination, and that respondent had not been informed of real reason for termination prior to hearing—Rogers asserting once adjudicator found that staff reduction resulted from genuine business reorganization, that Rogers entitled to terminate part-time Data Control Clerks (like respondent) due to lack of work, and that respondent terminated in manner not arbitrary, discriminatory or unreasonable, adjudicator lost jurisdiction as, pursuant to Code, s. 242(3.1), adjudicator cannot consider complaint where

LABOUR RELATIONS—Concluded

complainant laid off (blameless termination) due to lack of work—Application allowed—In considering whether adjudicator made findings of fact without regard to material before him, standard of review patent unreasonableness; in determining whether adjudicator had jurisdiction to proceed with complaint, standard of review correctness—Once adjudicator determined Roger had established its reorganization *bona fide*, and entitled to terminate members of Data Control department due to lack of work, adjudicator without jurisdiction to consider merits of respondent's dismissal—Conclusion supported by *Air Canada v. Davis* (1994), 72 F.T.R. 283 (F.C.T.D.) and *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Jindal* (1996), 110 F.T.R. 221 (F.C.T.D.); affd (1998), 229 N.R. 212 (F.C.A.)—Although not necessary to review alternate ground, adjudicator's findings (that Rogers' entire rationale based on seniority and that it departed from that criteria to select respondent for termination) made without regard to evidence before him and, therefore, patently unreasonable—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.

ROGERS CABLESYSTEMS LTD. V. ROE (T-1563-99, Dawson J., order dated 8/9/00, 20 pp.)

MARITIME LAW**HARBOURS**

Request for determination of following question of law: whether lease entered into between parties in 1982 operated, as matter of law, to supersede all prior agreements, written or otherwise, and all rights of parties *vis-à-vis* each other, such that defendants' right to continued use, occupation of water lot terminated upon termination of 1982 lease, all agreements subsequent thereto—In 1958, plaintiff's city council decided to discontinue ferry service between Vancouver and North Vancouver, take old ferry dock, operate it as marina—Defendant ship sold to Seven Seas Seafood in April 1959—Plaintiff, Seven Seas Seafood entered into lease for water lot dated April 27, 1959—Harry Almas, Seven Seas Seafood subsequently expended in range of \$120,000 to \$150,000 in refurbishment of defendant ship from passenger/car ferry to floating restaurant—Defendant ship moored in waters above water lot since 1959—Various leases made, renewed, amended between 1959 and 1982, all permitting defendant ship to be moored on water lot—1982 lease between plaintiff as landlord, S.S. Marina Ltd. as tenant and Cranberry Sailor Inn Limited as covenantor of obligations of S.S. Marina—In 1994, S.S. Marina, Cranberry Sailor Inn failed to pay rent due under 1982 lease—Landlord terminating lease effective January 31, 1996—Plaintiff requiring defendant ship to be removed before January 31, 1999—As ship not removed, plaintiff commenced within action on March 18, 1999—Defendants asserting permanent right to moor defendant ship on water lot—Nothing in 1959 purchase agreement or in initial lease consistent with argument agreement, conduct of parties led

MARITIME LAW—Concluded

to creation of equitable interest in subaquatic lands such that defendants acquired permanent right to moor—Express terms of initial lease contrary to defendants' current position permanent right of moorage acquired—Also inconsistent with assertion parties never directed minds to nature of interest given by plaintiff when ship sold—"Permanent" as defined in *Black's Law Dictionary* means "generally opposed in law to 'temporarily', but not always meaning 'perpetual'"—City clerk's language consistent with intention, agreement ship should be moved to where it would be permanently moored until lease expired or terminated for breach—Comments made in 1963 by counsel for defendants' predecessors inconsistent with right of permanent mooring now asserted—Subsequent lease negotiations between plaintiff, defendants' predecessors not supporting defendants' argument they possess equitable interest—Nothing in documents before Court, in agreed statement of facts, supports enforceable legal right entitling defendants to permanent right of moorage on water lot—Effect of articles 2.02, 16.05 of 1982 lease that plaintiff's argument that 1982 lease superseded all prior agreements between parties must be upheld in absence of contrary considerations—Defendants failed to present evidence of any other agreements, to show contrary considerations—Defendants not assisted by public right of navigation in tidal waters—Defendants' claim not supported by public trust doctrine—Question of law answered in the affirmative.

NORTH VANCOUVER (CITY) v. *SEVEN SEAS S.R.* (THE) (T-503-99, Dawson J., order dated 13/9/00, 26 pp.)

INSURANCE

Appeal from Trial Division decision ((1999), 163 F.T.R. 226) dismissing appellant's claim under marine insurance policy for loss of excavator following accident at sea—Respondent refused to pay any part of appellant's loss on ground appellant's vessel not seaworthy for voyage undertaken and appellant privy to unseaworthiness—Trial Judge found appellant had knowledge not only of facts making vessel unseaworthy but also "blind eye" knowledge those facts rendered vessel unseaworthy—Appeal dismissed—Trial Judge correctly applied test of privity as developed in English Court of Appeal cases *Compania Maritima San Basilo S.A. v. The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 171 and *Manifest Shipping & Co. Ltd. v. Uni-Polaris Insurance Co. Ltd. and La Réunion Européenne*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 360—Evidence to support Trial Judge's conclusion.

LAING v. BOREAL PACIFIC (A-166-99, Desjardins J.A., judgment dated 13/10/00, 5 pp.)

PRACTICE

Dispensing with compliance—Motion for order allowing plaintiff to proceed *in forma pauperis* based on gap rule

PRACTICE—Continued

allowing him to benefit from Ontario's civil procedure rules; right of access to this Court pursuant to common law, Charter, ss. 2, 24—Action against defendant for actions taken by employees in respect of prosecution of charges laid against plaintiff—Plaintiff unable to afford court, registry fees, costs assessed against him—Neither Federal Court Rules, 1998 nor Ontario Rules of Civil Procedure allowing *in forma pauperis*—Federal Court Rules, 1998, r. 55 permitting Court to dispense with compliance with any of these Rules in special circumstances—Justice, no prejudice implicit in "special circumstances": *Chow v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 161 F.T.R. 156 (F.C.T.D.)—Conduct of those requesting dispensation under r. 55 will be scrutinized: *Pfizer Canada Inc. v. Nu-Pharm Inc.* (1996), 65 C.P.R. (3d) 493 (F.C.T.D.)—Any application of r. 55 must accord with general principles espoused by Federal Court Rules, 1998, and encapsulated in r. 3—Need for compliance with rules requiring moving party to pay any Tariff A fees in respect of this motion, main action, further proceedings dispensed with—Charter, ss. 2, 24 not applicable—S. 2 guaranteeing only person's fundamental freedoms, while s. 24 simply guaranteeing person may enforce rights in court of competent jurisdiction—Plaintiff not giving notice of constitutional argument pursuant to Federal Court Act, s. 57—S. 57 providing Act or regulation shall not be adjudged invalid, inapplicable or inoperable unless notice served on Attorney General of Canada—But not necessary to invoke s. 57—Rule of law feature of common-law jurisdictions of Canada since before adoption of Charter, as is precept of rule of law, i.e. equality of civil rights among all inhabitants—That which is by law reserved for poor people civil right, therefore available to plaintiff—Because plaintiff seeking equality of civil rights, not seeking to question constitutional validity, applicability or operability of Act of Parliament or provincial legislature—Absence of *in forma pauperis* rule of procedure breaches rule of law, surely constituting special circumstance required by r. 55—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 5, 55—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 24—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

PEARSON v. CANADA (T-290-99, Muldoon J., order dated 14/9/00, 9 pp.)

AFFIDAVITS

Motions arising in context of judicial review of Human Resources Development Canada (HRDC) program for delivery of educational, training services to urban, Aboriginal communities—Attorney General making two-pronged motion: (1) for leave to file further supplementary affidavit pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 312; (2) to compel

PRACTICE—Continued

production—Applicants made motion pursuant to r. 316 for authorization to call witnesses to testify at hearing on factual issue relating to how urban Aboriginal communities in Winnipeg, Toronto structured, function, organized, address issues, make decisions, accountable—R. 316 permitting Court in special circumstances to authorize witness to testify in Court in relation to issue of fact raised in application—Applicant urging special circumstances in that oral testimony required to sort out likely contradictions in affidavits, and history, politics of Aboriginal communities not found in books, written materials, but passed on through oral tradition—Attorney General's motion allowed—Applicants agreeing what Attorney General sought relevant, of assistance to Court in determination of case—Applicants' motion denied—Sorting out conflicting evidence in judicial review proceedings not special circumstances—Evidence explaining how urban Aboriginal communities organized, make decisions can be adequately provided in affidavit form—But since important aspect of case, applicants granted leave to file limited evidence on how urban Aboriginal communities function in Winnipeg, Toronto, Niagara Falls—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 312, 316.

ARDOCH ALGONQUIN FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1274-99, Lemieux J., order dated 12/9/00, 6 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Appeal from decision by Prothonotary Hargrave refusing Canadian Pacific Railway (CPR) motion to examine Mr. Catherwood, non-party to litigation from which motion arose—Prothonotary Hargrave had not misapprehended facts, otherwise erred in law in holding CPR failed to establish information that might be provided by Mr. Catherwood not available from another source by any other reasonable means—R. 238(3)(b) not satisfied by CPR—Only purpose for examining Mr. Catherwood would be to elicit information about use of assist-tugs at Mission bridge from which standard practice of tug operators at bridge might be inferred—Practice of other tug operators would be equally relevant to identifying general practice of tug operators in use of assist-tugs when transiting Mission bridge—CPR not entitled to examine Mr. Catherwood under r. 238 unless able to establish information about practice of tug operators at bridge not reasonably available from other sources—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 238.

BAYSIDE TOWING LTD. V. CANADIAN PACIFIC RAILWAY (T-1692-99, Evans J.A., order dated 21/8/00, 3 pp.)

EVIDENCE

Motion for leave to adduce as evidence affidavit of Bill Erasmus, National Chief of appellant Dene Nation—Appeal

PRACTICE—Continued

from decision of Gibson J. ([1999] 4 F.C. 72) dismissing appellants' challenge to validity of Regulations Amending the Migratory Birds Regulations—Respondents opposed motion—However, if motion successful, sought order striking parts of affidavit of Mr. Erasmus, order permitting them to cross-examine Mr. Erasmus, to file reply affidavit—Appellants relying on r. 351 to support motion to adduce evidence—Starting point for application of r. 351 decision of MacGuigan J.A. in *Frank Brunckhorst Co. v. Gainers Inc.*, [1993] F.C.J. No. 874 (C.A.) (QL)—Court should be satisfied evidence (1) must not have been discoverable before end of hearing appealed from by reasonable diligence, (2) must be credible and (3) must be practically conclusive on appeal—Last two conditions met but first condition not met—Affidavit of Mr. Erasmus not prepared in time for hearing because it took too long to achieve degree of consensus within Dene Nation organization—Not reasonable excuse for failing to adduce relevant evidence at hearing—No suggestion Mr. Erasmus only possible source of evidence now sought to be adduced—In so far as Dene Nation as corporate entity concerned, open to Court in future to hold issue of sufficiency of advance consultation *res judicata*—Interests of justice not requiring order permitting affidavit of Mr. Erasmus to be adduced in appeal—Appellants' motion dismissed—Respondents' motion also dismissed—Regulations Amending the Migratory Birds Regulations, SOR/99-147—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 351.

ANIMAL ALLIANCE OF CANADA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-310-99, Sharlow J.A., order dated 7/9/00, 16 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Appeal from prothonotary's order giving leave to defendant Anchortek to amend counterclaim and requiring plaintiff to produce settlement agreement concluded with third party (Austin Powder Ltd.)—Clear from amendment defendant's claim premised upon settlement agreement between plaintiff and Austin Powder Ltd., containing term Austin Powder required to cease purchasing Anchortek's non-impugned plugs from Anchortek and to begin purchasing plugs from plaintiff—Also providing should Anchortek be successful in present action, so that Energy Plug found not to infringe Almecon's patent, aforementioned provision of no force, effect—Anchortek alleging concession from Austin Powder with respect to purchase of non-impugned plugs flowed directly from allegation Anchortek's Energy Plug infringing plaintiff's patent—Plaintiff submitting statement in amendment that Anchortek's Energy Plug infringing plaintiff Almecon's patent false, misleading—Submitting statement made in legal proceeding not actionable under Trade-marks Act, s. 7(a); therefore statement

PRACTICE—Concluded

made in settlement agreement not actionable; prothonotary erred in permitting amendment—Appeal dismissed—False or misleading statements made by patentee to third parties, tending to discredit competitor's business, wares or services, including statements product of third party infringing patent of patentee actionable under s. 7(a): *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] S.C.R. 419—No authority for plaintiff's proposition terms of settlement agreement cannot support cause of action pursuant to s. 7(a)—In absence of such authority, and where settlement agreement dealing with matters not at issue in original proceeding (in this case non-impugned plugs), not plain, obvious, or beyond doubt Anchortek's claim as based on settlement agreement will fail—Once amendment allowed, settlement documents primary documentary evidence upon which Anchortek will rely at trial—Hence settlement agreement relevant, should be produced as ordered—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(a).

ALMECON INDUSTRIES LTD. V. ANCHORTEK LTD.
(T-992-92, Dawson J., order dated 25/9/00, 6 pp.)

PUBLIC SERVICE

Salary freeze—Appeal from Motions Judge's decision dismissing application for judicial review of Public Service Staff Relations Board member's decision (*Tremblay v. Canada (Attorney General)* (1999), 174 F.T.R. 207 (F.C.T.D.))—Interpretation of Public Sector Compensation Act, s. 5(1.1)—Appellants argued that after two-year salary freeze period, employees in question entitled to receive, on dates specified in applicable pay plan, compensation corresponding to salary level calculated in accordance with progression occurring during freeze, as only payment suspended during freeze, not progression within scale—Appeal dismissed—S. 5(1.1) providing "no employee shall be entitled to the incremental increases . . . or other similar forms of compensation"—Clear employees thus denied not only payment of increase but also progression within salary scale during period in question—Trial Judge right to accept interpretation given to section by member and that s. 5(1.1) of 1991 Act comprising permanent residual effect—Payment of compensation and progression in salary scale halted until end of freeze—Public Sector Compensation Act, S.C. 1991, c. 30, s. 5(1.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 18, s. 3).

TREMBLAY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(A-340-99, Desjardins J.A., judgment dated 21/9/00, 4 pp.)

SELECTION PROCEDURE*Merit Principle*

Application for judicial review of decision by president of Public Service Commission appeal board following appeal

PUBLIC SERVICE—Concluded

pursuant to Public Service Employment Act, s. 21—Appeal brought by plaintiff concerning appointment after reclassification of positions of four district managers of Measures Canada in Quebec—Issue whether merit principle observed in 1995 and 1996 when four managers assigned to their positions—Plaintiff alleged new positions created in 1995 and four managers became incumbents thereof regardless of merit principle—Whether appeal board committed reviewable error by refusing to consider in its analysis proposed appointments made in February 1998 following reclassification of positions in question, nature of positions created at time of administrative reorganization in June 1995 and how managers became incumbents of those positions—Applicable standard of review, set out in Federal Court Act, s. 18.1(4) that of correct decision—Public Service Employment Act, s. 10 notes that any appointments to Public Service shall be based on selection according to merit—Appeal board had power to observe whether application of standards of competence laid down by Commission done in accordance with merit principle—Essential to application of merit principle to ensure appointments made initially, before positions in question reclassified under Regulations, s. 4(2), made in accordance with requirements laid down in Act, s. 10, as result of competition or application of statement of qualifications—No one improperly appointed to position in federal Public Service could benefit from undue advantage in subsequent selection process—No federal organization can circumvent requirement to ensure merit principle applied, by appointing public servant after reclassification of position, where public servant irregularly appointed to reclassified position—For proper assessment of appointments essential to go back to actual creation of those positions, since creation and reclassification integral parts of same process, and to verify whether appointments made at that time complied with merit principle—Appeal Board made reviewable error as failed to exercise jurisdiction in assessing candidacies for desired positions by refusing to take into account actual nature of new positions created in June 1995 and to consider how managers became their incumbents—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 21 (am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Public Service Employment Regulations, SOR/93-286, s. 4(2).

FOURNIER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-681-99, Lemieux J., order dated 30/8/00, 22 pp.)

RAILWAYS

Appeal from a decision by Canadian Transportation Agency (CTA) declining to intervene in dispute between parties—Whether CTA retains authority to enforce orders against railway company respecting maintenance of bridges

RAILWAYS—Concluded

previously used in connection with railway line, after company has validly abandoned railway line—Dispute between City of Windsor and Canadian Pacific Railway (CP)—City claiming CP has ongoing responsibility to contribute to maintenance of two road bridges crossing land formerly owned by CP, to restore level crossings bridges had replaced—CTA finding, because CP no longer used track as part of main or branch line, it was “trackage auxiliary to a line of railway” within meaning of National Transportation Act, 1987, s. 159(2)—Accordingly, CTA had no authority to consider former orders made, or to require either CP, or current land owners, Shergar Developments Inc., to maintain bridges or restore level crossings—City must be able to establish CTA had legal authority to issue orders to CP with respect to bridges—Constitutional authority of CTA over bridges depending on their being integral to railways extending beyond limits of Province within meaning of Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a)—If no such railway exists, CTA has no power to make orders, to give effect to previous orders, with respect to them—Railway company not subject to federal regulatory authority in respect of business activities separate from operation of interprovincial railway, otherwise within provincial jurisdiction—Present dispute exclusively within provincial jurisdiction—CTA correct to decline to intervene in dispute—Appeal dismissed—National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 159(2)—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92(10)(a).

WINDSOR (CITY) V. CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO.
(A-649-98, Evans J.A., judgment dated 26/9/00, 6 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Appeal from Trade-marks Opposition Board’s decision refusing to expunge trade mark “Volcano” in association with hot pepper sauce from Register—Board framed issue as whether trade mark as used by registrant so different from trade mark as registered that could not qualify as use of trade-mark as registered, applied test set out in *Registrar of Trade Marks v. Compagnie Internationale pour l’Informatique CII Honeywell Bull, Société Anonyme et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 523 (F.C.A.) and found use of trade mark in compliance with Trade-marks Act, s. 4(1)—Sole issue whether Board erred when found invoices issued by respondent, registered owner, within relevant period amounting to “use” of trade mark “Volcano” in association with hot pepper sauce—Appeal allowed—Question herein whether, at time of transfer of hot pepper sauce from manufacturer to restaurants or distributors, invoices containing trade mark “Volcano” constituted notice of association between mark and wares—Question of fact to be decided on evidence

TRADE MARKS—Continued

adduced—Respondent’s affidavit, only evidence tendered, silent on circumstances of delivery of invoices, wares—Board made two errors in finding unless clear evidence invoices not accompanying wares, reasonable to assume would be normal business practice for invoices to accompany wares when wares sold to customer: shifted evidentiary onus to requestor when entire burden clearly remaining with registered owner in Act, s. 45 proceeding; Board not entitled to assume invoices accompanied goods at time of transfer—Registrant Pepper King Ltd. did not file further affidavit in this Court on appeal and did not meet onus compelled by Act, s. 45 to establish, in clear and unambiguous way, invoices bearing mark “Volcano” met statutory requirements of Act, s. 4(1), i.e. establishing that, at time of transfer, purchaser had notice of association between mark and wares—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(1), 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232; 1994, c. 47, s. 200).

RICHES, MCKENZIE & HERBERT V. PEPPER KING LTD.
(T-1431-99, Lemieux J., order dated 28/9/00, 10 pp.)

INFRINGEMENT

Plaintiff, small Canadian corporation, owning trade mark “Volcano”—Used in association with hot pepper sauce since August 1991—Sold mainly at flea market, and to few outlets for re-sale at retail, and to restaurants, taverns for own use—By date on which statement of defence filed, total sales revenue \$25,780, of which sales for retail \$4,037.50—Hot sauce never advertised—Defendants related companies—Loblaws, parent company, Canada’s largest food distributor—Since May 1992 promoted, sold salsa throughout Canada in jars with labels bearing word “volcano”—Salsa part of line of salsa products having different degrees of hotness, spiciness—Salsa products with different hotness levels displayed together—Loblaws owning trade marks “La Eleccion del Presidente”, “President’s Choice”, “President’s Choice in Design, PC and PC Script”—Recognized in southern, central Ontario by virtually all retail shoppers as private label trade marks of Loblaws—Salsa described as “volcano” always sold with trade mark “La Eleccion del Presidente” on labels in same script as “President’s Choice in Design” trade mark—Plaintiff asserting defendants’ use of “volcano” infringing its trade mark—Action, counterclaim dismissed—(1) Trade-marks Act, ss. 19, 20 requiring use of trade mark be for purpose of distinguishing goods as those of defendant—Message given to public by label determinative of whether used as trade mark—Loblaws not using “volcano” in trade mark sense—Used to denote degree of spiciness of product, not to identify salsa as coming from any particular source—Source of Loblaws’ product identified by use of Loblaws’ trade mark “La Eleccion del Presidente”—“Volcano” found in midst of number of words such as “natural”, “chunky”, descriptive of product, not source—Defendants not violating ss. 19, 20—(2) Having regard to all of surrounding circumstances, Loblaws’ use of “volcano” not likely to have caused confusion—No evidence

TRADE MARKS—Continued

of actual confusion—Plaintiff's trade mark not well-known, but sold in small quantities in limited geographical area—Plaintiff, defendants had two different areas of trade—Appearance of Loblaws' trade marks on Loblaws' salsa recognized as indicating source of goods—Strength of plaintiff's argument two products made from similar ingredients, used for similar purposes undercut by plaintiff's admission salsa, hot pepper sauce not substantially similar products—Hot pepper sauce viewed as ingredient or condiment—Salsa stand-alone end product more analogous to dip—Parties' products not so similar that consumer would be confused, especially where plaintiff's product of degree of spiciness would appeal to someone who sought out very hot spice—(3) Conclusion Loblaws not using "volcano" as trade mark to distinguish wares sufficient to dispose of argument their use of "volcano" sufficient to render plaintiff's trade mark non-distinctive—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20.

PEPPER KING LTD. v. SUNFRESH (T-2351-93, Dawson J., judgment dated 7/9/00, 24 pp.)

PRACTICE

Appeal from decision by Prothonotary declining to order answering of certain questions asked in discovery of plaintiff's representative—Action for trade mark infringement, passing off commenced by plaintiff's statement of claim filed June 23, 1999—In discovery of plaintiff's representative, most questions put by defendant answered, either during discovery or upon subsequent consideration—Answers to number of others refused, defendant's motion to compel answers leading to decision now appealed from—Whether Prothonotary erred in law—Court in reviewing prothonotary's discretionary ruling will only intervene where latter clearly erred in law in that decision based on wrong principle, misapprehension of facts, or in error and deals with matter vital to final issues of case—Defendant entitled to ask questions in relation to claims of confusion with plaintiff's interests in unregistered trade mark rights—Questions at issue relating to matters concerning registration of trade marks in United States, activities arising therefrom, not relevant to plaintiff's interests in unregistered trade marks rights in Canada plaintiff claims—Not relevant to facts, issues pleaded in statement of claim—Prothonotary's order not clearly wrong—Appeal dismissed.

ANCHOR BREWING CO. v. SLEEMAN BREWING & MALTING CO. (T-1158-99, MacKay J., order dated 14/9/00, 6 pp.)

REGISTRATION

Confusion—Appeal from Trial Division's order ((1999), 87 C.P.R. (3d) 193) allowing appeal from Trade-marks

TRADE MARKS—Continued

Opposition Board's decision allowing appellant Polo Ralph Lauren Corporation's oppositions to registration of United States Polo Association's (USPA) trade marks "United States Polo Association & Design" and "U.S.P.A. & Design" for use in association with men's, women's and children's clothes and denying USPA's applications to register proposed trade marks on ground respondent had failed to demonstrate trade marks applied for not confusing with appellant's registered trade mark "Polo Player Design" and "Polo"—Issue whether Trial Judge erred in law by failing to apply proper test as to likelihood of confusion (proper test whether, as matter of first impression in mind of average consumer having vague or imperfect recollection of another mark, use of both trade marks in same area and in same manner likely to lead to inference wares associated with those marks produced or marketed by same company)—Preliminary issues relating to admissibility and use of certain additional affidavits filed by USPA before Trial Judge and to applicable standard of review herein—Appeal dismissed—*Per* Malone J.A. (Strayer J.A. concurring): Number of affidavits filed by USPA before Trial Judge not confined to facts within personal knowledge of deponents; no exception to hearsay rule—Therefore, none of these affidavits should have been referred to or relied on by Trial Judge in his analysis—Application of standard of review as defined in *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.): where additional evidence adduced in Trial Division that would have materially affected Registrar's findings of fact, as here, Trial Division judge must, and did, come to own conclusion as to correctness of Registrar's decision—As Trial Judge's reliance on inadmissible affidavit evidence constituting error of law, this Court able to conduct own analysis on issue of confusion—Trial Judge's analysis incorrectly considering USPA Design marks in isolation with sport of polo instead of in association with articles of clothing with which USPA registration sought—Analysis also failing to consider degree of resemblance between marks in appearance and ideas suggested by each, as matter of first impression—Marks do bear degree of physical resemblance—In considering surrounding circumstances in relation to Act, s. 6(5), evidence of wide spread use has been accepted in other cases to mitigate significance of resemblance under Act, s. 6(5)(e) on basis wide spread use must infer market place able to distinguish between competing marks—Presence of common element in trade marks (horse and polo mallet herein) has been held to have important effect on issue of confusion as such common occurrence tending to cause customers to pay more attention to other features of respective marks—Applying first impression test and based on all evidence of surrounding circumstances, USPA has discharged onus of showing no likelihood of confusion between USPA Design marks and any of the Polo trade marks notwithstanding they are produced or marketed in respect of clothing to be sold in Canadian retail market—State of register raising convincing evidence of lack of confusion—Reasonable inference

TRADE MARKS—Continued

Canadian clothing consumers accustomed to making minor distinctions between various polo marks—*Per* Isaac J.A.: Trial Judge did not incorrectly consider USPA Design marks in isolation with that of polo instead of in association with articles of clothing with which USPA registration sought, and Trial Judge did not fail to apply first impression test—Trial Judge instructed himself correctly on law—Clearly turned his mind to correct legal test and did not make errors of law alleged by colleague herein—Therefore, absent legal error or palpable and overriding error of fact, Trial Judge's decision should not be interfered with—Since issue of "confusion" one of fact, not sufficient for Court to substitute its views of facts for that of Trial Judge simply because Court would have come to different conclusion—On

TRADE MARKS—Concluded

evidence, and considering matter from perspective of average consumer having vague or imperfect recollection of appellant's marks, Judge below not wrong to decide marks not confusing—Marks of USPA do not resemble marks of appellant in appearance, sound or idea suggested—Judge not wrong to consider respondent's marks distinctive—"Nature of wares" not to be counted twice, once when examining Act, s. 6(5)(c) and again when examining Act, s. 6(5)(e)—Should be considered as one factor, not two—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(5)(c),(e).

UNITED STATES POLO ASSN. v. POLO RALPH LAUREN CORP. (A-205-99, Isaac, Malone J.J.A., judgment dated 14/9/00, 23 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

Requête en récusation de Gowling, Lafleur & Henderson à titre d'avocats du dossier—Action principale portant sur la contrefaçon de droits d'auteur—La demanderesse est une société de perception qui délivre des permis de reproduction d'œuvres musicales figurant dans son répertoire—Elle a intenté une action en 1992, alléguant que Landmark Cinemas of Canada Ltd., un exploitant de salles de cinéma, avait reproduit et continuait de reproduire ses œuvres sans permis et sans payer de droits de représentation—La défenderesse a présenté sa requête au motif qu'il y avait eu des communications téléphoniques directes à l'insu des avocats de Landmark entre, d'une part, M^{me} Melany Peech, membre de Gowling, et, d'autre part, Brian F. McIntosh, directeur et administrateur de la société défenderesse, et deux membres de son personnel—Les appels de M^{me} Peech avaient trait à l'exploitation et à la gestion de certains cinémas et à leur lien avec la défenderesse—Au moment où elle a communiqué avec la défenderesse, M^{me} Peech était un stagiaire en droit travaillant au bureau de Calgary de Gowling et agissant selon les instructions de Robert Housman, avocat au même bureau—Les codes de déontologie professionnelle régissant les avocats prévoient qu'un avocat sachant qu'une partie adverse est représentée par avocat ne doit pas communiquer avec cette partie relativement au fond du litige entre les parties sauf si l'avocat de cette partie y consent—Le critère applicable consiste à savoir si, à la lumière des faits, un membre du public qui est juste et raisonnablement informé conclurait que la bonne administration de la justice exige la récusation de l'avocat—Il y a lieu de laisser le barreau approprié se prononcer sur la question de savoir s'il y a eu contravention aux règles de déontologie—Il ne faudrait pas écarter le droit de choisir son avocat sans tenir compte de la nature, de la gravité et des conséquences de la conduite reprochée par rapport aux droits des parties—Il faut à tout le moins démontrer l'existence d'un indice de dommage ou de la possibilité d'injustice—M^{me} Peech ne savait pas que Landmark était défenderesse dans une action en cours, que M. McIntosh en était le président et qu'il était représenté par avocat—Même si elle était manifestement erronée, la

AVOCATS—Fin

conduite de M^{me} Peech était ni délibérée ni trompeuse—Quant à la communication de renseignements préjudiciables, M^{me} Peech n'a obtenu aucun renseignement pertinent au litige—Aucun élément de preuve n'indique que l'avocat a donné instruction à M^{me} Peech de faire les appels, que ce soit dans un but détourné ou non—La défenderesse n'a pas établi que les communications interdites aient causé quelque dommage, injustice ou préjudice réels ou appréhendés relativement aux droits des parties à l'action—Il est difficile de concilier le témoignage et la conduite de M. McIntosh lui-même—Un membre du public qui est juste et qui dispose de l'ensemble des faits de l'affaire ne conclurait pas que l'administration équitable de la justice exige l'intervention de la Cour en faveur de la défenderesse—Requête rejetée.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. LANDMARK CINEMAS OF CANADA LTD. (T-633-92, notaire Aronovitch, ordonnance en date du 2-10-00, 22 p.)

CHEMINS DE FER

Appel interjeté d'une décision de l'Office des transports du Canada (OTC) refusant d'intervenir dans un différend opposant les parties—L'OTC continue-t-il ou non d'avoir le pouvoir d'obliger une compagnie de chemin de fer à respecter des arrêtés concernant l'entretien de ponts utilisés auparavant en liaison avec une ligne de chemin de fer, après que la compagnie a valablement abandonné la ligne de chemin de fer?—Différend opposant la ville de Windsor à la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP)—La ville soutient qu'il incombe encore au CP soit de contribuer à l'entretien de deux ponts routiers qui traversent une terre qui appartenait auparavant au CP, soit de remettre les passages à niveau que les ponts ont remplacés—L'OTC a conclu que, le CP ne se servant plus de la voie comme faisant partie d'une ligne principale ou d'un embranchement, il s'agissait d'une «autre voie auxiliaire d'une ligne de chemin de fer» au sens de l'art. 159(2) de la Loi de 1987

CHEMINS DE FER—Fin

sur les transports nationaux—Par conséquent, l'OTC n'avait aucun pouvoir d'envisager l'application des arrêtés antérieurs ou d'exiger que le CP ou les propriétaires actuels du terrain, Shergar Developments Inc., entretiennent les ponts ou rétablissent les passages à niveau—La ville doit réussir à établir que l'OTC jouit d'un pouvoir d'origine législative qui l'autorise à délivrer au CP des arrêtés concernant les ponts—Constitutionnellement, l'OTC jouit d'un pouvoir sur les ponts dans la mesure où ceux-ci sont intégrés à des chemins de fer s'étendant au-delà des limites de la province, tel que décrit à l'art. 92(10a) de la Loi constitutionnelle de 1867—Si un tel chemin de fer n'existe pas, l'OTC n'est pas habilité à prendre des arrêtés ou à donner effet à des arrêtés antérieurs rendus à leur sujet—Une compagnie de chemin de fer n'est pas soumise à un organisme de réglementation fédéral en ce qui a trait aux activités commerciales qui sont distinctes de son exploitation d'un chemin de fer interprovincial et qui relèvent autrement de la compétence provinciale—Le différend actuel relève exclusivement de la compétence provinciale—C'est à bon droit que l'OTC a refusé d'intervenir dans ce différend—Appel rejeté—Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 159(2)—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^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5] art. 92(10a).

WINDSOR (VILLE) C. CIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE (A-649-98, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 26-9-00, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Renvoi de résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la CISR (CISR) de rejeter la demande d'ajournement présentée par le demandeur afin que son avocat puisse comparaître et le représenter, de procéder à l'annulation du sursis antérieur de la mesure de renvoi, de rejeter son appel et d'ordonner l'exécution de la mesure de renvoi dès que cela serait possible—Le demandeur, né au Portugal, a obtenu le droit d'établissement au Canada à l'âge de 2 ans en 1974—Il n'a pas acquis la citoyenneté et une mesure d'expulsion a été prise contre lui en 1996 en raison de ses activités criminelles—La CISR a conclu, pour des motifs d'ordre humanitaire, que le demandeur ne devait pas être renvoyé et lui a ordonné de se présenter à nouveau en 1998 pour que son dossier soit révisé oralement—Le demandeur n'a pas pu se présenter à cette révision en 1998 parce qu'il était détenu relativement à une nouvelle accusation criminelle—Le frère du demandeur s'est présenté pour expliquer son absence et le tribunal a reporté la révision une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

première fois à une date qui devait être fixée par le greffier, puis la date de l'audition a été fixée péremptoirement sans l'assentiment de l'avocat du demandeur, malgré les efforts déployés par la CISR pour confirmer avec les avocats une date qui conviendrait à tous—L'avocat du demandeur, retenu par un procès pour meurtre, a demandé un ajournement—Un membre de la CISR indépendant du tribunal qui a tenu l'audition a refusé cet ajournement—À la date fixée, le demandeur a comparu sans son avocat et la CISR a rendu les décisions contestées en l'espèce—Demande accueillie—Le refus de l'ajournement, dans les circonstances en cause, a privé le demandeur d'une possibilité raisonnable de se faire représenter par un avocat—Cette décision a porté atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale à cette étape—L'absence de preuve d'un préjudice n'établit pas l'absence de manquement grave à l'équité du processus—La décision du tribunal de fixer une nouvelle date d'audition péremptoirement est difficile à justifier, d'autant plus que la date de la nouvelle audition a été fixée ensuite par la CISR sans l'assentiment de l'avocat du demandeur, alors que les personnes qui ont fixé cette date au nom de la CISR connaissaient cet avocat et savaient qu'il était retenu par un procès pour meurtre—Les circonstances de l'espèce donnaient nettement application au principe énoncé par l'affaire *Calles c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 131 N.R. 69 (C.A.F.), dans laquelle la Cour est intervenue et a infirmé la décision d'un arbitre de refuser un ajournement dans des circonstances qui démontraient clairement que le demandeur avait pris toutes les mesures possibles pour se faire représenter par un avocat et qu'un ajournement de courte durée le lui permettrait—Dans la décision *Gargano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 85 F.T.R. 49 (C.F. 1^{re} inst.), un juge de la Section de première instance a infirmé la décision de la CISR de ne pas accorder l'ajournement demandé afin que le demandeur puisse retenir les services d'un avocat, au motif que cette décision avait privé le demandeur d'une audition équitable et contrevenait aux règles de la justice naturelle, même si la Commission avait fixé la date d'audition péremptoirement.

SOUSA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5064-99, juge MacKay, ordonnance en date du 19-9-00, 7 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

D'après le premier agent des visas, la demanderesse «satisfaisait provisoirement» aux critères de sélection; la deuxième agente des visas n'était pas à l'aise avec la décision rendue quant aux qualifications scolaires de la demanderesse et lui a demandé de fournir des renseignements supplémentaires et de se présenter à une seconde entrevue—La demanderesse a sollicité une ordonnance de *mandamus* enjoignant à l'agente des visas de compléter le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

traitement de sa demande sans réévaluer la décision qui avait été rendue; elle sollicite aussi un jugement déclaratoire connexe—La demanderesse allègue que la décision relative aux critères de sélection ne peut pas être réévaluée par un agent des visas différent de celui à qui le dossier a été confié pour traitement final car l'agent des visas qui a rendu la décision est *functus officio*—Subsidiairement, elle allègue que le fait de réévaluer une telle décision constitue un manquement à l'obligation d'équité ou à la justice naturelle—Demande rejetée—Le principe du *functus officio* s'applique aux décisions finales—Dans la présente affaire, la décision finale survient lors de la délivrance d'un visa à l'immigrante éventuelle, et c'est l'agent des visas qui délivre le visa qui doit être convaincu que les critères de sélection ont été remplis—En l'espèce, la loi oblige la seconde agente des visas, qui rend la décision finale, à évaluer la demande de résidence permanente de la demanderesse avant de délivrer le visa—De plus, la seconde agente des visas a fait part de ses réserves à la demanderesse et lui a donné la possibilité d'y répondre—Par conséquent, il n'y a pas eu manquement aux règles de l'équité.

BRYSENKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5139-99, juge Reed, ordonnance en date du 14-9-00, 6 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre la conclusion par la SSR que le demandeur s'est désisté de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, citoyen mexicain, a demandé l'asile politique en juin 1999—Il a été jugé recevable à saisir la SSR de sa revendication le 22 juillet 1999—Il a reçu le 22 ou 23 août 1999 sa pochette d'information du réfugié, qui comprenait un formulaire de renseignements personnels (FRP)—Il a demandé l'aide juridique le 14 septembre 1999—Le 17 septembre 1999, la SSR lui a signifié une convocation à comparaître à l'audience sur le désistement de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Cette audience était fixée au 26 octobre 1999—Le demandeur a rencontré son avocat le 6 octobre 1999, et son FRP a été soumis le 21 octobre 1999 en même temps que la demande de prorogation du délai de dépôt de ce dernier—Son avocat n'a pu participer à l'audience—Aucun ajournement n'a été demandé—L'art. 46.03(2) de la Loi sur l'immigration prévoit que le demandeur du statut de réfugié doit produire à la SSR les renseignements visés aux règles, selon les modalités et dans le délai prévus aux règles prises en application de l'art. 65(1)—L'art. 69.1(6)b habilite la section du statut à conclure au désistement si le demandeur ne produit pas les renseignements visés à l'art. 46.03(2)—En faisant référence sans réserve à l'art. 46.03(2), l'art. 69.1(6)b doit forcément incorporer l'ensemble de cette dernière disposition—Le demandeur n'a pas produit à la SSR les renseignements requis selon les modalités prescrites—Ces renseignements ont été soumis, non pas déposés—La SSR n'en a pas été saisie tant qu'elle n'a pas

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

accordé la prorogation du délai de dépôt—Elle n'a donc pas commis une erreur en tenant, en application de l'art. 69.1(6)b, l'audience de justification sur la question du désistement—Elle n'a cependant pas expressément examiné la demande de prorogation de délai—L'art. 69.1(6)b incorpore par référence l'art. 46.03(2) qui incorpore lui-même l'art. 65(1) par référence—L'art. 65(1)c habilite le vice-président de la SSR à établir des règles régissant entre autres les renseignements exigibles en application de l'art. 46.03(2)—Les Règles de la SSR sont ainsi incorporées par référence à fois à l'art. 46.03(2) et à l'art. 69.1(6)b—La règle 14(2)b(iii) prévoit le dépôt des renseignements dans les 28 jours de la signification du formulaire—La règle 38 habilite la SSR à proroger ou à abrèger ce délai—La SSR n'aurait pas dû limiter son audience à la question de savoir s'il y avait eu observation de la règle 14(2)b(iii), mais aurait dû se demander aussi s'il fallait appliquer la règle 38 à la suite de la demande de prorogation de délai faite par le demandeur, afin d'assurer l'instruction approfondie de l'affaire—Il est possible qu'elle ait implicitement examiné la demande de prorogation de délai faite par le demandeur, en lui demandant pourquoi il n'avait pas déposé son FRP en temps voulu et en décidant en fin de compte qu'il s'était désisté de sa revendication—Cependant il ne ressort pas des motifs de sa décision qu'elle s'est attachée à la question de savoir s'il y avait lieu d'accorder la prorogation de délai afin d'assurer l'instruction approfondie de l'affaire, ainsi que le prescrit la règle 38—Puisque le recours est accueilli, il n'est pas nécessaire de décider s'il y a lieu de certifier des questions—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.03(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 37), 65(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 69.1(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, règles 14(2), 38.

LOPEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5716-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 18-9-00, 13 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Action visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la demanderesse est citoyenne canadienne—Du fait qu'elle était née en Ontario en 1935, la demanderesse était un sujet britannique—Lorsque la Loi sur la citoyenneté canadienne est entrée en vigueur en 1947, la demanderesse est devenue citoyenne canadienne—En 1957, la demanderesse a épousé un citoyen américain et elle a obtenu une «carte verte» l'autorisant à vivre et à travailler aux États-Unis—La carte verte a été renouvelée chaque année jusqu'en 1968—En 1968, on a choisi le mari de la demanderesse pour une affectation à l'étranger, à l'ambassade américaine, à Londres (Angleterre)—Selon une «politique»

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

du gouvernement américain, les conjoints des fonctionnaires américains affectés à l'étranger devaient être citoyens américains—Le 11 juin 1968, la demanderesse s'est présentée au palais de justice fédéral de la ville de New York pour remplir des formulaires et répondre à des questions au sujet de sa demande de citoyenneté—Après avoir quitté le palais de justice, la demanderesse a été hospitalisée—Le lendemain, son second fils est né, six semaines avant terme—Le 24 juin 1968, la demanderesse s'est présentée à une cérémonie officielle de remise des certificats de citoyenneté; elle a prêté un serment d'allégeance et est devenue citoyenne américaine—Le 7 août 1968, la demanderesse a quitté les États-Unis en direction de Londres—Quatre ans plus tard, elle est retournée aux États-Unis—En 1976, la demanderesse et son mari se sont divorcés—En 1978, la demanderesse et ses enfants sont revenus au Canada—Un avocat spécialisé en droit de l'immigration a informé la demanderesse qu'elle n'était plus citoyenne canadienne—La demanderesse a présenté une demande de résidence permanente—Aucune fiche d'établissement n'a été délivrée à la demanderesse—À la fin de l'année 1978, la demanderesse a amené ses enfants vivre avec leur père, à Montréal, et elle est retournée aux États-Unis, où elle a vécu jusqu'en 1983—En 1983, la demanderesse est revenue au Canada où elle vit depuis lors—L'art. 15 de la Loi sur la citoyenneté canadienne prévoit qu'un citoyen canadien qui, se trouvant hors du Canada, acquiert, par un acte volontaire et formel autre que le mariage, la nationalité d'un pays autre que le Canada, cesse d'être citoyen canadien—Question de savoir si la demanderesse a acquis la citoyenneté américaine «par un acte volontaire»—La demanderesse soutient avoir agi sous contrainte à cause des pressions auxquelles elle faisait face, notamment la naissance prématurée de son fils, son hospitalisation subséquente, le fait qu'elle savait que son mari voulait être affecté à l'étranger et qu'elle voulait l'appuyer, le fait qu'il avait fallu vider la maison à New York et se préparer à s'installer à l'étranger avec deux jeunes enfants—Avant de prêter le serment d'allégeance, le 24 juin 1968, la demanderesse n'avait pas demandé conseil—Dans *Stott v. Merit Insurance Corp.* (1988), 63 O.R. (2d) 545 (C.A.), il a été statué que, pour être en mesure de conclure à la contrainte, trois faits doivent être établis: 1) les pressions qui sont exercées doivent équivaloir à de la coercition; 2) pareilles pressions doivent être exercées d'une façon illégitime; 3) la partie qui demande un redressement doit avoir pris des mesures en vue d'éviter l'acte reproché—Dans *Pao On v. Lau Yiu*, [1979] 3 All E.R. 65 (P.C.), il a été statué que, pour étayer une conclusion de coercition, il doit exister quatre facteurs—Si le critère énoncé dans *Pao On* est appliqué: 1) la demanderesse ne s'est pas opposée à la demande que l'employeur de son mari avait faite, à savoir qu'elle devienne citoyenne américaine; 2) la demanderesse disposait d'un certain nombre de solutions de rechange, à part le fait de demander la citoyenneté américaine; par exemple, elle aurait pu refuser, elle aurait pu demander conseil, elle aurait pu demander qu'on lui laisse le temps de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réfléchir à la demande relative au changement de citoyenneté, compte tenu en particulier de sa grossesse avancée, et elle aurait pu dire à son mari qu'elle irait le rejoindre à Londres plus tard; 3) la demanderesse n'a pas demandé conseil à qui que ce soit, même s'il était raisonnable de s'attendre, étant donné qu'elle n'était pas une jeune femme non avertie, à ce qu'elle se renseigne au sujet de l'effet de l'obtention de la citoyenneté américaine sur son statut de citoyenne canadienne; 4) puisque la période pertinente aux fins de l'examen de la question de la contrainte va du 10 juin à la fin du mois d'août 1968, la demanderesse aurait pu se renseigner au sujet de son statut en arrivant à Londres—Même s'il est reconnu que la contrainte financière est un genre de contrainte, rien ne montre que la demanderesse se serait retrouvée sans soutien financier si elle avait décidé de refuser de se conformer à la demande relative à l'acquisition de la citoyenneté américaine—La demanderesse n'a pas satisfait au critère, en ce qui concerne la «coercition»—À ce moment-là, elle était assujettie à des pressions énormes, mais les pressions auxquelles la vie familiale est assujettie ne peuvent pas être qualifiées d'illégitimes en ce sens qu'elles iraient à l'encontre d'une loi—La demanderesse n'a pas pris de mesures dans un délai raisonnable en vue d'éviter les conséquences de l'obtention de la citoyenneté américaine—Elle a donc acquis la citoyenneté américaine par un acte volontaire—Action rejetée—Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1952, ch. 33, art. 15.

MCNEIL C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (T-2745-92, juge Heneghan, jugement en date du 15-9-00, 18 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR selon laquelle le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention et qu'il y avait absence de minimum de fondement—Le demandeur, citoyen du Cameroun, invoquait la crainte de persécution en raison de ses opinions politiques—La SSR a conclu que le demandeur n'avait pas satisfait au fardeau de la preuve, que son témoignage n'était pas crédible et qu'il n'avait pas démontré sa participation politique au sein du parti d'opposition SDF—La SSR a conclu que dès lors qu'elle avait jugé que le demandeur n'était pas crédible, elle pouvait rejeter la revendication et ensuite conclure à l'absence de minimum de fondement—Demande accueillie—La SSR a commis une erreur dans l'appréciation de la preuve et fait une inférence déraisonnable contre le demandeur—*Obiter*: en concluant à l'absence de minimum de fondement, fondée sur l'arrêt *Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.), la SSR a commis une erreur de droit en donnant à l'art. 69.1(9.1) de la Loi sur l'immigration une interprétation que l'arrêt *Sheikh* ne permet plus dans la mesure où ce même arrêt a été rendu en 1990 dans un cadre législatif tout à fait différent (l'art. 46.01(6)), avant la réforme de la Loi sur l'immigration de 1992—Depuis lors, le système n'est

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

désormais plus à deux paliers et une conclusion d'absence de minimum de fondement est lourde de conséquence: au lieu d'un sursis automatique à l'exécution de la mesure de renvoi et l'admissibilité aux procédures relatives au demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada, le demandeur n'obtient plus qu'un sursis de 7 jours à l'exécution de son renvoi—L'arrêt *Sheikh* veut dire que lorsque la seule preuve reliant le demandeur au préjudice invoqué émane du témoignage de l'intéressé et que ce dernier est jugé non crédible, la SSR peut, après une analyse de la preuve documentaire, en venir à une conclusion générale d'absence de minimum de fondement—Mais dans le cas où il y a une preuve documentaire indépendante et crédible, on ne peut conclure à l'absence de fondement—En l'espèce, la SSR a commis une erreur de droit en appliquant un énoncé général de l'arrêt *Sheikh* à une affaire qui devait être traitée dans le nouveau cadre législatif, sans même faire les analyses que recommandait cet arrêt—Quant à l'art. 69.1(9.1) de la Loi sur l'immigration, il requiert, lui aussi, l'analyse de l'ensemble de la preuve, tant objective que subjective—La SSR avait l'obligation d'apprécier l'ensemble de la preuve et d'explicitement de façon expresse les raisons qui l'ont poussée à conclure à l'absence de minimum de fondement—En négligeant d'évaluer l'ensemble de la preuve (la SSR a omis de mentionner l'existence d'un rapport médical corroborant l'histoire du demandeur à propos des sévices qu'il avait subis lors de sa détention aux mains des autorités camerounaises) tant subjective qu'objective, et en se concentrant exclusivement sur le témoignage du demandeur, la SSR a commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14), 69.1(9.1) (édicte, *idem*, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

FOYET C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3004-99, juge Denault, ordonnance en date du 3-10-00, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision qu'un agent principal d'immigration a rendue en vertu de l'art. 46.4 de la Loi sur l'immigration—L'art. 46.4 porte que lorsqu'un agent principal d'immigration est convaincu qu'une personne a obtenu que sa revendication de statut de réfugié soit jugée recevable par des moyens frauduleux ou de fausses indications, l'agent d'immigration la déclare irrecevable et en avise sans délai la section du statut de réfugié—Sur réception de l'avis, la section du statut met fin à l'étude du cas; si elle s'est déjà prononcée sur la revendication, sa décision est nulle et de nul effet—La section du statut a décidé le 4 décembre 1997 d'accorder le statut de réfugié à la demanderesse—En avril 1999, un agent principal d'immigration a été informé que lorsque la demanderesse a demandé le statut de réfugié au Canada, elle résidait en France et était titulaire d'un document lui reconnaissant le statut de réfugié dans ce pays—Lorsqu'elle a fait sa demande de statut de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réfugié au Canada, elle n'a rien dit au sujet de son statut en France—Elle a simplement déclaré qu'elle avait été maltraitée au Sri Lanka durant la période en cause—L'art. 46.01(1)a prévoit que la revendication du statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé s'est déjà vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays dans lequel il peut être renvoyé—La demanderesse a reçu un avis de convocation à une entrevue qui devait avoir lieu le 7 mai 1999—Même si rien dans l'avis ne portait sur les inquiétudes de l'agent principal d'immigration au sujet de l'inaptitude de la demanderesse à obtenir le renvoi de sa revendication à la section du statut pour décision, l'avocate de la demanderesse en a été informée par téléphone—L'agent d'immigration n'a pas accepté de reporter l'entrevue, comme le souhaitait l'avocate—Une autre avocate du même bureau a accompagné la demanderesse à l'entrevue—À l'entrevue, on a demandé à la demanderesse où elle se trouvait pendant la période en cause—On lui a montré les documents qui étaient à l'origine des inquiétudes de l'agent principal d'immigration—On lui a déclaré qu'elle devait obtenir du Sri Lanka les documents certifiés conformes nécessaires pour appuyer sa déclaration—Après avoir examiné le dossier le 21 mai, l'avocate a informé l'agent d'immigration qu'elle avait conseillé à la demanderesse d'obtenir la documentation pertinente du Sri Lanka, afin de démontrer qu'elle y résidait—Le 10 juin, l'avocate a dit à l'agent qu'elle ignorait à quel moment on pouvait s'attendre à recevoir les documents—Le 16 juin, l'agent d'immigration a rendu sa décision—Le 30 juillet, la Commission a envoyé un avis à la demanderesse lui indiquant que son statut de réfugié était révoqué—Demande rejetée—(1) La procédure n'était pas inéquitable—(i) La communication a été adéquate et complète—La demanderesse a été informée, par une communication avec son avocate, de l'inquiétude de l'agent d'immigration—La demanderesse savait dès le 7 mai que l'agent d'immigration se fondait sur une demande de visa qu'elle avait déposée en France et sur les détails des documents qui l'accompagnaient—Elle savait aussi que l'agent d'immigration croyait qu'un de ses fils était né en France et que le certificat de naissance du Sri Lanka qu'elle avait présenté pour lui était un faux—La demanderesse s'est vu accorder l'occasion de répondre à ces renseignements et de produire ses propres documents en réponse—(ii) La demanderesse ne s'est pas vu refuser l'aide d'un avocat, car elle était accompagnée par une avocate—Le droit à un avocat n'existait pas pour ce qui est de l'entrevue du 7 mai, mais même si ce droit existait, rien n'obligeait l'agent d'immigration à organiser l'entrevue de manière à accommoder l'emploi du temps de l'avocate—(iii) L'agent d'immigration a interrogé la demanderesse au sujet des documents versés à son dossier—On lui a donné tout le temps voulu après ce moment pour réagir—Les questions qu'on lui a posées n'étaient pas complexes et n'exigeaient pas beaucoup de réflexion ou d'examen—(iv) La déclaration que la communication n'a pas été complète parce que l'avocate n'a pas vu le dossier avant le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

21 mai n'est pas fondée—Elle tient pour acquis que l'entrevue du 7 mai était une procédure quasi judiciaire qui aurait été le seul fondement de la décision—Cette entrevue peut être décrite de façon plus juste comme un échange de renseignements, suite auquel la demanderesse s'est vu accorder l'occasion de répondre aux allégations faites au sujet de son statut au moment où on a jugé sa revendication de statut de réfugié recevable—Toute la procédure est de nature administrative et ses diverses composantes s'étendent sur une certaine période de temps—Il n'est pas utile sur le plan de l'analyse de se limiter à une composante et de la traiter comme une audience quasi judiciaire—(v) La demanderesse a eu une occasion suffisante de réagir—L'agent d'immigration n'est pas tenu de surseoir à sa décision indéfiniment parce qu'on lui affirme que des documents pourraient lui être présentés; ceci est particulièrement vrai lorsqu'il a en sa possession une preuve documentaire solide qui démontre que la demanderesse a commis une fraude et a fait une fausse déclaration en demandant le statut de réfugié—2) La demanderesse a soutenu que la procédure de l'art. 46.4 viole l'art. 7 de la Charte vu qu'elle permet à un agent principal d'immigration de révoquer une décision de la section du statut—Le régime établi par la loi veut que les décisions prises par un tribunal du statut de réfugié peuvent être révoquées par celui-ci, conformément à la procédure prescrite par la loi; les décisions prises par les agents principaux d'immigration peuvent être révoquées par eux, conformément à la procédure prescrite par la loi—Ces dernières décisions sont moins complexes et il est plus approprié dans leur cas de les traiter par une procédure administrative—La question soumise à l'agent principal d'immigration en l'instance était très bien circonscrite et très précise—On pouvait facilement y répondre sans avoir recours à une procédure quasi judiciaire formelle, qui est plus appropriée lorsqu'il s'agit de trancher des questions plus complexes—La jurisprudence de notre Cour porte qu'une décision rendue en application de l'art. 46.4 ne fait pas entrer en jeu l'art. 7 de la Charte—La sécurité de la personne n'est pas mise en question par une décision prise en vertu de l'art. 46.4, étant donné que cette décision sera suivie d'une procédure d'appréciation du risque avant qu'une personne ne soit renvoyée—Si l'on juge que la personne court un risque, on ne la renverra pas dans le pays d'où elle vient—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985), (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 46.4 (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 11)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi sur le Canada de 1982, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n^o 44], art. 7.

MURUGESU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3368-99, juge Reed, ordonnance en date du 15-9-00, 10 p.)

Appel contre une décision de la Section de première instance ((1999), 170 F.T.R. 308) qui a rejeté une demande

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a rejeté une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—La revendication, que le demandeur a présentée au motif qu'il aurait été persécuté parce que sa mère est juive, a été rejeté vu qu'une possibilité de refuge intérieur s'offrait à lui en Moldova—Question certifiée: Un tribunal peut-il adopter le même raisonnement qu'un autre tribunal lorsqu'il a été saisi de la même preuve documentaire pour conclure à l'existence d'une possibilité de refuge dans le même pays?—Appel rejeté—On doit répondre à cette question de façon affirmative lorsque, comme en l'espèce, la preuve documentaire est à toutes fins utiles identique dans les deux cas—Même si la formation ne peut pas automatiquement adopter les conclusions de fait d'autres formations, lorsqu'il s'agit de déterminer les faits concernant la situation qui régnait au pays vers la même époque, une formation peut se fonder sur le raisonnement d'une formation antérieure au sujet de la même preuve documentaire—Lorsqu'une formation estime qu'elle doit adopter l'analyse d'une autre formation au sujet de la même preuve concernant une telle question, rien ne l'empêche légalement de se fonder sur cette analyse—Cependant, la technique qu'on a utilisée en l'espèce, qui consiste à joindre des parties des motifs de la première formation aux motifs de la deuxième, a été correctement décrite comme «inhabituelle»; il s'agit d'une pratique de raccourci qu'on ne devrait pas utiliser—Le fait que la formation a adopté le raisonnement d'une autre formation ne signifie pas, dans les circonstances de la présente affaire, que la formation a omis de trancher l'affaire de façon indépendante.

KOROZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-390-99, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 3-10-00, 3 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de refuser une demande de résidence permanente au motif que le demandeur est non admissible au Canada—Question de savoir si l'agent des visas a commis une erreur de droit en concluant que les déclarations de culpabilité du demandeur en Allemagne (pour avoir obtenu un moyen de transport clandestinement avec l'intention de ne pas acquitter les frais applicables, ce qui constitue une infraction punissable aux termes des art. 265 et 248 du code pénal) équivalent à des déclarations de culpabilité aux termes de l'art. 393(3) du Code criminel—Demande accueillie—L'arrêt *Hill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 73 N.R. 315 (C.A.F.) est appliqué en ce qui a trait à l'équivalence: on peut établir celle-ci tout d'abord en comparant le libellé précis des dispositions de chacune des lois par un examen documentaire et, s'il s'en trouve de disponible, par le témoignage d'experts du droit étranger pour dégager, à partir de cette preuve, les éléments essentiels des infractions respectives—L'analyste principal

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

qu'a consulté l'agent des visas n'était pas sûr au juste si l'obtention du transport par un faux semblant ou une fraude avait un équivalent dans l'infraction allemande, qui constituait un élément essentiel de celle-ci—Devant une analyse incomplète, l'agent des visas a conclu que le demandeur, comme tous les résidents de l'Allemagne, sait qu'il doit payer pour utiliser le transport en commun; le fait d'avoir été pris trois fois est assez exceptionnel—En général, les éléments essentiels d'une infraction sont l'*actus reus* et la *mens rea*—L'agent des visas a commis une erreur en introduisant dans l'analyse les considérations mentionnées précédemment, qui ne sont pas pertinentes quant à une conclusion sur les éléments essentiels d'une infraction—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 393(3)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

POPIC C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5727-98, juge Hansen, ordonnance en date du 14-9-00, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas selon laquelle la demanderesse n'est pas une «fille à charge» au sens de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—La question litigieuse est de savoir si, à l'époque pertinente, la demanderesse «sui[vai]b» à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle dans une université, un collège ou un autre établissement d'enseignement—Cette question découle en partie de décisions contradictoires de la Section de première instance de la Cour fédérale—La notion d'évaluation «qualitative» du fait de suivre des cours a été adoptée par le juge Gibson dans *Khaira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 257 (C.F. 1^{re} inst.) et dans *Malkana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1659 (1^{re} inst.) (Q.L.)—L'agent des visas doit tenir compte de la crédibilité du demandeur qui prétend être inscrit et suivre des cours en tant qu'étudiant à temps plein—Le fait de «suivre des cours» suppose nécessairement une présence physique et mentale—Il incombe à l'agent des visas seul d'évaluer la crédibilité du demandeur et le poids qu'il convient d'accorder à la preuve présentée pour le compte du demandeur—La décision de l'agent des visas sur le fait que la demanderesse avait une connaissance insuffisante de l'anglais était déraisonnable—Les contradictions entre la lettre de refus de l'agent des visas et les notes au Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration sont inexplicables—La preuve n'étayait pas raisonnablement la décision de l'agent des visas sur les questions de fait—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/92-101, art. 1) «fille à charge».

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-470-99, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 29-8-00, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle un agent des visas du Haut-commissariat du Canada à Nairobi, Kenya, a rejeté une demande de résidence permanente—Le demandeur a demandé à être évalué dans la profession envisagée de spécialiste des ventes techniques, vente en gros, prévue à la catégorie 6221.0 de la Classification nationale des professions (la CNP)—L'agent des visas a interprété l'expression «habituellement exigé» contenue dans la CNP comme signifiant «est exigé»—Il a commis une erreur en interprétant l'expression «habituellement exigé» comme signifiant une exigence obligatoire et en omettant de déterminer si l'éducation, la formation et l'expérience du demandeur contrebalanceraient le fait qu'il n'avait pas le niveau de scolarité «habituellement exigé», prévu dans les conditions d'accès à la profession envisagée—Demande accueillie.

MOHAMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2575-99, juge Hansen, ordonnance en date du 16-10-00, 6 p.)

Motifs d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire du rejet d'une demande d'ordre humanitaire en raison du caractère déraisonnable de cette décision—Le demandeur, citoyen du Pakistan, son épouse, citoyenne de l'Iran, et leur enfant sont arrivés au Canada en 1998 et ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—La SSR a rejeté leurs revendications—Leurs demandes d'attribution de la qualité de demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC) ont été rejetées en octobre 1999—Après avoir présenté une demande d'ordre humanitaire, l'épouse a accouché d'un deuxième enfant—La demande d'ordre humanitaire a été rejetée en décembre 1999 parce que: les demandeurs étaient entrés au Canada illégalement; la SSR et l'agent de révision des revendications refusées (ARRR) avaient tous les deux conclu que les demandeurs ne seraient pas exposés à un risque en Iran ou au Pakistan; bien que le demandeur ait démarré une entreprise, son autonomie financière ne suffisait pas en soi pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire en sa faveur; le demandeur avait reçu des prestations d'aide sociale alors qu'il n'en avait pas besoin et il avait demandé une assurance-santé complémentaire en vertu du Programme fédéral de soins de santé intérimaires, alors que son solde en banque était élevé; les membres de la famille étaient en bonne santé et en mesure de voyager—Le bien-être du nouveau-né canadien a été pris en considération, mais l'agente a souligné que les demandeurs avaient pris la décision d'avoir un enfant alors qu'ils savaient leur statut incertain; l'enfant conserverait sa citoyenneté canadienne peu importe où sa famille résiderait; l'aîné ne devrait pas avoir de difficulté à s'adapter à la vie au Pakistan ou en Iran—Demande accueillie—Bien que l'agente n'ait pas mentionné la possibilité que le demandeur soit contraint de vendre son entreprise, ce facteur n'a pas,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, une importance cruciale au point où l'agente aurait agi de façon déraisonnable en ne le mentionnant pas—Quant à la perception de prestations d'aide sociale, le demandeur a expliqué qu'il ne pourrait toucher le produit de la vente de l'entreprise au Pakistan que plusieurs mois après l'arrivée de sa famille au Canada—La façon dont l'agente a traité cette question ne constitue pas en soi un motif justifiant l'annulation de sa décision—Ce facteur n'était pas suffisamment important pour justifier l'annulation de la décision—Quant à l'évaluation de l'intérêt supérieur des enfants, selon l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'agente pouvait retenir les conclusions de la Commission et de l'ARRR portant que, si les demandeurs et leurs enfants étaient forcés de s'en retourner, ils ne seraient pas vraiment exposés au risque d'être persécutés—Toutefois, la remarque de l'agente sur la décision des demandeurs d'avoir un deuxième enfant au Canada malgré la précarité de leur statut d'immigrant était irrégulière, car ce facteur est non pertinent en droit quant à l'attention que l'agente était tenue d'accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui étaye davantage la conclusion que l'agente a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable en faisant apparemment aussi peu de cas de l'intérêt supérieur du deuxième enfant—La remarque formulée par l'agente sur ce point, combinée à l'inférence négative concernant le fait que le demandeur a demandé l'aide sociale alors qu'il venait de vendre son entreprise au Pakistan au prix de 100 000 \$US, laisse croire que l'agente a abordé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans un esprit qui n'était pas équitable, ce qui peut avoir contribué à l'erreur que l'agente a commise en n'accordant pas suffisamment d'attention ou de poids à l'intérêt supérieur du cadet—La Cour n'était pas tenue d'examiner la question de savoir si l'agente avait accordé une attention suffisante à l'intérêt supérieur de l'aîné, qui n'était pas citoyen canadien, mais le décideur ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire relativement à une demande d'ordre humanitaire, sans tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants qui se trouvent au Canada parce que ces enfants ne sont pas citoyens canadiens.

QURESHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-277-00, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 25-8-00, 12 p.)

CONCURRENCE**PRATIQUE**

Requêtes visant à obtenir un sursis à l'exécution de deux décisions du Tribunal de la concurrence jusqu'à ce que le sort des appels interjetés dans les deux affaires soit tranché, ainsi qu'une ordonnance accélérant l'audition des deux appels et comportant des directives—Dans une décision en date du 30 août 2000, l'opposition du commissaire au

CONCURRENCE—Fin

fusionnement des entreprises intimées a été rejetée; dans l'autre décision portée en appel, le Tribunal de la concurrence a conclu que l'ordonnance provisoire de garder à part (OGP) en date du 11 décembre 1998 prenait automatiquement fin lors de la décision susmentionnée (portant rejet de la demande de sursis)—Le commissaire désire que l'ordonnance de sursis demeure en vigueur jusqu'à ce que le présent appel soit tranché, mais les intimées, qui sont frustrées non seulement par le délai, mais par la perte en efficacies qu'il occasionne, soit un montant de 2 500 000 \$ par mois, souhaitent procéder au fusionnement—La requête en sursis est rejetée—Le critère à trois volets (question sérieuse à juger, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients) qui a été énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 311, s'applique en l'espèce—La question à juger est sérieuse puisqu'elle porte sur le sens de l'art. 96 de la Loi sur la concurrence à la lumière des objets de celle-ci qui sont énoncés à son art. 1.1—Même si le dessaisissement peut s'avérer difficile et coûteux (les intimées sont conscientes de ces obstacles et disposées à en supporter les frais, au besoin), l'entité fusionnée peut être séparée de nouveau—Le volet du préjudice irréparable n'a pas été établi—Étant donné que la requête peut être accueillie uniquement si les trois volets sont établis, il n'est pas nécessaire d'examiner celui de la prépondérance des inconvénients—La requête visant à obtenir un sursis est rejetée, mais l'audition des appels sera accélérée—Loi sur la concurrence L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1 (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 96 (édité, *idem*, art. 45).

CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) C. SUPÉRIEUR PROPANE INC. (A-533-00, A-539-00, juge Linden, J.C.A., ordonnance en date du 19-9-00, 11 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel que la défenderesse avait formé contre une décision du ministre, qui avait rejeté sa demande de prorogation du délai applicable au dépôt d'un avis d'opposition—Willows Golf Corporation devait à la Couronne la somme de 116 033,30 \$ au titre de la taxe sur les produits et services fédérale (la TPS)—La Couronne a jugé que Willows Golf Corporation avait transféré à tout le moins le même montant d'argent ou des biens d'une valeur équivalente à son principal actionnaire, Reginald Shafer, pour une considération moindre que la juste valeur marchande et que M. Schafer avait transféré les mêmes montants à son épouse (la défenderesse en l'espèce), et qu'en raison de ce transfert, elle était également responsable du fait d'autrui aux termes de l'art. 325 de la Loi sur la taxe d'accise pour ce qui est de la somme que devait M. Schafer au titre de la TPS, qui, en fait, était la somme que

DOUANES ET ACCISE—Suite

devait Willows Golf Corporation à ce titre—La défenderesse a déposé deux avis d'opposition en réponse aux deux avis de cotisation qu'elle avait reçus—Le ministre a posté un troisième avis de cotisation à l'intention de la défenderesse le 2 septembre 1993—La défenderesse a déclaré dans son témoignage qu'elle n'avait jamais reçu l'avis et qu'elle avait pour la première fois entendu parler de l'avis dans le cadre d'un interrogatoire préalable qui a eu lieu le 20 juillet 1996—En septembre 1996, ses procureurs ont écrit au ministre en vue d'obtenir une prorogation du délai applicable au dépôt d'un avis d'opposition à l'égard de cet avis de cotisation—Le ministre a rejeté la demande—La défenderesse a présenté à la Cour de l'impôt une nouvelle demande de prorogation de délai—La Cour de l'impôt a rejeté la demande au motif qu'elle n'était pas nécessaire vu que le délai applicable à la formulation d'une opposition n'avait commencé à courir que le 20 juillet 1996—Demande accueillie—Le juge Isaac, J.C.A. (le juge Strayer, J.C.A., souscrivant à ces motifs): L'art. 304(5)a prévoit simplement que la Cour de l'impôt ne peut entendre une demande de prorogation de délai si elle a été présentée plus d'une année suivant l'expiration du délai prévu à l'art. 301(1.1)—L'art. 301(1.1) prévoit que le délai commence à courir 90 jours après que l'avis a été «envoyé»—La seule exigence applicable est que le ministre doit établir que l'avis a été envoyé—Il n'existe pas d'exigence selon laquelle l'avis doit avoir été reçu afin que le délai commence à courir—Le libellé de l'art. 301(1.1) est clair et non ambigu et on doit l'appliquer indépendamment de son objet—L'art. 334(1) (tout envoi en première classe est réputé reçu par le destinataire à la date de sa mise à la poste) s'applique de toute façon en l'espèce et la défenderesse est réputée avoir reçu l'avis de cotisation le 2 septembre 1993—L'art. 334(1) ne crée pas une présomption réfutable en ce qui concerne la date de réception de l'avis, et ce pour deux raisons—1) Il serait extrêmement difficile d'administrer un régime, dans lequel l'avis est envoyé au contribuable par courrier ordinaire de première classe, qui obligerait le ministre à communiquer avec chaque personne à qui un avis de cotisation a été envoyé afin de s'assurer que chacun a bel et bien reçu l'avis—2) L'art. 335(1) décrit comment le ministre peut établir qu'il a effectivement envoyé l'avis de cotisation au contribuable—L'absence de disposition décrivant la méthode permettant d'établir la réception ou l'absence de réception d'un avis de cotisation constitue une preuve forte qui démontre la nature péremptoire de la disposition déterminative—Le juge Sharlow, J.C.A.: Le législateur fédéral a choisi d'adopter une règle qui ne tient pas compte de la possibilité que le contribuable puisse omettre de respecter le délai dans lequel il pouvait s'opposer ou former un appel en raison d'un manquement de la part du système postal—La Cour ne comprend pas pourquoi le législateur fédéral a choisi de priver les contribuables de l'occasion de contester une cotisation dont ils ignorent l'existence, mais il s'agit d'un choix que le législateur pouvait valablement faire—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 300 (édicte par

DOUANES ET ACCISE—Fin

L.C. 1990, ch. 45, art. 12), 301(1.1) (édicte, *idem*; L.C. 1997, ch. 10, art. 82), 304(5)a (édicte, *idem*), 325 (édicte, *idem*; L.C. 1993, ch. 27, art. 134), 334(1) (édicte, *idem*), 335(1) (édicte, *idem*; L.C. 1999, ch. 17, art. 156).

CANADA C. SCHAFER (A-414-98, juges Isaac et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 20-9-00, 12 p.)

DROIT MARITIME

ASSURANCE

Appel de la décision de la Section de première instance ((1999), 163 F.T.R. 226) de rejeter la réclamation que l'appelant a faite en vertu d'une police d'assurance maritime à la suite de la perte d'une excavatrice occasionnée par un accident en mer—L'intimée a refusé de payer quoi que ce soit pour le motif que le navire de l'appelant n'était pas en bon état de navigabilité pour le voyage qui était effectué et que l'appelant le savait—Le juge de première instance a conclu que l'appelant avait connaissance non seulement des faits qui ont rendu le navire inapte à prendre la mer, mais qu'il a aussi «fait l'aveugle» à ce sujet—Appel rejeté—Le juge de première instance a correctement appliqué le critère de l'assentiment établi dans les décisions de la Cour d'appel de l'Angleterre *Compania Maritima San Basilo S.A. v. The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 171, et *Manifest Shipping & Co. Ltd. v. Uni-Polaris Insurance Co. Ltd. and La Réunion Européenne*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 360—Éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge de première instance.

LAING C. BOREAL PACIFIC (A-166-99, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 13-10-00, 5 p.)

PORTS

Demande en vue de la détermination du point de droit suivant: Le bail conclu entre les parties en 1982 avait-il pour effet, en droit, de remplacer toutes les ententes antérieures, écrites et autres, et tous les droits que possédaient les parties l'une envers l'autre, de sorte que le droit des défendeurs de continuer à utiliser et à occuper le plan d'eau s'est éteint lorsque le bail de 1982 et toutes les ententes subséquentes ont pris fin?—En 1958, le conseil municipal de la demanderesse avait décidé de supprimer le service de traversier entre Vancouver et North Vancouver et de se servir de l'ancien quai d'accostage pour y exploiter un port de plaisance—Le navire défendeur a été vendu à Seven Seas Seafood au mois d'avril 1959—La demanderesse et Seven Seas Seafood ont conclu un bail à l'égard du plan d'eau, en date du 27 avril 1959—Harry Almas et Seven Seas Seafood ont par la suite déboursé de 120 000 \$ à 150 000 \$ en vue de transformer le navire défendeur en un restaurant flottant—Le navire

DROIT MARITIME—Suite

défendeur était amarré sur le plan d'eau depuis 1959—Entre 1959 et 1982, divers baux ont été conclus, renouvelés ou modifiés, lesquels permettaient tous au navire défendeur d'être amarré sur le plan d'eau—Le bail de 1982 a été conclu entre la demanderesse, en sa qualité de propriétaire, S.S. Marina Ltd., en sa qualité de locataire, et Cranberry Sailor Inn Limited, en sa qualité de garante des obligations de S.S. Marina—En 1994, S.S. Marina et le Cranberry Sailor Inn n'ont pas payé le loyer qui était dû en vertu du bail de 1982—Le propriétaire a résilié le bail, la résiliation devant prendre effet le 31 janvier 1996—La demanderesse a exigé que l'on enlève le navire défendeur au plus tard le 31 janvier 1999—Étant donné que l'on n'avait pas enlevé le navire, la demanderesse a intenté la présente action le 18 mars 1999—Les défendeurs affirmaient avoir acquis le droit permanent d'amarrer le navire défendeur sur le plan d'eau—Rien dans la convention d'achat de 1959 ou dans le bail initial n'était l'argument selon lequel la convention et la conduite des parties avaient entraîné la création, dans les terres sous-marines, d'un intérêt en *equity* tel que les défendeurs avaient acquis un droit d'amarrage permanent—Le libellé exprès du bail initial va à l'encontre de la position que les défendeurs prennent maintenant, à savoir qu'un droit d'amarrage permanent a été acquis—Ce libellé est en outre incompatible avec l'assertion selon laquelle les parties ne s'étaient jamais arrêtées à la nature de l'intérêt que la demanderesse avait conféré lorsque le navire avait été vendu—Dans le *Black's Law Dictionary*, le mot anglais «*permanent*» était défini comme [TRADUCTION] «s'opposant généralement en droit au mot "temporaire", sans être toujours synonyme du mot "perpétuel"»—Les termes employés par le secrétaire de la ville étaient conformes à l'intention et à l'entente selon lesquelles on devait installer le navire dans un lieu où il serait amarré en permanence tant que le bail ne serait pas expiré ou ne serait pas résilié par suite d'une violation—Les remarques que l'avocat des prédecesseurs des défendeurs avait faites en 1963 étaient incompatibles avec le droit d'amarrage permanent qui est maintenant revendiqué—Les négociations subséquentes qui avaient eu lieu entre la demanderesse et les prédecesseurs des défendeurs au sujet du bail n'étaient pas l'argument des défendeurs selon lequel ils possédaient un intérêt en *equity*—Rien dans les documents mis à la disposition de la Cour, ou dans l'exposé conjoint des faits, n'étaye l'existence d'un droit légal opposable conférant aux défendeurs le droit d'amarrer le navire en permanence sur le plan d'eau—Compte tenu des articles 2.02 et 16.05 du bail de 1982, l'argument de la demanderesse selon lequel le bail de 1982 remplaçait toutes les ententes antérieures conclues entre les parties doit être retenu en l'absence de considérations contraires—Les défendeurs n'ont pas présenté de preuve au sujet de l'existence d'autres ententes et n'ont pas démontré qu'il y avait des considérations contraires—Le droit public autorisant la navigation dans les eaux de marée n'aide pas les défendeurs—L'allégation des défendeurs n'est pas étayée

DROIT MARITIME—Fin

par la doctrine de la fiducie d'utilité publique—Il est répondu au point de droit par l'affirmative.

NORTH VANCOUVER (VILLE) C. *SEVEN SEAS S.R.* (LE)
(T-503-99, juge Dawson, ordonnance en date du 13-9-00, 26 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Gel des salaires—Appel d'une décision d'un juge des requêtes qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un membre de la Commission des relations du travail dans la fonction publique (*Tremblay c. Canada (Procureur général)* (1999), 174 F.T.R. 207 (C.F. 1^{re} inst.))—Interprétation de l'art. 5(1.1) de la Loi sur la rémunération du secteur public—Les appelants prétendent qu'après la période de gel des salaires de deux ans, les salariés en cause étaient en droit de recevoir, aux dates prescrites par le régime de rémunération pertinent, la rémunération qui correspondait à l'échelle salariale calculée selon la progression acquise durant la période de gel, seul le paiement ayant été suspendu durant la période de gel et non la progression à l'intérieur de l'échelle—Appel rejeté—L'art. 5(1.1) prévoit que «des salariés n'ont pas droit aux augmentations d'échelon [...] ni aux autres formes de rémunération similaires»—Il est clair que les salariés se voyaient ainsi refuser non seulement le paiement de leur augmentation mais également leur progression à l'intérieur de l'échelle salariale pendant la période visée—Le premier juge a eu raison de retenir l'interprétation donnée par le commissaire à cet article et que l'art. 5(1.1) de la Loi de 1991 comporte des effets résiduels permanents—Le paiement de la rémunération et la progression de l'échelle salariale ont subi un cran d'arrêt jusqu'à la fin de la période de gel—Loi sur la rémunération du secteur public, L.C. 1991, ch. 30, art. 5(1.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 18, art. 3).

TREMBLAY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(A-340-99, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 21-9-00, 4 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION*Principe du mérite*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le président du comité d'appel de la Commission de la fonction publique suite à un appel fait en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—L'appel interjeté par le demandeur porte sur la nomination, après reclassification de leurs postes, de quatre gérants de district de Mesures Canada au Québec—Il s'agit de savoir si le principe du mérite a été respecté en 1995 et 1996 lors de l'affectation des quatre gérants à leurs postes—Le demandeur a prétendu que de nouveaux postes furent créés en 1995 et que les quatre gérants en sont devenus titulaires sans

FONCTION PUBLIQUE—Fin

que le principe du mérite ait été respecté—Le comité d'appel a-t-il commis une erreur révisable en refusant de considérer dans son analyse des propositions de nominations faites en février 1998 suite à une reclassification desdits postes, la nature des postes créés lors de la réorganisation administrative du mois de juin 1995 ainsi que la manière dont les gérants en devinrent titulaires?—La norme de contrôle applicable prévue à l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale est celle de la décision correcte—L'art. 10 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique rappelle que toutes nominations à des postes dans la fonction publique doivent se faire sur la base d'une sélection fondée sur le mérite—Le comité d'appel a le pouvoir de s'assurer que les normes de compétence fixées par la Commission ont été appliquées en conformité avec le principe du mérite—Il est essentiel à l'application du principe du mérite de s'assurer que les nominations faites à l'origine, avant que les postes en cause ne fassent l'objet d'une reclassification en vertu de l'art. 4(2) du Règlement, sont conformes aux exigences prévues à l'art. 10 de la Loi, dans le cadre d'un concours ou par application d'un énoncé de qualités—Nulle personne ayant été irrégulièrement affectée à un poste dans la fonction publique fédérale ne saurait profiter de cet avantage indu à l'occasion d'un processus de sélection subséquent—Aucun organisme fédéral ne peut se soustraire à l'application du principe du mérite en procédant à la nomination d'un fonctionnaire après reclassification de son poste, lorsque ce dernier avait été irrégulièrement nommé audit poste faisant l'objet de la reclassification—Pour bien évaluer les nominations faites, il était essentiel de remonter à la création même de ces postes puisque la création et la reclassification de ces derniers sont partie intégrante du même processus et de vérifier si les nominations, effectuées à ce moment, ont respecté le principe du mérite—Le comité d'appel a commis une erreur révisable lors de l'évaluation des candidatures aux postes convoités en refusant de prendre en compte la nature même des nouveaux postes créés en juin 1995 et d'examiner comment les gérants en sont devenus titulaires—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, DORS/93-286, art. 4(2).

FOURNIER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-681-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 30-8-00 22 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt admettant l'appel du contribuable visant les cotisations établies par le ministre sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le juge Bowman n'a commis aucune erreur

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

susceptible d'examen—L'approche adoptée par la C.C.I. correspond clairement à celle explicitée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622: les Tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique d'une opération et ne pas se sentir liés par sa forme juridique apparente—La Cour n'est pas prête à renverser *Dale c. Canada*, [1997] 3 C.F. 235 (C.A.): une ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins d'avoir été légalement infirmée—Appel rejeté.

CANADA C. SUSSEX SQUARE APARTMENTS LTD.
(A-40-99, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 14-9-00, 2 p.)

CALCUL DU REVENU*Déductions*

Appel d'une décision de la Section de première instance (*Huang and Danczkay Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1998] 3 C.T.C. 337) portant que certains billets souscrits à l'ordre de la société intimée n'étaient pas des «sommes à recevoir» au sens de l'art. 12(1)b) de la LIR au moment de la signature des reconnaissances de dettes, et n'auraient pas dû être inclus dans le revenu au cours de l'une quelconque des années d'imposition tant que les conditions se rapportant à chaque convention d'aménagement n'avaient pas été remplies—H & D exploite une entreprise d'aménagement immobilier—En 1979, 1980 et 1981, elle a conclu des conventions d'aménagement pour la construction d'immeubles résidentiels à logements multiples (IRLM)—Dans chaque cas, H & D avait convenu de construire et de compléter le projet d'IRLM et de fournir certains services initiaux essentiels au projet, dont certaines garanties financières permanentes—En contrepartie, chacune des sociétés s'engageait à payer à H & D les montants prévus par versements dont la plupart devenaient exigibles au cours des années subséquentes—Ces obligations ont été établies au moyen de reconnaissances de dette sous forme de billets à ordre et, dans deux des projets, au moyen d'hypothèques intégrantes comprenant les conditions de paiement—Chaque reconnaissance de dette était expressément subordonnée aux dispositions de la convention d'aménagement qui y était reliée—H & D prétend qu'au moment de la signature des billets à ordre et des hypothèques intégrantes, son droit de recevoir les montants prévus payables les années subséquentes était conditionnel à ce qu'elle remplisse à l'avenir certaines de ses obligations et que, par conséquent, les montants n'étaient pas des sommes à recevoir à la conclusion de la convention et ne le devenaient pas jusqu'à ce que ces conditions soient remplies—Le juge de la Section de première instance était d'accord—Le gouvernement fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que les montants en question n'étaient pas des sommes à recevoir lorsque les billets et les hypothèques

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

ques ont été signés—Appel accueilli—La définition des termes «sommes à recevoir» provient de la décision *Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Company Limited*, [1960] R.C.É. 433 (confirmée sans motifs écrits par [1962] R.C.S. viii), et désigne le droit de recevoir le montant, même s'il n'est pas nécessairement exigible—Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les montants en question n'étaient pas de sommes à recevoir parce qu'il n'existe pas de droit immédiat de recevoir le paiement—Compte tenu du libellé de l'art. 12(1*b*) et de la décision *Colford*, il n'est pas obligatoire, pour qu'un montant soit une somme à recevoir, qu'il existe un droit immédiat de recevoir le montant—Suivant l'interprétation donnée des reconnaissances de dette, le droit de H & D de recevoir les montants des billets à ordre et des hypothèques intégrantes prend naissance au moment de la conclusion et de la signature de ces documents par les sociétés—Dès que ces billets et hypothèques ont été signés, le droit de recevoir les montants en question devenait absolu—Rien dans les conventions n'empêche que l'endettement des sociétés envers H & D se matérialise dès la conclusion de celles-ci—Les billets à ordre donnent aux sociétés le droit formel de déduire de tout versement du principal ou de l'intérêt dû en vertu du billet tout montant que pourrait alors lui devoir H & D—Le droit de compensation est conciliable avec l'idée que les obligations des sociétés envers H & D sont absolues mais peuvent être réduites par compensation si H & D ne respecte pas ses obligations financières éventuelles envers les sociétés—Il s'agit d'une indication, bien qu'elle ne soit pas déterminante, que cette interprétation des obligations contractuelles est conforme aux déclarations faites par H & D à ceux qui étaient invités à investir dans les diverses sociétés en commandite—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1*b*) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 4(1)).

CANADA C. HUANG AND DANCZKAY LTD. (A-500-98, juges Rothstein et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 19-9-00, 12 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

La demanderesse, petite société canadienne, est propriétaire de la marque de commerce «Volcano»—Marque utilisée depuis août 1991 en liaison avec une sauce au piment fort—Vendue principalement dans un marché aux puces, à quelques points de vente pour la revente au détail ainsi qu'à des restaurants et brasseries pour leur propre usage—À la date du dépôt de la défense, des recettes totales de ventes de 25 780 \$, dont 4 037,50 \$ proviennent des ventes au détail—La sauce forte n'a jamais fait l'objet de publicité—Les défenderesses sont des compagnies connexes—Loblaws, la société mère, est le plus grand distribu-

MARQUES DE COMMERCE—Suite

teur alimentaire au Canada—Depuis mai 1992, elle a fait la promotion et la vente dans l'ensemble du Canada d'une salsa dans des bocaux munis d'étiquettes portant le mot «volcano»—La salsa fait partie d'une gamme de salsas dont la force ou le caractère épicé varie en intensité—Les salsas de forces diverses sont présentées ensemble—Loblaws est propriétaire des marques de commerce «La Eleccion del Presidente», «President's Choice», «President's Choice in Design, PC et PC Script»—Elles sont reconnues dans le sud et le centre de l'Ontario par pratiquement tous les acheteurs au détail comme des marques de commerce exclusives de Loblaws—La salsa désignée «volcano» a toujours été vendue sous la marque de commerce «La Eleccion del Presidente» figurant sur les étiquettes dans le même caractère typographique que la marque de commerce «President's Choice in Design»—La demanderesse allègue que son droit à la marque de commerce est violé par l'emploi de «volcano» par les défenderesses—L'action et la demande reconventionnelle sont rejetées—1) Les art. 19 et 20 de la Loi sur les marques de commerce prévoient que l'emploi de la marque de commerce doit servir à distinguer les marchandises du défendeur—Le message véhiculé au public par l'étiquette est l'élément déterminant de l'emploi comme marque de commerce—Loblaws n'emploie pas «volcano» comme une marque de commerce—Elle l'emploie pour indiquer l'intensité du caractère épicé du produit, non pour identifier la source particulière de la salsa—La source du produit de Loblaws est identifiée par l'emploi de la marque de commerce «La Eleccion del Presidente»—«Volcano» figure au sein d'un ensemble d'autres mots comme «*natural*», «*chunk*», décrivant le produit et non sa source—Les défenderesses n'ont pas contrevenu aux art. 19 et 20—2) Considérant toutes les circonstances de l'espèce, l'emploi de «volcano» par Loblaws n'a vraisemblablement pas créé de confusion—Aucun élément de preuve n'a établi qu'il y a eu effectivement confusion—La marque de commerce de la demanderesse n'est pas bien connue, mais vendue en petites quantités dans une aire géographique limitée—La demanderesse et les défenderesses ont des types de commerce différents—La présentation des marques de commerce de Loblaws sur la salsa de Loblaws est reconnue comme indiquant la source des marchandises—La force d'un argument de la demanderesse, à savoir que les deux produits sont faits d'ingrédients similaires et utilisés à des usages similaires, est affaiblie par le fait que la demanderesse a reconnu que la salsa et la sauce au piment fort ne sont pas fondamentalement des produits similaires—La sauce au piment fort est perçue comme un ingrédient ou un condiment—La salsa est un produit final autonome ressemblant plutôt à une trempette—Les produits des parties ne sont pas similaires au point de créer de la confusion chez un consommateur à leur sujet, particulièrement dans le cas où le caractère épicé prononcé du produit de la demanderesse plairait à quelqu'un qui recherche une épice très forte—3) La conclusion que Loblaws n'a pas employé «volcano» comme une marque de commerce pour distinguer ses

MARQUES DE COMMERCE—Suite

marchandises permet d'écarter l'argument que son emploi de «volcano» suffirait à rendre la marque de commerce de la demanderesse non distinctive—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 19 (mod. par L.C. (1993), ch. 15, art. 60), 20.

PEPPER KING LTD. C. SUNFRESH (T-2351-93, juge Dawson, jugement en date du 7-9-00, 24 p.)

ENREGISTREMENT

Confusion—Appel à l'encontre d'un jugement de la Section de première instance ((1999), 87 C.P.R. (3d) 193) accueillant l'appel interjeté contre une décision de la Commission d'opposition des marques de commerce, accueillant l'opposition formée par la Polo Ralph Lauren Corporation contre l'enregistrement par la United States Polo Association (USPA) des marques de commerce «United States Polo Association & Design» et «U.S.P.A. & Design » en vue de l'usage en liaison avec des vêtements pour hommes, femmes et enfants et rejetant les demandes d'enregistrement des marques de commerce projetées au motif que l'intimée ne s'était pas acquittée de sa charge d'établir que les marques demandées ne créaient pas de confusion avec la marque enregistrée de l'appelante «Polo Player Design» et «Polo»—La question en litige est de savoir si le premier juge a erré en droit en n'appliquant pas le critère approprié concernant la probabilité de confusion (le critère consiste à se demander si, comme première impression dans l'esprit d'un consommateur ordinaire ayant un souvenir vague et imparfait de l'autre marque, l'emploi des deux marques, dans la même région et de la même façon, est susceptible de donner l'impression que les marchandises reliées à ces marques sont produites ou commercialisées par la même société)—Questions préliminaires concernant l'admissibilité et l'utilisation de certains affidavits additionnels produits par l'USPA devant le premier juge et à la norme de contrôle applicable—Appel rejeté—Le juge Malone, J.C.A., (le juge Strayer, J.C.A., y souscrivant): Un certain nombre des affidavits additionnels produits par l'USPA devant le premier juge ne se limitent pas aux faits dont les déclarants ont une connaissance personnelle; il n'y a pas ouverture à l'exception à la règle du oui-dire—Donc, le juge de première instance n'aurait dû considérer ou invoquer aucun de ces affidavits dans son analyse—Application de la norme de contrôle définie dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.): lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions de fait du registraire, comme c'est le cas en l'espèce, le juge de première instance doit en venir, et en est effectivement venu, à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire—Le fait pour le premier juge de s'appuyer sur la preuve d'un affidavit inadmissible constitue une erreur de droit et la Cour est donc autorisée à

MARQUES DE COMMERCE—Suite

effectuer sa propre analyse de la question de la confusion—L'analyse du premier juge considère à tort les dessins-marques de l'USPA séparément du jeu de polo au lieu de les voir en liaison avec les articles d'habillement pour lesquels l'enregistrement est demandé—Cette analyse omet également d'examiner le degré de ressemblance entre les marques au plan de la présentation et des idées qu'elles suggèrent à la première impression—Les marques ont effectivement un certain degré de ressemblance matérielle—Dans l'examen des circonstances de l'espèce au titre de l'art. 6(5) de la Loi, la preuve d'un usage répandu a été acceptée dans d'autres affaires comme affaiblissant l'importance de la ressemblance prévue à l'art. 6(5)e sur la base qu'un usage répandu implique que le marché est en mesure de faire la distinction entre les marques concurrentes—La présence d'un élément commun dans les marques de commerce (le cheval et le maillet de polo) a été jugée comme ayant des répercussions importantes sur la question de la confusion du fait que cette utilisation courante tend à inciter les acheteurs à porter davantage leur attention sur les autres éléments des différentes marques—En fonction du critère de la première impression et sur le fondement de l'ensemble de la preuve, l'USPA a établi, comme il lui incombait de le faire, qu'il n'y a pas de probabilité de confusion entre ses dessins-marques et l'une des marques de commerce Polo, malgré le fait qu'ils soient produits et commercialisés pour des vêtements appelés à être vendus sur le marché canadien de détail—L'état du registre constitue une preuve convaincante de l'absence de confusion—Il peut être raisonnablement déduit que les consommateurs de vêtements au Canada sont habitués à établir de fines distinctions entre les diverses marques polo—Le juge Isaac, J.C.A.: Le juge de première instance n'a pas considéré à tort les dessins-marques de l'USPA séparément du jeu de polo au lieu de les voir en liaison avec les articles d'habillement pour lesquels l'enregistrement est demandé et il ne peut lui être reproché de ne pas avoir appliqué le critère de la première impression—Le premier juge a correctement défini la règle de droit applicable—Il a clairement pris en considération le critère juridique approprié et n'a pas commis les erreurs de droit alléguées dans les motifs de l'autre juge d'appel—Donc, en l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait manifeste et prédominante, la décision du juge de première instance ne doit pas être modifiée—Comme la question de la «confusion» est une question de fait, le seul fait que la Cour serait arrivée à une conclusion différente ne suffit pas pour qu'elle substitue son appréciation des faits à celle du juge de première instance—Vu la preuve et en fonction de la perspective du consommateur moyen qui n'a qu'un souvenir vague et imparfait des marques de l'appelante, on ne peut conclure que le premier juge a décidé à tort que les marques ne créaient pas de confusion—Les marques de l'USPA ne ressemblent pas aux marques de l'appelante dans la présentation, le son ou les idées qu'elles suggèrent—Ce n'est pas à tort que le juge a considéré que les marques de l'intimée avaient un caractère distinctif inhé-

MARQUES DE COMMERCE—Suite

rent—Le «genre de marchandise» ne doit pas être pris en compte à deux reprises, une première fois au titre de l'art. 6(5)c) et une seconde fois au titre de l'art. 6(5)e) de la Loi—Il ne devrait être considéré que comme un seul facteur, et non pas deux—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5)c), e).

UNITED STATES POLO ASSN. C. POLO RALPH LAUREN CORP. (A-205-99, juges Isaac et Malone, J.C.A., jugement en date du 14-9-00, 23 p.)

PRATIQUE

Appel d'une décision du protonotaire refusant d'ordonner de répondre à certaines questions posées à l'interrogatoire préalable du représentant de la demanderesse—Action en contrefaçon de marque de commerce et en commercialisation trompeuse introduite par la déclarante de la demanderesse, déposée le 23 juin 1999—À l'interrogatoire préalable du représentant de la demanderesse, la plupart des questions de la défenderesse ont reçu des réponses, soit pendant l'interrogatoire, soit après un examen ultérieur—Un certain nombre d'autres questions ayant fait l'objet d'un refus de répondre, la requête de la défenderesse pour exiger des réponses a conduit à la décision attaquée—Le protonotaire a-t-il commis une erreur de droit?—Dans la révision d'une décision discrétionnaire du protonotaire, la Cour n'intervient que dans les cas où elle conclut que le protonotaire a commis une erreur de droit flagrante, en ce que la décision se fonde sur un mauvais principe, sur une mauvaise appréciation des faits ou est entachée d'erreur et porte sur une question déterminante sur l'issue finale du principal—La défenderesse a le droit de poser des questions au sujet de la confusion alléguée par rapport aux intérêts de la demanderesse sur les droits de marque non déposée—Les questions ici visées, s'agissant d'enregistrement de marques de commerce aux États-Unis et d'activités connexes, ne sont pas pertinentes par rapport aux prétendus intérêts de la demanderesse sur des droits de marque de commerce non déposée au Canada—Elles ne sont pas pertinentes eu égard aux faits et aux moyens invoqués dans la déclaration—L'ordonnance du protonotaire n'est pas entachée d'une erreur flagrante—Appel rejeté.

ANCHOR BREWING CO. C. SLEEMAN BREWING & MALTING CO. (T-1158-99, juge MacKay, ordonnance en date du 14-9-00, 6 p.)

RADIATION

Appel interjeté d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce qui a refusé de radier du registre la marque de commerce «Volcano» utilisée en liaison avec de la sauce piquante—La commission a déterminé que la question était de savoir si la marque de commerce employée par le titulaire de l'enregistrement était

MARQUES DE COMMERCE—Fin

si différente de la marque de commerce déposée qu'elle ne pouvait être considérée comme un emploi de la marque de commerce déposée, puis elle a appliqué le critère exposé dans l'affaire *Registraire des marques de commerce c. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull, Société Anonyme et al.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 523 (C.A.F.) et a conclu que l'emploi de la marque de commerce était conforme à l'art. 4(1) de la Loi sur les marques de commerce—Il s'agit uniquement de décider si la commission a commis une erreur en concluant que les factures remises par l'intimée, le propriétaire inscrit, au cours de la période en cause représentent un «emploi» de la marque de commerce «Volcano» en liaison avec de la sauce piquante—Appel accueilli—La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, au moment du transfert de la sauce piquante du fabricant aux restaurants ou aux distributeurs, les factures contenant la marque de commerce «Volcano» constituaient un avis de liaison entre la marque et les marchandises—Il s'agit-là d'une question de fait qui doit être tranchée en fonction de la preuve produite—L'affidavit de l'intimée, la seule preuve produite, est muet sur les circonstances de la remise des factures et de la livraison des marchandises—La commission a commis deux erreurs en concluant qu'à moins d'une preuve claire établissant que les factures n'étaient pas jointes aux marchandises, il est raisonnable de présumer que, dans la pratique normale du commerce, les factures sont jointes aux marchandises lorsque les marchandises sont vendues au client: elle a reporté le fardeau de la preuve sur le demandeur alors qu'il est clair que, dans une procédure engagée aux termes de l'art. 45, le fardeau de la preuve incombe entièrement au propriétaire inscrit; elle n'était pas fondée à présumer que les factures étaient jointes aux marchandises au moment du transfert—La titulaire de l'enregistrement, Pepper King Ltd., n'a pas déposé d'affidavit supplémentaire en appel devant la présente Cour et ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait aux termes de l'art. 45 d'établir, d'une façon claire et non équivoque, que les factures sur lesquelles figurait la marque «Volcano» satisfaisaient aux exigences prévues à l'art. 4(1) de la Loi, à savoir qu'elles établissaient qu'au moment du transfert, l'acheteur était avisé de la liaison qui existait entre la marque et les marchandises—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4(1), 45 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 232; 1994, ch. 47, art. 200).

RICHE, MCKENZIE & HERBERT C. PEPPER KING LTD. (T-1431-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 28-9-00, 10 p.)

PRATIQUE

Dispense d'observation des règles—Requête visant à l'obtention d'une ordonnance autorisant le demandeur à faire entendre une affaire *in forma pauperis*, fondée sur la règle

PRATIQUE—Suite

relative aux lacunes permettant à celui-ci de se prévaloir des règles de procédure civile de l'Ontario; droit d'accès à cette Cour conformément à la common law ainsi qu'aux art. 2 et 24 de la Charte—Action intentée contre la défenderesse par suite des mesures prises par les employés de cette dernière dans le cadre de la poursuite d'accusations portées contre le demandeur—Le demandeur n'a pas les moyens de payer les frais judiciaires et droits payables au greffe ainsi que les coûts adjugés contre lui—Ni les Règles de la Cour fédérale (1998) ni les Règles de procédure civile de l'Ontario ne prévoient une instruction *in forma pauperis*—La règle 55 des Règles de la Cour fédérale (1998) autorise la Cour, dans des circonstances particulières, à dispenser de l'observation d'une disposition des règles—L'expression «circonstances particulières» implique la justice et l'absence de préjudice: *Chow c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 161 F.T.R. 156 (C.F. 1^{re} inst.)—La conduite des personnes qui demandent une dispense en vertu de la règle 55 est examinée à fond: *Pfizer Canada Inc. c. Nu-Pharm Inc.* (1996), 65 C.P.R. (3d) 493 (C.F. 1^{re} inst.)—Toute application de la règle 55 doit être conforme aux principes généraux adoptés dans les Règles de la Cour fédérale (1998), lesquels sont résumés dans la règle 3—L'obligation d'observer les règles exigeant que la partie requérante paie les frais prévus par le tarif A à l'égard de la présente requête, de l'action principale et d'autres procédures fait l'objet d'une dispense—Les art. 2 et 24 de la Charte ne s'appliquent pas—L'art. 2 garantit uniquement les libertés fondamentales de la personne alors que l'art. 24 reconnaît simplement qu'une personne peut assurer l'exercice de ses droits devant un tribunal compétent—Le demandeur n'a pas signifié d'avis en vue de faire savoir qu'il invoquerait des arguments d'ordre constitutionnel conformément à l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale—L'art. 57 prévoit qu'une loi ou un texte d'application ne peut être déclaré invalide, inapplicable ou sans effet à moins que le procureur général du Canada n'ait été avisé—Cependant, il n'est pas nécessaire d'appliquer l'art. 57—La doctrine de la primauté du droit faisait partie du droit dans les ressorts du Canada où s'applique la common law avant l'adoption de la Charte, comme c'est le cas pour le précepte y afférent, à savoir l'égalité des droits parmi tous les habitants—Ce qui en droit est réservé aux pauvres gens est un droit de la personne qui peut donc être revendiqué par le demandeur—Étant donné que le demandeur sollicite l'égalité des droits, il ne cherche pas à remettre en question la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel d'une loi fédérale ou provinciale—L'absence d'une règle de procédure *in forma pauperis* viole la doctrine de la primauté du droit, ce qui constitue à coup sûr une circonstance particulière au sens de la règle 55—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 5, 55—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)—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.)

PRATIQUE—Suite

[L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 2, 24—Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règ. 194.

PEARSON C. CANADA (T-290-99, juge Muldoon, ordonnance en date du 14-9-00, 10 p.)

ACTES DE PROCÉDURE

Modifications

Appel interjeté relativement à l'ordonnance du protonotaire autorisant la défenderesse Anchortek à modifier sa demande reconventionnelle et exigeant de la demanderesse qu'elle produise le règlement à l'amiable intervenu avec un tiers (Austin Powder Ltd.)—Il ressort du texte de la modification que la thèse de la défenderesse s'appuie sur le règlement intervenu entre la demanderesse et Austin Powder qui renferme une clause exigeant d'Austin Powder qu'elle cesse d'acheter à Anchortek ses cartouches non mises en question et qu'elle achète plutôt les cartouches de la demanderesse—Le règlement prévoit également que si Anchortek a gain de cause dans le cadre de l'action principale, c'est-à-dire si le tribunal conclut que sa cartouche Energy Plug ne contrefait pas le brevet d'Almecon, la clause susmentionnée est nulle et sans effet—Anchortek allègue que la concession obtenue d'Austin Powder concernant l'achat des cartouches non mises en question découle directement de l'allégation selon laquelle les cartouches Energy Plug d'Anchortek contrefont le brevet de la demanderesse—La demanderesse fait valoir que la seule allégation qui, suivant les paragraphes ajoutés, serait fautive et trompeuse est que la cartouche Energy Plug d'Anchortek contrefait le brevet d'Almecon—Elle prétend qu'une allégation figurant dans un acte de procédure ne confère aucun droit d'action aux fins de l'art. 7a) de la Loi sur les marques de commerce; par conséquent, la déclaration figurant dans une entente portant règlement ne confère pas non plus un droit d'action et le protonotaire a commis une erreur en autorisant la modification—Appel rejeté—La déclaration fautive ou trompeuse faite par un breveté à un tiers et tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent, y compris la déclaration selon laquelle le produit d'un tiers contrefait son brevet, confère un droit d'action fondé sur l'art. 7a): *S. & S. Industries Inc. c. Rowell*, [1966] R.C.S. 419—La demanderesse n'a invoqué aucun arrêt de jurisprudence à l'appui de sa prétention voulant qu'une clause d'un règlement ne puisse conférer un droit d'action fondé sur l'art. 7a)—Vu cette omission, et dans la mesure où le règlement porte sur des questions non soulevées dans l'acte de procédure initial (en l'occurrence les cartouches non mises en question), on ne peut conclure qu'il est manifeste ou indubitable que la prétention d'Anchortek, fondée sur le règlement, sera rejetée—Une fois la modification autorisée, les documents constatant le

PRATIQUE—Suite

règlement sont les principaux éléments de preuve documentaire qu'AnchorTek pourra invoquer au procès—En conséquence, le règlement est un document pertinent et devrait être produit conformément à l'ordonnance—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7a.

ALMECON INDUSTRIES LTD. C. ANCHORTEK LTD.
(T-992-92, juge Dawson, ordonnance en date du 25-9-00, 6 p.)

AFFIDAVITS

Requêtes présentées dans le cadre d'un contrôle judiciaire relatif à un programme de Développement des ressources humaines Canada (DRHC) visant à offrir des services d'enseignement et de formation aux collectivités autochtones urbaines—Le procureur général a présenté une requête à deux volets en vue: 1) d'obtenir l'autorisation de déposer un autre affidavit supplémentaire en application des Règles de la Cour fédérale (1998), règle 312; 2) d'obliger les requérants à produire un document—Les requérants ont présenté une requête fondée sur la règle 316 pour obtenir l'autorisation de produire à l'audience des témoins devant déposer sur des questions de fait touchant la structure, le mode de fonctionnement, l'organisation, le mode de règlement des questions soulevées, le processus de prise de décision et la façon de rendre compte des collectivités autochtones urbaines à Winnipeg, Toronto—La règle 316 permet à la Cour, dans des circonstances particulières, d'autoriser un témoin à témoigner à l'audience quant à une question de fait soulevée dans une demande—Les requérants ont allégué l'existence de circonstances particulières, savoir que le témoignage oral était nécessaire pour résoudre les contradictions susceptibles de découler des affidavits et que l'histoire et les politiques des collectivités autochtones ne se trouvent pas dans des livres ou des documents écrits mais sont plutôt transmises par tradition orale—La requête du procureur général a été accueillie—Les requérants ont reconnu que la demande du procureur général était pertinente et susceptible d'aider la Cour à trancher le litige—La requête des requérants a été rejetée—La résolution, lors d'un contrôle judiciaire, de difficultés découlant d'une preuve contradictoire ne constitue pas une circonstance particulière—La preuve visant à établir comment les collectivités autochtones sont organisées et prennent des décisions peut très bien prendre la forme d'affidavits—Toutefois, comme il s'agit d'un aspect important de l'affaire, les requérants ont été autorisés à déposer une preuve restreinte sur le mode de fonctionnement des collectivités autochtones urbaines à Winnipeg, Toronto, Niagara Falls—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 312, 316.

PREMIÈRE NATION ALGONQUINE D'ARDOCH C. CANADA
(PROCEUR GÉNÉRAL) (T-1274-99, juge Lemieux,
ordonnance en date du 12-9-00, 6 p.)

PRATIQUE—Suite**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Appel d'une décision du protonotaire Hargrave rejetant la requête présentée par la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP) afin d'interroger M. Catherwood, une personne qui n'est pas partie à l'instance dont était issue la requête—Le protonotaire Hargrave n'a pas mal apprécié les faits ni par ailleurs commis une erreur de droit en concluant que CP avait omis d'établir que les renseignements pouvant être obtenus de M. Catherwood ne pouvaient l'être d'une autre source par des moyens raisonnables—CP n'a pas satisfait aux exigences de la règle 238(3)b—L'interrogatoire aurait uniquement pour but d'obtenir de M. Catherwood des renseignements au sujet de l'utilisation d'aide-remorqueurs au pont de Mission de façon à pouvoir en inférer que des aide-remorqueurs étaient couramment utilisés à cet endroit—La façon de faire des autres exploitants de remorqueurs serait tout aussi pertinente aux fins de déterminer si les exploitants de remorqueurs font généralement appel à des aide-remorqueurs au pont de Mission—À moins que CP ne soit en mesure d'établir que l'information concernant les méthodes employées par les exploitants de remorqueurs au pont de Mission ne peut être obtenue d'une autre source par des moyens raisonnables, elle n'est pas admise à interroger M. Catherwood en application de la règle 238—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 238.

BAYSIDE TOWING LTD. C. CIE DE CHEMIN DE FER
CANADIEN PACIFIQUE (T-1692-99, juge Evans, ordonnance en date du 21-8-00, 3 p.)

PREUVE

Requête en autorisation en vue du dépôt de nouveaux éléments de preuve, soit l'affidavit de M. Bill Erasmus, chef national de l'appelante la Nation dénée—Appel de la décision rendue par le juge Gibson ([1999] 4 C.F. 72) par laquelle celui-ci a rejeté la contestation des appelants quant à la validité du Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs—Les intimés s'opposent à cette requête—Cependant, si la requête était accueillie, ils cherchent subsidiairement à obtenir une ordonnance portant radiation de certains passages de l'affidavit de M. Erasmus, ainsi qu'une ordonnance les autorisant à contre-interroger M. Erasmus et à déposer, en réponse, un affidavit—Les appelants se fondent sur la règle 351 pour étayer leur requête visant le dépôt de nouveaux éléments de preuve—Le point de départ pour les fins de l'application de la règle 351 est la décision rendue par le juge MacGuigan, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Frank Brunckhorst Co. c. Gainers Inc.*, [1993] A.C.F. n° 874 (C.A.) (QL)—La Cour doit être convaincue que la preuve 1) ne pouvait, avec diligence raisonnable, être

PRATIQUE—Fin

découverte avant la fin de l'audition qui fait l'objet de l'appel, 2) qu'elle est crédible et 3) qu'elle est pour ainsi dire déterminante quant à une question dans l'appel—Les deux dernières conditions ont été remplies, mais pas la première—La raison pour laquelle l'affidavit de M. Erasmus n'a pas été prêt à temps pour l'audition est qu'il s'est écoulé trop de temps avant que M. Erasmus obtienne le consensus au sein de l'organisation de la Nation dénée—Il ne s'agit pas d'un motif raisonnable pour l'omission de produire des éléments de preuve pertinents lors de l'audition—Rien ne porte à croire que M. Erasmus soit la seule personne qui aurait pu témoigner à l'égard de l'élément de preuve qu'on cherche à faire admettre en preuve aujourd'hui—Dans la mesure où la Nation dénée est une personne morale, il serait loisible aux tribunaux de statuer dans le futur que la question du caractère adéquat des consultations préliminaires tient lieu de chose jugée—Les intérêts de la justice ne nécessitent pas la délivrance d'une ordonnance permettant le dépôt de l'affidavit de M. Erasmus dans le cadre du présent appel—La requête des appelants est rejetée—La requête des intimés est également rejetée—Règlement modifiant le Règlement sur les oiseaux migrateurs, DORS/99-147—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 351.

ALLIANCE ANIMALE DU CANADA C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (A-310-99, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 7-9-00, 19 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Licenciement—Demande de contrôle judiciaire de la décision qu'un arbitre a rendue à l'égard d'une plainte fondée sur le Code canadien du travail que la défenderesse a déposée contre son employeur, Rogers Cablesystems Ltd., en raison de son licenciement—L'arbitre a conclu qu'à l'époque du licenciement, Rogers procédait à une réorganisation en bonne et due forme, mais que d'autres considérations, qui n'ont pas été communiquées à la défenderesse, avaient joué un rôle dans le choix qui a mené au licenciement de celle-ci—L'arbitre a conclu que cette omission constituait une violation de la norme d'équité procédurale inhérente au concept de justification prévu au Code—En conséquence, l'arbitre a accordé à la défenderesse les trois quarts de ses frais juridiques raisonnablement engagés relativement à l'audition, ainsi que tous les débours et dépenses raisonnables, pour un total de 53 000 \$—Les questions litigieuses sont de savoir si l'arbitre a outrepassé sa compétence en concluant que le motif réel, effectif et

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

principal du licenciement de la défenderesse n'était pas un manque de travail ou la suppression d'un poste; si l'arbitre a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait, en concluant que Rogers a tiré profit de motifs d'affaires légitimes pour licencier la défenderesse alors que la suppression d'un poste n'était pas le motif réel, effectif et principal du licenciement, et que la défenderesse n'avait pas été informée du vrai motif de son licenciement avant l'audience—Rogers soutient qu'une fois que l'arbitre avait conclu que les coupures d'effectifs ont été faites dans le cadre d'une réorganisation en bonne et due forme de l'entreprise, que Rogers avait le droit de licencier ses commis au contrôle des données à temps partiel (dont la défenderesse) par suite d'un manque de travail, et que Rogers avait choisi de licencier la défenderesse d'une façon qui n'était pas arbitraire, discriminatoire ou déraisonnable, il n'avait plus compétence étant donné qu'en vertu de l'art. 242(3.1) du Code, un arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte lorsque le plaignant a été licencié en raison d'un manque de travail—Demande accueillie—Dans l'examen de la décision de l'arbitre pour voir s'il n'a pas tenu compte des faits qui lui étaient soumis, la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable; lorsqu'il s'agit de déterminer si l'arbitre avait compétence pour entendre la plainte, la norme de contrôle est celle de la décision correcte—Une fois que l'arbitre a déterminé que Rogers avait démontré que sa réorganisation était de bonne foi et que Rogers avait le droit de licencier des membres de son département de contrôle des données suite à un manque de travail, il n'avait pas compétence pour procéder à un examen au fond de la plainte au sujet du licenciement de la défenderesse—Cette conclusion est étayée par *Air Canada c. Davis* (1994), 72 F.T.R. 283 (C.F. 1^{re} inst.) et *Énergie atomique du Canada c. Jindal* (1996), 110 F.T.R. 221 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998) N.R. 212 (C.A.F.)—Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner un motif subsidiaire, la Cour estime que les conclusions de l'arbitre (que la motivation de Rogers était uniquement fondée sur l'ancienneté et qu'on avait fait une exception à ce critère en choisissant de licencier la défenderesse), ont été tirées par ce dernier sans qu'il tienne compte de la preuve qui lui était présentée et que, partant, elles étaient manifestement déraisonnables—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

ROGERS CABLESYSTEMS LTD. C. ROE (T-1563-99, juge Dawson, ordonnance en date du 8-9-00, 20 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9