



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2000, Vol. 3, Part 1**

**2000, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2000] 3 F.C., 3-224**

**Renvoi [2000] 3 C.F., 3-224**

---



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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

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, dont le Commissaire est GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B., LL.D.*

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

*Les rubriques suivantes du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtistes, sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne: abstrats 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 .....	<b>D-1</b>
Appeals Noted .....	<b>I</b>

<b>Ahamad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) .....</b>	<b>109</b>
--	------------

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Abandonment of refugee claim — Applicant failing to appear at refugee claim hearing — Counsel invoking medical reasons, presenting doctor's certificates — CRDD denying adjournment, determining refugee claim abandoned — CRDD could not have reasonably concluded claim abandoned.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Standard of review — Applicant failing to appear at refugee claim hearing — Counsel invoking medical reasons, presenting doctor's certificates — CRDD denying adjournment, determining refugee claim abandoned — Applying standard of review in *Baker v. Canada and Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, CRDD decision unreasonable.

*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'arrêtiiste 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 .....	<b>F-1</b>
Appels notés .....	<b>I</b>

<b>Ahamad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) .....</b>	<b>109</b>
---	------------

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Désistement d'une revendication du statut de réfugié — Demandeur qui omet de se présenter à l'audition de sa revendication du statut de réfugié — L'avocat invoque des raisons médicales, présente des certificats de médecin — La SSR refuse d'ajourner l'audition et statue que le demandeur s'est désisté de sa revendication — La SSR ne pouvait raisonnablement conclure que le demandeur s'était désisté de sa revendication.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Norme de contrôle — Demandeur qui omet de se présenter à l'audition de sa revendication du statut de réfugié — L'avocat invoque des raisons médicales, présente des certificats de médecin — La SSR refuse d'ajourner l'audition et statue que le demandeur s'est désisté de sa revendication — Appliquant la norme de contrôle de *Baker c. Canada*, et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, la Cour statue que la décision de la SSR était déraisonnable.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Bayside Towing Ltd. v. Canadian Pacific Railway (T.D.)** ..... 127

Maritime law — Practice — Motion to strike out portions of defence in limitation of liability action — Limitation of liability under Canada Shipping Act (CSA) and 1976 Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims — Damage caused by dumb barge, in tow of tug, to CPR bridge — Whether allegations of “wilful default” (as used in CSA) sufficiently close to “intent to cause loss or committed recklessly with knowledge of probable result” in Convention, Art. 4 — Whether, despite S.C.C. decision in *The Rhone*, limitation fund should be based, according to flotilla principle, on combined tonnages of tug, barge — Not obvious allegation of recklessness could not succeed — Allegation based on *res ipsa loquitur* struck as no longer applicable in Canada — Allegation of statutory breach struck as nominate tort of statutory breach not recognized in Canada.

### **Canada (Attorney General) v. Boutilier (C.A.)** .... 27

Public Service — Jurisdiction — PSSRB — Appeals from F.C.T.D. judgments holding adjudicators lacking jurisdiction to decide human rights dispute arising under collective agreement — PSSRA, s. 91 conferring right to grieve interpretation, application of statute dealing with terms, conditions of employment in respect of which “no administrative procedure for redress” provided in Act of Parliament — F.C.A., F.C.T.D. consistently holding language used in s. 91 indicating Parliament intending to remove from normal grievance procedures under PSSRA certain specialized areas — Interpretation supported by French version — Also, statutory bar in s. 91 not unilaterally imposed as master collective agreement denying access to usual grievance procedure where another administrative procedure provided by Act of Parliament — In federal labour matters, if another administrative procedure available to grievor, must be used as long as “real” remedy — Need not be equivalent or better remedy provided dealing meaningfully, effectively with substance of grievance — Possible delay in securing redress not significant unless so pronounced as to amount to no real remedy — Differences in administrative remedy not changing it into non-remedy — Most jurisdictional matters resolved by adjudicator before commencement of grievance proceedings, but unavoidable effect of language of s. 91 that human rights issue may arise during hearing causing loss of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Bayside Towing Ltd. c. Canadien Pacifique (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 127

Droit maritime — Pratique — Requête en radiation de certaines parties de la défense dans une action en limitation de responsabilité — Limitation de la responsabilité prévue par la Loi sur la marine marchande du Canada (la LMM) et par la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes — Dommage causé à un pont du CP par un chaland «non propulsé» tiré par un remorqueur — Question de savoir si les allégations d’«omission volontaire» (au sens de la LMM) se rapprochent suffisamment des actes «commis avec l’intention de provoquer un dommage ou commis témérement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement» au sens de l’art. 4 de la Convention — Question de savoir si, malgré la décision rendue par la C.S.C. dans l’arrêt *Le Rhône*, le fonds consigné doit être fondé, selon le principe de la flottille, sur les jauges totales du remorqueur et du chaland — Il n’est pas évident que l’allégation d’imprudence ne sera pas retenue — L’allégation fondée sur la maxime *res ipsa loquitur* est radiée car cette maxime ne s’applique plus au Canada — L’allégation relative à la violation d’une loi est radiée étant donné que le délit civil spécial de manquement à une obligation légale n’est pas reconnu au Canada.

### **Canada (Procureur général) c. Boutilier (C.A.)** ... 27

Fonction publique — Compétence — CRTFP — Appels à l’encontre de décisions rendues par la C.F. 1<sup>re</sup> inst. selon lesquelles les arbitres sont incompétents pour connaître des litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d’une convention collective — L’art. 91 de la LRTFP accorde le droit de déposer un grief relativement à l’interprétation ou à l’application d’une loi portant sur des conditions d’emploi à l’égard desquelles «aucun autre recours administratif de réparation» n’est prévu sous le régime d’une loi fédérale — La C.A.F. et la C.F. 1<sup>re</sup> inst. ont constamment statué que, à la lumière du libellé de l’art. 91, l’intention du législateur était d’exclure de la procédure normale de règlement des griefs prévue sous le régime de la LRTFP certains sujets spécialisés — Cette interprétation est appuyée par la version française de l’article — De plus, l’interdiction de la loi contenue à l’art. 91 n’a pas été imposée unilatéralement aux fonctionnaires, puisque la convention cadre exclut le recours à la procédure normale de règlement des griefs lorsqu’il existe une autre procédure administrative prévue par une loi du Parlement — En matière de relations de travail sous le régime fédéral, si le plaignant peut se prévaloir d’un autre recours administratif de réparation, ce recours doit être épuisé dans la mesure où il fournit une réparation «véritable» — Ce recours n’a pas à fournir une réparation égale ou supérieure, à condition qu’il traite la plainte de façon

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

jurisdiction — Parties should attempt to determine in advance whether human rights issues involved and act accordingly.

Human Rights — Appeals from F.C.T.D. judgments holding adjudicators lacking jurisdiction to decide human rights disputes arising under collective agreements — PSSRA, s. 91 conferring right to grievance interpretation, application of statute dealing with terms, conditions of employment in respect of which “no administrative procedure for redress” provided in Act of Parliament — Courts consistently holding Parliament, by language used in s. 91, intending to remove from certain specialized areas grievance procedures under PSSRA — In federal labour matters, if another administrative procedure available to grievor, process must be used, provided “real” remedy — Gives primacy in dispute resolution to human rights administration, other expert administrative schemes, where expertise, consistency favoured by Parliament, over decisions by ad hoc adjudicators — Up to Human Rights Commission to send matters to arbitration pursuant to CHRA, s. 41 if appropriate.

### **Canadian National Railway Co. v. Eagle Forest Products Ltd. Partnership (C.A.) ..... 46**

Administrative law — Statutory appeals — *Certiorari* — Standard of review — Appeal from Canadian Transportation Agency’s order requiring removal of restrictions with respect to applicability of rates to Canadian points specified in Tariff — Specialized nature of tribunal, particular expertise in understanding, administering complex regulatory scheme most important factor in determining appropriate standard of review — Agency specialized tribunal possessing particular expertise in deciding matter such as that at issue herein, under somewhat complex regulatory scheme — Had to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

raisonnable et efficace quant au fond du grief — Les délais qui peuvent survenir au cours du processus menant à l’obtention de la réparation ne sont pas significatifs, à moins d’être à ce point excessifs que la situation équivaut à priver le plaignant d’une réparation véritable — Les différences existantes entre les recours administratif n’ont pas pour effet d’anéantir toute possibilité de réparation — La plupart des questions de compétence devraient être tranchées par l’arbitre au début des procédures de règlement des griefs, mais la conséquence incontournable du libellé de l’art. 91 est la possibilité qu’une question liée aux droits de la personne soit soulevée au cours d’une audience, faisant ainsi perdre à l’arbitre sa compétence pour connaître du litige — Les parties doivent faire un effort pour déterminer à l’avance si des questions liées aux droits de la personne sont en cause et agir en conséquence.

Droits de la personne — Appels à l’encontre de décisions rendues par la C.F. 1<sup>re</sup> inst. selon lesquelles les arbitres sont incompétents pour connaître des litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d’une convention collective — L’art. 91 de la LRTFP accorde le droit de déposer un grief relativement à l’interprétation ou à l’application d’une loi portant sur des conditions d’emploi à l’égard desquelles «aucun autre recours administratif de réparation» n’est prévu sous le régime d’une loi fédérale — Les tribunaux ont constamment statué que, à la lumière du libellé de l’art. 91, l’intention du législateur était d’exclure de la procédure normale de règlement des griefs prévue sous le régime de la LRTFP certains sujets spécialisés — En matière de relations de travail sous le régime fédéral, si le plaignant peut se prévaloir d’un autre recours administratif de réparation, ce recours doit être épuisé dans la mesure où il fournit une réparation «véritable» — Le règlement des litiges relève principalement du régime des droits de la personne et des autres régimes administratifs spécialisés, dont la spécificité et la cohérence sont privilégiées par le législateur aux décisions des arbitres spéciaux — C’est à la Commission des droits de la personne qu’il revient, aux termes de l’art. 41, de décider de renvoyer des dossiers à l’arbitrage lorsqu’elle le juge approprié.

### **Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Eagle Forest Products Ltd. Partnership (C.A.) ..... 46**

Droit administratif — Appels prévus par la loi — *Certiorari* — Norme de révision — Appel à l’égard d’un arrêté de l’Office des transports du Canada ordonnant la suppression de la restriction relative aux prix applicables au transport à destination des points canadiens prévus dans le tarif — La nature spécialisée du tribunal, soit sa compétence particulière qui lui permet de comprendre et d’administrer un système de réglementation complexe, constitue le facteur le plus important à prendre en compte pour déterminer la norme de révision applicable — L’Office est un tribunal

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

determine whether respondent's routing instructions contrary to arbitrator's decision, in breach of Canada Transportation Act, s. 161(2)(c) undertaking — Interpretation of final offer, undertaking required to decide whether respondent entitled to invoke AAR Accounting Rule 11 in routing instructions or foreclosed by terms of final offer, statutory undertaking from doing so — Question of mixed fact, law whether facts satisfied legal tests — Standard of review reasonableness.

Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's order requiring removal from Tariff of restrictions with respect to applicability of rates to Canadian destinations — On final offer arbitration pursuant to Canada Transportation Act, s. 161 arbitrator selecting respondent's final offer setting out rates to Canadian destinations, formulae to determine rates to destinations in U.S.A. — Respondent providing statutory undertaking to ship goods in accordance with arbitrator's decision — Subsequently respondent issuing bills of lading for carriage of goods to American destinations indicating shipper arranging to have goods carried from Saint John to American destinations via American connecting carrier — Appellant submitting contrary to arbitrator's decision, respondent's undertaking as final offer requiring traffic moving beyond Canada to U.S.A. would be governed by formulae set out therein — Agency holding final offer not containing restriction specifying rates to Canadian points apply only to domestic movements as final destinations, or that cars had to be unloaded at these points — Bearing in mind Agency's special expertise, legislative context, decision not unreasonable — If goods carried to Saint John, unloaded there, rates specified in final offer chargeable; if appellant left to arrange carriage of goods to shipper's customers in U.S.A., formulae contained in final offer would control — Agency not erring in concluding final offer, statutory undertaking not obliging respondent to send traffic beyond Saint John under appellant's auspices — Matter within Agency's specialized expertise for determination in light of facts, statute, policy considerations.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

spécialisé qui possède une compétence particulière pour trancher une question comme celle qui est en litige en l'espèce, en vertu d'un système de réglementation assez complexe — L'Office devait décider si les instructions d'acheminement de l'intimée allaient à l'encontre de la décision de l'arbitre ainsi que de l'engagement qu'elle avait formulé en application de l'art. 161(2)c) de la Loi sur les transports au Canada — L'Office devait interpréter la dernière offre et l'engagement afin de décider si l'intimée avait le droit d'invoquer la Règle comptable 11 dans ses instructions ou si elle était empêchée de le faire par les conditions de sa dernière offre et de son engagement — Le litige porte sur une question mixte de faits et de droit et l'Office devait décider si les faits satisfont au critère juridique — La norme de révision applicable est celle du caractère raisonnable.

Transports — Appel à l'égard d'un arrêté de l'Office des transports du Canada ordonnant la suppression de la restriction relative aux prix applicables au transport à destination de certains points canadiens — Lors de l'arbitrage relatif à la dernière offre en application de l'art. 161 de la Loi sur les transports au Canada, l'arbitre a choisi la dernière offre de l'intimée qui énonçait les prix applicables aux destinations canadiennes et la formule à utiliser pour établir les prix applicables aux destinations américaines — L'intimée a fourni un engagement suivant lequel elle s'obligeait à expédier les marchandises selon les termes de la décision de l'arbitre — Par la suite, elle a établi quatre connaissements relatifs au transport des marchandises vers des destinations américaines, lesquels connaissements indiquaient que l'expéditeur avait pris des dispositions pour faire transporter les marchandises en question de Saint John jusqu'aux destinations américaines par un transporteur de liaison américain — L'appelante a soutenu que cette façon de procéder allait à l'encontre de la décision de l'arbitre et de l'engagement de l'intimée, étant donné que, selon celui-ci, le service de transport assuré à l'extérieur du Canada vers des destinations américaines devait être régi par la formule énoncée dans la dernière offre — L'Office a conclu que la dernière offre n'indique pas que les prix établis pour les points canadiens devaient s'appliquer uniquement aux envois intérieurs pour lesquels un de ces points est la destination finale ou que les wagons devaient être déchargés à ces endroits — Compte tenu de la compétence spécialisée de l'Office ainsi que du contexte législatif, la décision n'était pas déraisonnable — Si les marchandises étaient transportées à Saint John et déchargées à cet endroit, les prix indiqués dans la dernière offre pourraient être exigés; si l'appelante devait prendre des dispositions pour acheminer les marchandises jusqu'aux établissements des clients se trouvant aux États-Unis, la formule prévue dans la dernière offre s'appliquerait — L'Office n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que la dernière offre et l'engagement fondé sur la loi n'obligeaient pas l'intimée à utiliser les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Kajat v. Arctic Taglu (The) (C.A.) . . . . . 96**

Maritime law — Torts — Collision between fishing vessel and tug/barge combination at night — Possibly confusing lighting arrangement on tug/barge and use of searchlight — Similar fact evidence of two fishermen's encounter with tug/barge at night in same vicinity played critical role in ultimate decision on liability — However, Trial Judge's failure to make clear evaluation as to whether witnesses' evidence logically probative constituting error in law and new trial ordered.

Evidence — Similar fact evidence — Collision possibly caused by confusing use of lights by tug/barge combination — Fishermen testifying as to own experiences encountering said combination at night — Where similar fact evidence adduced in civil case to prove fact in issue, reversible error for Trial Judge not to determine whether evidence sufficiently probative to be admissible.

### **Molson Breweries v. John Labatt Ltd. (C.A.) . . . . 145**

Administrative law — Statutory appeals — Appeal from F.C.T.D. judgment allowing appeal from Registrar's refusal to register trade-mark "Export" in association with brewed alcoholic beverages based largely on additional evidence filed (sales, advertising figures, application by Labatt's subsidiary to register "Export" as trade-mark) on appeal — Trade-marks Act, s. 56 providing for appeal to Federal Court from any decision of Registrar — S. 56(5) permitting evidence in addition to that adduced before Registrar to be adduced on such appeal, permitting Federal Court to exercise any discretion vested in Minister — S. 56 appeal partly involves review of Registrar's findings — In absence of additional evidence before F.C.T.D., Registrar's decisions, whether of fact, law or discretion, within area of expertise, to be reviewed on standard of reasonableness simpliciter — When additional evidence adduced in F.C.T.D. that would materially affect findings of fact or exercise of discretion, Judge must come to own conclusion as to correctness of Registrar's decision — Applying reasonableness simpliciter standard of review to Registrar's

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

services de l'appelante pour le transport des marchandises au-delà de Saint John — La question était visée par la compétence spécialisée de l'Office, compte tenu des faits, de la Loi et des facteurs politiques applicables.

### **Kajat c. Arctic Taglu (L') (C.A.) . . . . . 96**

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Abordage en pleine nuit entre un bateau de pêche et un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland — Confusion possible due à la disposition des feux de signalisation sur le remorqueur et le chaland et à l'utilisation d'un projecteur — La preuve de faits similaires concernant l'expérience de deux pêcheurs qui avaient déjà croisé la nuit le remorqueur relié au chaland dans le même voisinage a joué un rôle crucial dans la décision finale sur la responsabilité — Toutefois, l'omission du juge de première instance d'évaluer clairement si le témoignage des pêcheurs était logiquement probant constitue une erreur de droit et un nouveau procès a été ordonné.

Preuve — Preuve de faits similaires — Un abordage a pu être causé par la confusion créée par l'utilisation des lumières par un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland — Des pêcheurs ont témoigné relativement à leur propre expérience quand ils ont croisé le remorqueur-chaland la nuit — Lorsqu'une preuve de faits similaires est produite dans une affaire civile pour prouver un fait en litige, l'omission du juge de première instance de déterminer si la preuve était suffisamment probante pour être admissible constitue une erreur justifiant l'infirmité de sa décision.

### **Brasseries Molson c. John Labatt Ltée (C.A.) . . . . 145**

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel d'un jugement de la Section de première instance accueillant, principalement en raison de la preuve additionnelle soumise en appel (chiffres de vente et de publicité, demande d'enregistrement du mot «Export» comme marque de commerce présentée par une filiale de Labatt), l'appel du refus du registraire d'enregistrer la marque de commerce «Export» en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage — L'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce prévoit l'appel à la Cour fédérale de toute décision du registraire — L'art. 56(5) autorise la présentation d'éléments de preuve additionnels, lors de ces appels, et permet à la Cour fédérale d'exercer toute discrétion dont le registraire est investi — L'appel prévu à l'art. 56 implique, en partie, la révision des conclusions du registraire — En l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, les décisions du registraire, de fait, de droit ou résultant de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable simpliciter — Lorsqu'une preuve

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

decision, and having regard to fact additional evidence adduced in F.C.T.D. not materially affecting findings of fact, exercise of discretion, Registrar's decision should stand.

Trade marks — Registration — Appeal from F.C.T.D. judgment allowing appeal from Registrar's refusal to register trade-mark "Export" in association with brewed alcoholic beverages based largely on additional evidence (sales, advertising figures, application by Labatt's subsidiary to register "Export" as trade-mark) filed on appeal — Basis of opposition "Export" descriptive of quality of beer, not distinctive of product in association with which used — Registrar holding even if "Export" acquiring distinctiveness in Ontario, Quebec no evidence of distinctiveness throughout Canada — F.C.T.D. Judge holding subsidiary's application admission against interest — Concluding "Export" distinctive of Molson's product in Ontario, Quebec, Molson entitled to registration pursuant to Trade-marks Act, s. 12(2) — Appeal allowed — Applicant under s. 12(2) must show proposed trade-mark, although descriptive, acquiring dominant secondary or distinctive meaning in relation to its wares, services — S. 32 permitting registration to be restricted to territorial area in which trade-mark shown to have become distinctive — Date of filing application for registration relevant date for determining distinctiveness by reason of long use under s. 12(2) — Scheme of s. 32 indicating territorially restricted trade-mark limited to cases to which ss. 12(2), 13 apply — Applying s. 32(2), *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.* approach, if distinctiveness of "Export" mark in Ontario, Quebec established, Molson entitled to registration under s. 12(2) — Whether exclusivity essential to prove distinctiveness moot question — Exclusivity not essential to distinctiveness — Little probative value in flawed survey, self-serving evidence of Molson executives as to public recognition of "Export" in association with Molson's product — Sales, advertising evidence not proving "Export" alone distinctive of Molson product — Subsidiary's application should not have been treated as admission against interest — Applying reasonableness simpliciter standard of review, and as additional evidence would not have materially affected findings of fact, exercise of discretion, F.C.T.D. Judge should have allowed Registrar's decision to stand — Where evidence not proving, on balance of probabilities, acquired distinctiveness of descriptive term under s. 12(2) to Registrar's satisfaction, application cannot be allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

additionnelle pouvant influencer sur les conclusions de fait ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire est déposée devant la Section de première instance, le juge doit tirer ses propres conclusions quant à l'exactitude de la décision du registraire — L'application du critère de contrôle de la décision raisonnable simpliciter à la décision du registraire et le fait que la preuve supplémentaire déposée devant la Section de première instance n'aurait pas influé de façon significative sur ses conclusions de fait ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire auraient dû entraîner le maintien de la décision du registraire.

Marques de commerce — Enregistrement — Appel d'un jugement de la Section de première instance accueillant, principalement en raison de la preuve additionnelle soumise en appel (chiffres de vente et de publicité, demande d'enregistrement du mot «Export» comme marque de commerce présentée par une filiale de Labatt), l'appel du refus du registraire d'enregistrer la marque de commerce «Export» en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage — L'opposition avait pour motif que le mot «Export» était descriptif de la qualité de la bière et qu'il n'était pas distinctif du produit en liaison avec lequel il était employé — Le registraire a conclu que même si le mot «Export» avait acquis un caractère distinctif en Ontario et au Québec, rien ne prouvait que c'était le cas pour le reste du pays — Le juge de la Section de première instance a déterminé que la demande soumise par la filiale était un aveu — Elle a conclu que la marque «Export» était distinctive du produit de Molson en Ontario et au Québec et que Molson avait droit à l'enregistrement en vertu de l'art. 12(2) — Appel accueilli — Sous le régime de l'art. 12(2), le requérant doit prouver que la marque de commerce qu'il veut enregistrer, même si elle est descriptive, a acquis une signification seconde et distinctive, prépondérante en liaison avec ses marchandises ou ses services — L'art. 32 permet de restreindre l'enregistrement à la région où la marque de commerce est, d'après la preuve, devenue distinctive — La date à laquelle il faut établir le caractère distinctif de la marque en raison de son emploi prolongé au Canada est la date du dépôt de la demande d'enregistrement — Le mécanisme de l'art. 32 indique que l'octroi d'une marque de commerce à portée territoriale restreinte est limité aux affaires relevant des art. 12(2) et 13 — Suivant l'art. 32(2) et la décision *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*, si Molson établit le caractère distinctif de sa marque «Export» en Ontario et au Québec, elle aura droit à l'enregistrement en vertu de l'art. 12(2) — La question de savoir si l'exclusivité est essentielle à l'établissement du caractère distinctif est sans objet — L'exclusivité n'est pas essentielle au caractère distinctif — Quant à la reconnaissance du terme «Export» par le public en liaison avec le produit Molson, le témoignage intéressé de deux cadres supérieurs de Molson et un sondage faussé n'ont pas de valeur probante significative — La preuve relative aux

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Panchoo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.)** ..... 18

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Validity of case law to effect no right of appeal from refusal to grant stay of deportation order pending determination of application for leave to commence judicial review questioned — Doubtful Immigration Act, ss. 82, 83 precluding appeal — Arguable stay application sought under Federal Court Act, not under Immigration Act — Minister's insistence deportation be carried out forthwith short-circuiting leave application process, bewildering in view of humanitarian, compassionate circumstances.

Practice — Parties — Standing — S.C.C. decision in *Baker v. Canada (MCI)* not authority for proposition child has independent legal right to challenge deportation order issued against parent.

Constitutional law — Charter of rights — Enforcement — Child seeking to prevent father's deportation — Only victim of Charter infringement can seek remedy under Charter, s. 24.

### **Privacy Act (Can.) (Re) (C.A.)** ..... 82

Privacy — Disclosure of information by Revenue Canada (Customs) to CEIC pursuant to memorandum of understanding regarding data capture and release of customs information on travellers (program aimed at catching those receiving EI benefits while out of Canada) authorized by Privacy Act, s. 8 and Customs Act, s. 108 — Privacy Act, s. 8(2) not restricting disclosure of personal information only to purpose for which collected — Under Privacy Act, s. 8(2)(b), Parliament may, by statute, confer on any Minister wide

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

chiffres des ventes et aux dépenses publicitaires n'établit pas que le mot «Export» seul est distinctif de la bière Molson — La demande de la filiale n'aurait pas dû être considérée comme un aveu — Si l'on applique le critère de contrôle de la décision raisonnable simplifier à la décision, comme la preuve supplémentaire déposée devant la Section de première instance n'aurait pas influé de façon significative sur les conclusions de fait ou sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le juge aurait dû maintenir la décision du registraire — Lorsque la preuve n'établit pas de façon prépondérante, à la satisfaction du registraire, que le terme descriptif a acquis un caractère distinctif conformément à l'art. 12(2), la demande ne peut être accueillie.

### **Panchoo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)** ..... 18

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Le bien-fondé de la jurisprudence voulant qu'on ne puisse interjeter appel d'un refus de surseoir à une ordonnance d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation relative à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire est mise en doute — La Cour doute que les art. 82 et 83 de la Loi sur l'immigration fassent obstacle à tout appel — On peut prétendre qu'une demande de sursis est sollicitée en vertu de la Loi sur la Cour fédérale et non en vertu de la Loi sur l'immigration — L'insistance du ministre à procéder immédiatement à l'expulsion court-circuite le processus de demande d'autorisation et est déroutante eu égard aux considérations d'ordre humanitaire.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — L'arrêt de la C.S.C. dans *Baker c. Canada (MCI)* n'étaye pas la proposition voulant qu'un enfant puisse légalement recourir de son chef à la justice pour contester une mesure d'expulsion rendue contre un parent.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Une enfant tente d'éviter l'expulsion de son père du Canada — Seule la personne qui a personnellement subi une atteinte aux droits que lui garantit la Charte peut chercher à obtenir un redressement en vertu de l'art. 24 de la Charte.

### **Loi sur la protection des renseignements personnels (Can.) (Re) (C.A.)** ..... 82

Protection des renseignements personnels — La communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la CAEC aux termes du protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs (programme visant à identifier ceux qui reçoivent des prestations d'AE alors qu'ils sont à l'extérieur du Canada) est autorisée par l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnel et par l'art. 108 de la Loi sur les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

discretion as to disclosure of information his department has collected.

Customs and Excise — Customs Act — Disclosure of information by Revenue Canada (Customs) to CEIC pursuant to memorandum of understanding regarding data capture and release of customs information on travellers (program aimed at catching those receiving EI benefits while out of Canada) authorized by Privacy Act, s. 8 and Customs Act, s. 108 — In exercising discretion under Customs Act, s. 108, Minister duly took into consideration objectives of Privacy Act.

Employment insurance — Disclosure of information by Revenue Canada (Customs) to CEIC pursuant to memorandum of understanding regarding data capture and release of customs information on travellers (program aimed at catching those receiving EI benefits while out of Canada) authorized by Privacy Act, s. 8 and Customs Act, s. 108 — In self-reporting scheme such as EI, Commission must be able to collect information from outside source when claimant fails to voluntarily report it.

### **Singh v. Canada (Attorney General) (C.A.) . . . . . 185**

Constitutional law — Fundamental principles — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing action for declaration Canada Evidence Act, s. 39 unconstitutional — S. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Constitution supreme over ordinary laws — Legislation not presumed unconstitutional because alters common law — History of s. 39 in light of common law — *Prima facie* s. 39 *intra vires* measure to define privileges of federal Executive in furtherance of well-established principles of Cabinet secrecy — No clear, compelling contrary constitutional imperative — Separation of powers should embrace mutual respect among “branches” of government — Certification of fact binding on courts because nature of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

douanes — L'art. 8(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne limite pas la communication de renseignements personnels qu'aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis — En vertu de l'art. 8(2)*b*) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, le législateur peut conférer à tout ministre, au moyen d'une loi donnée, un large pouvoir discrétionnaire relativement à la communication de renseignements que son ministère a recueillis.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — La communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la CAEC aux termes du protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs (programme visant à identifier ceux qui reçoivent des prestations d'AE alors qu'ils sont à l'extérieur du Canada) est autorisée par l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnel et par l'art. 108 de la Loi sur les douanes — En exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 108 de la Loi sur les douanes, le ministre a dûment pris en considération les objectifs de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

Assurance-emploi — La communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la CAEC aux termes du protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs (programme visant à identifier ceux qui reçoivent des prestations d'AE alors qu'ils sont à l'extérieur du Canada) est autorisée par l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnel et par l'art. 108 de la Loi sur les douanes — Dans un régime de déclaration volontaire comme l'AE, la commission doit pouvoir recueillir des renseignements d'une source extérieure lorsque le prestataire fait défaut de les déclarer volontairement.

### **Singh c. Canada (Procureur général) (C.A.) . . . . . 185**

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Appel contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une action en jugement déclarant inconstitutionnel l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — L'art. 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir une audition à son sujet — La Constitution prime les lois ordinaires — La loi n'est pas présumée inconstitutionnelle du seul fait qu'elle modifie la common law — Historique de l'art. 39 à la lumière de la common law — Sauf preuve contraire, l'art. 39 est une mesure validement adoptée pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe bien établi du secret des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

subject-matter consistent with traditional bounds of mutual respect owed by each “branch” of government to others — Maintenance of Cabinet secrecy fundamental policy reason of quasi-constitutional nature for identification by Executive of documents generated in internal decision-making process which should not be disclosed — Review of elements of rule of law — Not basis for ignoring s. 39 — As to independence of judiciary, s. 39 not interfering with security of tenure, financial security, administrative independence of judges — Constitutional limitations on withdrawal of functions from courts in Constitution Act, 1867, s. 96, Charter, s. 11(d) not applicable.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Charter, s. 11(d) guaranteeing right of accused to presumption of innocence until proven guilty according to law in fair, public hearing by independent, impartial tribunal — Issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 39 certifying document confidence of Queen’s Privy Council not integral to conduct of trial within contemplation of s. 11(d) — RCMP Public Complaints Commission inquiry into allegations of misconduct by RCMP members not trial of guilt.

Constitutional law — Distribution of powers — Constitution Act, 1867, s. 96 requiring Governor General to appoint judges of superior courts — Issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 39 certifying information confidence of Queen’s Privy Council not traditional, necessary function of superior court of kind contemplated in 1867, not within scope of s. 96.

Evidence — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen’s Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — *Prima facie intra vires* measure to define privileges of Executive — Fundamental unwritten principles of Constitution (independence of judiciary, rule of law, separation of powers) not constitutional imperative to contrary.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

délibérations du Cabinet — Absence d’impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible — La séparation des pouvoirs emporte le respect mutuel entre les trois pouvoirs du gouvernement — L’attestation d’un fait qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet est conforme aux paramètres du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres — Le maintien du secret des délibérations du Cabinet repose sur des raisons d’ordre public de nature quasi constitutionnelle en vertu desquelles l’exécutif doit être en mesure d’identifier les documents produits dans son processus de décision interne qui ne doivent pas être révélés — Examen des composantes de la primauté du droit — Pas un motif pour écarter l’art. 39 — Pour ce qui concerne l’indépendance de la magistrature, l’art. 39 ne porte pas atteinte à l’inamovibilité, à la sécurité financière ou à l’indépendance administrative des juges — Les limitations constitutionnelles à la faculté de retirer des fonctions des tribunaux, prévues à l’art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et à l’art. 11(d) de la Charte, ne s’appliquent pas.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L’art. 11(d) de la Charte garantit le droit de l’accusé à la présomption d’innocence jusqu’à preuve du contraire conformément à la loi, aux termes d’un procès équitable et public instruit par un tribunal indépendant et impartial — La délivrance d’une attestation, en application de l’art. 39 de la Loi sur la preuve, certifiant qu’un document contient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine ne fait pas partie intégrante de la conduite d’un procès au sens de l’art. 11(d) de la Charte — L’audience devant la Commission des plaintes du public contre la GRC, qui porte sur les allégations d’inconduite de membres de la GRC, n’est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L’art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 exige que les juges des cours supérieures soient nommés par le gouverneur général — La délivrance d’une attestation, en application de l’art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada, certifiant qu’un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, n’est pas une fonction traditionnelle et nécessaire d’une cour supérieure telle qu’elle était envisagée en 1867, et ne va pas à l’encontre de l’art. 96.

Preuve — L’art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu’un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l’examiner, ni tenir d’audition à son sujet — Sauf preuve contraire, il s’agit d’une mesure valablement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l’exécutif — Les principes fondamentaux et non écrits de la Constitution (indépendance de la magistra-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Judges and Courts — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — S. 39 not interfering with security of tenure, financial security, administrative independence of judges — Not putting improper pressure on Judge as to outcome of given case, but form of privative clause.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Appellants arguing s. 39 should not apply because Parliament cannot authorize Executive to shield own conduct from constitutional scrutiny — Action for declaration as to constitutional invalidity of s. 39, not attack on Clerk's decision — Latter should be raised by way of judicial review.

### **Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.)** ..... 66

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Exclusion — Crimes against humanity — Complicity — Need not be shown that claimant linked to specific crimes as actual perpetrator.

### **Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp. (C.A.)** .... 3

Trade marks — Infringement — Appeal from F.C.T.D. judgment granting summary judgment — Appellant holding expired patent for cable tie having oval-shaped head — Patent neither claiming oval-shaped head as innovative feature nor referring to oval-shaped head — Patent expired in 1984 — When respondent introducing virtually identical cable tie in 1994, appellant commencing trade-mark infringement action — Motions Judge holding patentee could not, after expiration of patent, assert trade-mark rights to prevent public from making same preferred embodiment as described in patent — Motions Judge not referring to Trade-marks Act — Appeal allowed — Could not reconcile Patent Act, Trade-marks Act having regard to only Patent Act — No authority for proposition any element described in preferred embodiment, regardless of whether claimed or

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ture, primauté du droit, séparation des pouvoirs) ne constituent pas des impératifs constitutionnels contraires.

Juges et tribunaux — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — L'art. 39 ne porte pas atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges — Il ne constitue pas une pression induite sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce, mais constitue un genre de clause privative.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé certifie par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — Les appelants soutiennent que l'art. 39 n'est pas applicable puisque le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses actes à l'examen à la lumière de la Constitution — Il s'agit d'une action pour jugement déclarant l'art. 39 invalide sur le plan constitutionnel, et non d'un recours à l'encontre de la décision du greffier — Ce recours doit être intenté par voie de demande de contrôle judiciaire.

### **Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)** ..... 66

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion — Crimes contre l'humanité — Complicité — Il n'est pas nécessaire de démontrer que le demandeur est relié à des crimes précis en tant que leur auteur réel.

### **Thomas & Betts, Ltd. c. Panduit Corp. (C.A.)** .... 3

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale accordant un jugement sommaire — Appelante titulaire d'un brevet expiré pour un collier de serrage dont la tête est ovale — Le brevet ne revendiquait pas le caractère innovateur de la tête ovale et ne faisait pas mention de la forme ovale de la tête — Le brevet a expiré en 1984 — Quand, en 1994, l'intimée a introduit un collier de serrage qui était presque identique, l'appelante a intenté une action en violation de marque de commerce — Le juge des requêtes a décidé que le titulaire du brevet ne pouvait pas, une fois le brevet expiré, revendiquer des droits afférents à une marque de commerce de façon à empêcher le public de faire la même réalisation privilégiée qui est décrite dans le brevet — Le juge des requêtes n'a pas fait mention de la Loi sur

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

of importance to claimed invention, automatically disqualified from trade-mark protection — According to doctrine of functionality, any combination of elements primarily designed to perform function not fit subject-matter for trade-mark — Issue whether oval-shaped head distinguishing guise within meaning of Trade-marks Act, requiring examination of facts in light of trade-marks principles including doctrine of functionality — Summary judgment premature — American case law in this area should not be relied upon as U.S. trade-marks legislation differently drafted, doctrine of functionality may not have evolved in same way in Canada as in U.S.A.

Patents — Appeal from F.C.T.D. judgment granting summary judgment — Appellant patentee for cable tie having oval-shaped head — Patent neither claiming oval-shaped head as innovative feature nor referring to oval-shaped head — Patent expired in 1984 — Appellant commencing trade-mark infringement action in 1996 when respondent manufacturing virtually identical cable tie — Motions Judge holding patentee cannot, after expiration of patent, assert trade-marks rights to prevent public from making same preferred embodiment as described in patent — Appeal allowed — Motions Judge erred in focussing on “invention” under Patent Act, rather than on “wares” under Trade-marks Act — Validity, scope of patent not at issue — Issue whether oval-shaped head distinguishing guise within meaning of Trade-marks Act, requiring examination of facts in light of trade-marks principles including doctrine of functionality — Summary judgment premature.

## SOMMAIRE (Fin)

les marques de commerce — Appel accueilli — On ne saurait tenter de concilier la Loi sur les brevets et la Loi sur les marques de commerce en tenant compte d'une seule de ces lois — Aucun arrêt ne permet d'affirmer que tout élément décrit dans la réalisation privilégiée, indépendamment de la question de savoir s'il est revendiqué ou indépendamment de son importance en ce qui concerne l'invention revendiquée, est automatiquement considéré comme non susceptible d'être protégé par les marques de commerce — Selon la doctrine de la fonctionnalité, une combinaison d'éléments essentiellement destinés à remplir une fonction ne saurait faire l'objet d'une marque de commerce — La question qui se posait était de savoir si la tête ovale était un signe distinctif au sens de la Loi sur les marques de commerce, de sorte qu'en examinant cette question, le juge des requêtes devait examiner les faits de l'affaire à la lumière des principes applicables aux marques de commerce, y compris la doctrine de la fonctionnalité — Il était prématuré de rendre un jugement sommaire — Il n'est pas opportun de s'appuyer sur la jurisprudence américaine en la matière, car la loi américaine sur les marques de commerce est rédigée d'une façon différente et aux États-Unis, la doctrine de la fonctionnalité n'a peut-être pas évolué de la même façon qu'au Canada.

Brevets — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale accordant un jugement sommaire — Appelante titulaire d'un brevet expiré pour un collier de serrage dont la tête est ovale — Le brevet ne revendiquait pas le caractère innovateur de la tête ovale et ne faisait pas mention de la forme ovale de la tête — Le brevet a expiré en 1984 — Quand l'intimée a fabriqué un collier de serrage qui était presque identique, l'appelante a intenté, en 1996, une action en violation de marque de commerce — Le juge des requêtes a décidé que le titulaire du brevet ne pouvait pas, une fois le brevet expiré, revendiquer des droits afférents à une marque de commerce de façon à empêcher le public de faire la même réalisation privilégiée qui est décrite dans le brevet — Appel accueilli — Le juge des requêtes a commis une erreur en mettant l'accent sur l'«invention» en vertu de la Loi sur les brevets plutôt que sur les «marchandises» en vertu de la Loi sur les marques de commerce — La validité du brevet n'était pas en litige non plus que sa portée — La question qui se posait était de savoir si la tête ovale était un signe distinctif au sens de la Loi sur les marques de commerce, de sorte qu'en examinant cette question, le juge des requêtes devait examiner les faits de l'affaire à la lumière des principes applicables aux marques de commerce, y compris la doctrine de la fonctionnalité — Il était prématuré de rendre un jugement sommaire.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canadian Environmental Law Assn. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1999] 3 F.C. 564 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-327-99), reasons for judgment handed down 5/6/00.

*Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 315 (T.D.), has been reversed on appeal (A-201-98), reasons for judgment handed down 12/5/00.

*Harris v. Canada*, [1999] 2 F.C. 392 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-25-99). The reasons for judgment, handed down 2/6/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

*Ruby v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, [1998] 2 F.C. 351 (T.D.), has been reversed in part on appeal (A-872-97). The reasons for judgment, handed down 8/6/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 3 F.C. 134 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-52-98). The reasons for judgment handed down 8/6/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

*Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-850-97), reasons for judgment handed down 24/5/00.

*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2000] 2 F.C. 400 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-699-99). The reasons for judgment, handed down 15/5/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

*Zündel v. Citron*, [1999] 3 F.C. 409 (T.D.), has been reversed on appeal (A-258-99). The reasons for judgment, handed down 18/5/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Assoc. canadienne du droit de l'environnement c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1999] 3 C.F. 564 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-327-99), les motifs du jugement ayant été prononcés le 5-6-00.

La décision *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 315 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en appel (A-201-98), les motifs du jugement ayant été prononcés le 12-5-00.

La décision *Harris c. Canada*, [1999] 2 C.F. 392 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-25-99). Les motifs du jugement, prononcés le 2-6-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Ruby c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, [1998] 2 C.F. 351 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en partie en appel (A-872-97). Les motifs du jugement, prononcés le 8-6-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Ruby c. Canada (Solliciteur Général)*, [1996] 3 C.F. 134 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-52-98). Les motifs du jugement, prononcés le 8-6-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-850-97), les motifs du jugement ayant été prononcés le 24-5-00.

La décision *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2000] 2 C.F. 400 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-699-99). Les motifs du jugement, prononcés le 15-5-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Zündel c. Citron*, [1999] 3 C.F. 409 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en appel (A-258-99). Les motifs du jugement, prononcés le 18-5-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

## Erratum

In *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2000] 2 F.C. 451, paragraph 2, line 4 of the Editor's Note at page 463, the word "clear" should read "clean".

## Erratum

Dans *CCH Canadienne Ltée c. Le Barreau du Haut-Canada*, [2000] 2 C.F. 451, 2<sup>e</sup> paragraphe, 4<sup>e</sup> ligne, à la page 463, le mot «*clear*» est remplacé par «*clean*».



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2000, Vol. 3, Part 1**

**2000, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-352-97

A-352-97

**Thomas & Betts, Limited** (*Appellant*) (*Plaintiff*)**Thomas & Betts, Limited** (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

**Panduit Corp., Panduit (Canada) Limited** (*Respondents*) (*Defendants*)**Panduit Corp., Panduit (Canada) Limited** (*intimées*) (*défenderesses*)**INDEXED AS: THOMAS & BETTS, LTD. v. PANDUIT CORP. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: THOMAS & BETTS, LTD. c. PANDUIT CORP. (C.A.)**

Court of Appeal, Décary, Létourneau and Noël J.J.A.—Montréal, November 22, 1999; Ottawa, January 7, 2000.

Cour d'appel, juges Décary, Létourneau et Noël, J.C.A.—Montréal, 22 novembre 1999; Ottawa, 7 janvier 2000.

*Trade marks — Infringement — Appeal from F.C.T.D. judgment granting summary judgment — Appellant holding expired patent for cable tie having oval-shaped head — Patent neither claiming oval-shaped head as innovative feature nor referring to oval-shaped head — Patent expired in 1984 — When respondent introducing virtually identical cable tie in 1994, appellant commencing trade-mark infringement action — Motions Judge holding patentee could not, after expiration of patent, assert trade-mark rights to prevent public from making same preferred embodiment as described in patent — Motions Judge not referring to Trade-marks Act — Appeal allowed — Could not reconcile Patent Act, Trade-marks Act having regard to only Patent Act — No authority for proposition any element described in preferred embodiment, regardless of whether claimed or of importance to claimed invention, automatically disqualified from trade-mark protection — According to doctrine of functionality, any combination of elements primarily designed to perform function not fit subject-matter for trade-mark — Issue whether oval-shaped head distinguishing guise within meaning of Trade-marks Act, requiring examination of facts in light of trade-marks principles including doctrine of functionality — Summary judgment premature — American case law in this area should not be relied upon as U.S. trade-marks legislation differently drafted, doctrine of functionality may not have evolved in same way in Canada as in U.S.A.*

*Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale accordant un jugement sommaire — Appelante titulaire d'un brevet expiré pour un collier de serrage dont la tête est ovale — Le brevet ne revendiquait pas le caractère innovateur de la tête ovale et ne faisait pas mention de la forme ovale de la tête — Le brevet a expiré en 1984 — Quand, en 1994, l'intimée a introduit un collier de serrage qui était presque identique, l'appelante a intenté une action en violation de marque de commerce — Le juge des requêtes a décidé que le titulaire du brevet ne pouvait pas, une fois le brevet expiré, revendiquer des droits afférents à une marque de commerce de façon à empêcher le public de faire la même réalisation privilégiée qui est décrite dans le brevet — Le juge des requêtes n'a pas fait mention de la Loi sur les marques de commerce — Appel accueilli — On ne saurait tenter de concilier la Loi sur les brevets et la Loi sur les marques de commerce en tenant compte d'une seule de ces lois — Aucun arrêt ne permet d'affirmer que tout élément décrit dans la réalisation privilégiée, indépendamment de la question de savoir s'il est revendiqué ou indépendamment de son importance en ce qui concerne l'invention revendiquée, est automatiquement considéré comme non susceptible d'être protégé par les marques de commerce — Selon la doctrine de la fonctionnalité, une combinaison d'éléments essentiellement destinés à remplir une fonction ne saurait faire l'objet d'une marque de commerce — La question qui se posait était de savoir si la tête ovale était un signe distinctif au sens de la Loi sur les marques de commerce, de sorte qu'en examinant cette question, le juge des requêtes devait examiner les faits de l'affaire à la lumière des principes applicables aux marques de commerce, y compris la doctrine de la fonctionnalité — Il était prématuré de rendre un jugement sommaire — Il n'est pas opportun de s'appuyer sur la jurisprudence américaine en la matière, car la loi américaine sur les marques de commerce est rédigée d'une façon différente et aux États-Unis, la doctrine de la fonctionnalité n'a peut-être pas évolué de la même façon qu'au Canada.*

*Patents — Appeal from F.C.T.D. judgment granting summary judgment — Appellant patentee for cable tie having oval-shaped head — Patent neither claiming oval-shaped head as innovative feature nor referring to oval-shaped head — Patent expired in 1984 — Appellant commencing trade-mark infringement action in 1996 when respondent manufacturing virtually identical cable tie — Motions Judge holding patentee cannot, after expiration of patent, assert trade-marks rights to prevent public from making same preferred embodiment as described in patent — Appeal allowed — Motions Judge erred in focussing on “invention” under Patent Act, rather than on “wares” under Trade-marks Act — Validity, scope of patent not at issue — Issue whether oval-shaped head distinguishing guise within meaning of Trade-marks Act, requiring examination of facts in light of trade-marks principles including doctrine of functionality — Summary judgment premature.*

This was an appeal from the decision of a Motions Judge granting the respondent's motion for summary judgment. The appellant and the respondent manufacture electrical products. In 1962 T & B developed a cable tie which was the subject of a patent which expired in 1984. The patent claims neither cited an oval-shaped head as an innovative feature of a cable tie, nor referred to the oval shape of a cable tie head. In 1994 Panduit introduced a cable tie which was virtually identical to T & B's cable tie, including the oval shape of the cable tie head. T & B commenced an action for a declaration that Panduit had infringed its unregistered trade-mark consisting of a distinctive oval shape for the head of a cable tie, and for a declaration that Panduit was passing off its wares and business for those of T & B. Panduit filed a motion for summary judgment which was granted on the ground that the oval-shaped cable tie was the preferred embodiment of a patent, now expired and was therefore not subject to trade-mark rights. The Motions Judge held that the patentee could not, after the expiration of the patent, assert any trade-mark rights in the very way an expired patent directs the public to make the invention. The only statutory provision referred to was *Patent Act*, subsection 27(3) which sets out the inventor's duty of disclosure to the public. The Motions Judge relied principally on judgments of the Supreme Court of Canada, but also apparently gave considerable weight to a decision of the U.S. Federal District Court in a case involving the same parties and the same issue as in the present case. He made no reference to the *Trade-marks Act*.

*Brevets — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale accordant un jugement sommaire — Appelante titulaire d'un brevet expiré pour un collier de serrage dont la tête est ovale — Le brevet ne revendiquait pas le caractère innovateur de la tête ovale et ne faisait pas mention de la forme ovale de la tête — Le brevet a expiré en 1984 — Quand l'intimée a fabriqué un collier de serrage qui était presque identique, l'appelante a intenté, en 1996, une action en violation de marque de commerce — Le juge des requêtes a décidé que le titulaire du brevet ne pouvait pas, une fois le brevet expiré, revendiquer des droits afférents à une marque de commerce de façon à empêcher le public de faire la même réalisation privilégiée qui est décrite dans le brevet — Appel accueilli — Le juge des requêtes a commis une erreur en mettant l'accent sur l'«invention» en vertu de la Loi sur les brevets plutôt que sur les «marchandises» en vertu de la Loi sur les marques de commerce — La validité du brevet n'était pas en litige non plus que sa portée — La question qui se posait était de savoir si la tête ovale était un signe distinctif au sens de la Loi sur les marques de commerce, de sorte qu'en examinant cette question, le juge des requêtes devait examiner les faits de l'affaire à la lumière des principes applicables aux marques de commerce, y compris la doctrine de la fonctionnalité — Il était prématuré de rendre un jugement sommaire.*

Appel a été interjeté de la décision du juge des requêtes qui a accueilli la requête en jugement sommaire de l'intimée. L'appelante et l'intimée fabriquent des produits électriques. En 1962, T & B a mis au point un collier de serrage qui faisait l'objet d'un brevet qui a expiré en 1984. Les revendications du brevet ne revendiquaient pas le caractère innovateur de la tête ovale du collier de serrage et ne faisaient pas mention de la forme ovale de la tête du collier de serrage. En 1994, Panduit a introduit un collier de serrage qui était presque identique au collier de T & B, incluant la tête du collier de forme ovale. T & B a intenté une action contre Panduit en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que Panduit avait violé sa marque de commerce non déposée se rapportant à la forme ovale distinctive de la tête d'un collier de serrage ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que Panduit faisait passer ses marchandises et ses activités pour celles de T & B. Panduit a déposé un avis de requête en jugement sommaire. Le juge des requêtes a accueilli la requête au motif que le collier de serrage ovale est la réalisation privilégiée d'un brevet, maintenant expiré et que, par conséquent, il ne peut faire l'objet de droits afférents à une marque de commerce. Le juge des requêtes a décidé que le titulaire du brevet ne pouvait pas, une fois le brevet expiré, faire valoir des droits afférents à une marque de commerce sur la façon même dont un brevet expiré indique au public de fabriquer l'invention. La seule disposition législative dont il a fait mention est le paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets* qui énonce l'obligation de divulgation de l'inventeur. Le juge s'est principalement fondé sur les jugements rendus par la

The issue was whether a patentee can assert trade-mark rights after the expiration of the patent with respect to elements disclosed in the inventor's preferred embodiment.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Motions Judge made no reference to the *Trade-marks Act*. One cannot conclude that the *Patent Act* and the *Trade-marks Act* must co-exist and then attempt to reconcile them having regard only to one of them. The practical effect of the impugned decision is that any element described in the preferred embodiment, regardless of whether it is claimed or of its importance to the claimed invention, would be automatically, as a matter of law and without further inquiry, disqualified from trade-mark protection. There is no authority for such a proposition.

The patentee never had a monopoly over the oval-shaped head, and it would be unfair to later prevent it, as a matter of law, from asserting a trade-mark right with respect to the oval-shaped head. This would be tantamount to retroactively extending the expired patent monopoly to include the oval-shaped head. On the other hand, it would be unfair to the public if a patentee could, after the expiry of its patent, use the *Trade-marks Act* to give itself a monopoly over the shape of its invention when that shape is so closely related to the invention as to be for all practical purposes an element essential to making full use of the invention. Therefore the Court, in interpreting the *Trade-marks Act*, has ensured that it not be used to perpetuate a patent monopoly that would otherwise have expired by implementing the doctrine of functionality, according to which any combination of elements which are primarily designed to perform a function is not fit subject-matter for a trade-mark.

The Motions Judge erred in focussing on the "invention" under the *Patent Act* rather than on the "wares" under the *Trade-marks Act*. Neither the validity of the patent nor its specific scope was at issue. The issue was whether the oval-shaped head was a distinguishing guise within the meaning of the *Trade-marks Act*. In addressing that issue, the Motions Judge would have had to examine the facts of the case in the light of trade-marks principles, including the doctrine of functionality. Any conclusion with respect to the specific issue of functionality must come at the end of a

Cour suprême du Canada, mais semble ensuite avoir accordé énormément d'importance à la décision rendue par la Federal District Court américaine dans une affaire mettant en cause les mêmes parties et portant sur la même question qui se pose en l'espèce. Il n'a aucunement fait mention de la *Loi sur les marques de commerce*.

La question était de savoir si le titulaire d'un brevet peut revendiquer des droits afférents à une marque de commerce, après l'expiration du brevet, à l'égard d'éléments divulgués dans la réalisation privilégiée de l'inventeur.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

Le juge des requêtes n'a aucunement fait mention de la *Loi sur les marques de commerce*. On ne saurait conclure que la *Loi sur les brevets* et la *Loi sur les marques de commerce* doivent coexister, et tenter ensuite de les concilier en tenant compte d'une seule de ces lois. La décision contestée dit en fait au titulaire d'un brevet que tout élément décrit dans la réalisation privilégiée, indépendamment de la question de savoir s'il est revendiqué ou indépendamment de son importance en ce qui concerne l'invention revendiquée, est automatiquement, en droit et sans plus de formalités, considéré comme non susceptible d'être protégé par les marques de commerce. Aucun arrêt ne permet d'affirmer pareille chose.

Le titulaire du brevet n'a jamais eu de monopole à l'égard de la tête ovale. Il serait donc injuste de l'empêcher ensuite, en droit, de revendiquer un droit à une marque de commerce à l'égard de la tête ovale. Cela équivaldrait à étendre rétroactivement à la tête ovale la portée du brevet ou du monopole qui est expiré. En revanche, il serait injuste pour le public que le titulaire d'un brevet puisse, une fois son brevet expiré, utiliser la *Loi sur les marques de commerce* pour s'attribuer un monopole à l'égard de la forme de son invention alors que cette forme est si étroitement liée à l'invention qu'à toutes fins utiles elle constitue un élément essentiel à l'utilisation complète de l'invention. C'est pourquoi la Cour, en interprétant la *Loi sur les marques de commerce*, a veillé à ce qu'elle ne soit pas utilisée de façon à perpétuer un monopole à l'égard d'un brevet qui serait par ailleurs expiré, invoquant pour cela la doctrine de la fonctionnalité, selon laquelle une combinaison d'éléments qui sont essentiellement destinés à remplir une fonction ne saurait faire l'objet d'une marque de commerce.

Le juge des requêtes a commis une erreur en mettant l'accent sur l'«invention» en vertu de la *Loi sur les brevets* plutôt que sur les «marchandises» en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. La validité du brevet n'était pas en litige non plus que sa portée précise. La question qui se posait était de savoir si la tête ovale était un signe distinctif au sens de la *Loi sur les marques de commerce*. En examinant cette question, le juge des requêtes aurait eu à examiner les faits de l'affaire à la lumière des principes applicables aux marques de commerce, y compris la doctrine de la

trial and would be premature at the stage of a motion for summary judgment. The Motions Judge could not decide the merits of the action without applying general trade-mark principles to the wares at issue and without examining the doctrine of functionality.

The American decision on which the Motions Judge relied has since been overturned by the U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit. The American counterpart of our *Trade-marks Act* is differently drafted and the doctrine of functionality may not have evolved in the United States the same way it has in Canada.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 432.3 (as enacted by SOR/94-41, s. 5).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 216.  
*Lanham Trade-Mark Act*, 15 U.S.C. § 1051 (1994).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 27(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31).  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(c).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 467; 191 N.R. 204 (F.C.A.); *Imperial Tobacco Co. of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1939] Ex. C.R. 141; [1939] 2 D.L.R. 65; *Pizza Pizza Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1989] 3 F.C. 379; (1989), 24 C.I.P.R. 152; 26 C.P.R. (3d) 355; 101 N.R. 378.

##### CONSIDERED:

*Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 146; 35 N.R. 390; *Catmic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Thomas & Betts Corp. v. Panduit Corp.*, 935 F.Supp. 1399 (N.D. Ill 1996); revd 138 F.3d 277 (7th Cir. 1998); *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22; (1997), 154 D.L.R. (4th) 328; 37 B.L.R. (2d) 101; 76 C.P.R. (3d) 296; 221 N.R. 113 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306; *Pioneer*

fonctionnalité. À la fin de l'instruction, le juge peut tirer une conclusion sur la question précise de la fonctionnalité, mais pareille conclusion serait prématurée au stade d'une requête en jugement sommaire. Le juge des requêtes ne pouvait pas statuer sur le bien-fondé de l'action sans appliquer aux marchandises en cause les principes généraux en matière de marques de commerce et sans examiner la question de la fonctionnalité.

La décision américaine sur laquelle le juge des requêtes s'est fondé a depuis été infirmée par la Court of Appeals américaine du septième circuit. La loi américaine qui est l'équivalent de la *Loi sur les marques de commerce* est rédigée d'une façon différente et aux États-Unis, la doctrine de la fonctionnalité n'a peut-être pas évolué de la même façon qu'au Canada.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Lanham Trade-Mark Act*, 15 U.S.C. § 1051 (1994).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31).  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7c).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 432.3 (éditée par DORS/94-41, art. 5).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 216.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Remington Rand Corp. c. Philips Electronics N.V.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 467; 191 N.R. 204 (C.A.F.); *Imperial Tobacco Co. of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1939] R.C.É. 141; [1939] 2 D.L.R. 65; *Pizza Pizza Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1989] 3 C.F. 379; (1989), 24 C.I.P.R. 152; 26 C.P.R. (3d) 355; 101 N.R. 378.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 146; 35 N.R. 390; *Catmic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Thomas & Betts Corp. v. Panduit Corp.*, 935 F.Supp. 1399 (N.D. Ill 1996); inf. par 138 F.3d 277 (7th Cir. 1998); *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22; (1997), 154 D.L.R. (4th) 328; 37 B.L.R. (2d) 101; 76 C.P.R. (3d) 296; 221 N.R. 113 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306; *Pioneer*

*Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623; (1989), 60 D.L.R. (4th) 223; 25 C.I.P.R. 1; 25 C.P.R. (3d) 257; 97 N.R. 185.

*Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; (1989), 60 D.L.R. (4th) 223; 25 C.I.P.R. 1; 25 C.P.R. (3d) 257; 97 N.R. 185.

#### AUTHORS CITED

Wadlow, Christopher. *The Law of Passing-Off*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

#### DOCTRINE

Wadlow, Christopher. *The Law of Passing-Off*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

APPEAL from Trial Division decision granting a motion for summary judgment on the ground that the oval-shaped cable tie was the preferred embodiment of an expired patent and was therefore not subject to trade-mark rights (*Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 185; 129 F.T.R. 272). Appeal allowed.

APPEL d'une décision de la Section de première instance accueillant une requête en jugement sommaire au motif que le collier de serrage ovale était la réalisation privilégiée d'un brevet expiré et ne pouvait donc pas faire l'objet de droits afférents à une marque de commerce (*Thomas & Betts, Ltd. c. Panduit Corp.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 185; 129 F.T.R. 272). Appel accueilli.

#### APPEARANCES:

*Marek Nitoslawski and Jean-Philippe Mikus* for appellant (plaintiff).

*Bruce W. Stratton* for respondents (defendants).

#### ONT COMPARU:

*Marek Nitoslawski et Jean-Philippe Mikus* pour l'appelante (demanderesse).

*Bruce W. Stratton* pour les intimées (défenderesses).

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Colby, Monet, Demers, Delage & Crevier*, Montréal, for appellant (plaintiff).

*Dimock Stratton Clarizio*, Toronto, for respondents (defendants).

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Colby, Monet, Demers, Delage & Crevier*, Montréal, pour l'appelante (demanderesse).

*Dimock Stratton Clarizio*, Toronto, pour les intimées (défenderesses).

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

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

[1] DÉCARY J.A.: This appeal raises the issue, in Canadian law, of whether a patentee can assert trade-mark rights, after the expiration of the patent, with respect to elements disclosed or depicted in the inventor's preferred embodiment. The Motions Judge, in a judgment reported at (1997), 74 C.P.R. (3d) 185, concluded that, at page 198:

... a patentee cannot assert trade-mark rights to the very way an expired patent directs the public to make the invention.

#### The facts

[2] The appellant Thomas & Betts, Limited (T & B) is a Canadian corporation which manufactures, distrib-

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le présent appel porte sur la question de savoir si, en droit canadien, le titulaire d'un brevet peut revendiquer des droits afférents à une marque de commerce, après l'expiration du brevet, à l'égard d'éléments divulgués ou décrits dans la réalisation privilégiée de l'inventeur. Dans un jugement publié dans (1997), 74 C.P.R. (3d) 185, le juge des requêtes a conclu, à la page 198:

[...] le breveté ne peut faire valoir des droits afférents à une marque de commerce sur la façon même dont un brevet expiré indique au public de fabriquer l'invention.

#### Les faits

[2] L'appelante Thomas & Betts, Limited (T & B) est une société canadienne qui fabrique, distribue et

utes and sells electrical products in Canada. It is a subsidiary of Thomas & Betts Corporation, a Tennessee corporation that is a worldwide leader in the manufacture and supply of electrical products.

[3] The respondent Panduit Corp. is a Delaware corporation engaged in the manufacture and supply of electrical products. The respondent Panduit (Canada) Limited is a Canadian subsidiary of Panduit Corp., but it is inactive. Panduit Corp. carries on business directly in Canada. Both respondents will be hereinafter collectively referred to as "Panduit".

[4] T & B and Panduit are competitors in Canada in the market for cable ties. One of the first cable ties on the market, introduced by T & B in about 1958, was a "twist-lock" cable tie, consisting of a plastic, integrally formed head and body. The "twist-lock" cable tie had an oval-shaped head.

[5] In about 1962, T & B developed an improved cable-tie which was composed of two pieces, the first piece being a plastic, integrally formed head and body, and the second piece being a metal tongue or "barb". This improved cable tie is sometimes referred to as the "barbed" or "two-piece" cable tie.

[6] This improvement in cable ties was the subject of Canadian Patent No. 753,010 which issued on February 21, 1967 (the Schwester patent) and has now expired. The invention disclosed and claimed in the Schwester patent was a novel self-clinching mechanism for a cable tie, which is described in the claims as a "resilient metallic tongue . . . adapter for locking the body portion of [the tie]" (A.B., Vol. 1, at page 124). The invention was said to be "best understood from the following description of a specific embodiment thereof, when taken in connection with the accompanying drawing" (A.B., Vol. 1, at page 120). Referring to the drawing, the disclosure indicates that "the opposite or head-end portion . . . of the strap . . . terminates in an oval shaped clinching eyelet" (A.B., Vol. 1, at page 121). The drawing illustrates the invention by reference to a cable tie having an oval-

vend des produits électriques au Canada. Elle est une filiale de Thomas & Betts Corporation, une société du Tennessee qui est chef de file à l'échelle mondiale dans le domaine de la fabrication et de la fourniture de produits électriques.

[3] L'intimée Panduit Corp. est une société du Delaware dont l'activité est la fabrication et la fourniture de produits électriques. L'intimée Panduit (Canada) Limited est une filiale canadienne de Panduit Corp., mais elle est inactive. Panduit Corp. exerce ses activités directement au Canada. Les deux intimées seront collectivement désignées «Panduit» ci-après.

[4] T & B et Panduit sont en concurrence au Canada sur le marché des colliers de serrage. L'un des premiers colliers de serrage sur le marché, introduit par T & B vers 1958, était un collier «à encliquetage» composé d'une tête et d'un corps associés en plastique. Le collier «à encliquetage» comprenait une tête ovale.

[5] Vers 1962, T & B a mis au point un collier de serrage amélioré qui était composé de deux pièces, la première comprenant une tête et un corps associés en plastique, et la seconde consistant en une languette de métal ou «barbe». Ce collier de serrage amélioré est parfois appelé le collier de serrage «à deux pièces» ou «barbelé».

[6] L'amélioration apportée aux colliers de serrage faisait l'objet du brevet canadien 753,010 qui a été délivré le 21 février 1967 (le brevet Schwester) et qui est maintenant expiré. L'invention divulguée et revendiquée dans le brevet Schwester était un nouveau mécanisme d'autoblocage pour les colliers de serrage, qui est décrit dans les revendications comme un [TRADUCTION] «adapteur à languette de métal souple [. . .] permettant de bloquer le corps [du collier]» (D.A., vol. 1, à la page 124). Il était allégué que l'invention [TRADUCTION] «se comprend mieux à partir de la description suivante d'une réalisation précise, illustrée par le dessin qui y [est] joint» (D.A., vol. 1, à la page 120). En ce qui concerne le dessin, la divulgation indique que [TRADUCTION] «la partie opposée ou la tête [. . .] de la bande [. . .] se termine par un œillet ovale à encliqueter» (D.A., vol. 1, à la



shaped head. The claims of the Schwester patent do not claim an oval-shaped head of a cable tie as an innovative feature, and make no reference to the oval shape of a cable tie head. The only written reference in the specification to an “oval-shaped” head is the one referred to above.

[7] From 1958 on, throughout the life of the Schwester patent (1967 to 1984), and at least until 1994, T & B was the only manufacturer and supplier of two-piece cable ties with an oval-shaped head in Canada.

[8] In or about 1994, Panduit introduced a barbed or two-piece cable tie to the Canadian market. This cable tie was virtually identical to T & B’s barbed cable tie, right down to the oval shape of the cable tie head.

[9] On June 14, 1996, T & B filed an action against Panduit seeking, *inter alia*, a declaration that Panduit had infringed T & B’s unregistered trade-mark consisting of a distinctive oval shape for the head of a cable tie and a declaration that Panduit was passing off its wares and business for those of T & B, contrary to paragraph 7(c) of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (A.B., Vol. 1, at page 9).

[10] Subsequent to the filing of a defence and counterclaim, to which T & B filed a reply and defence to counterclaim, Panduit, on November 4, 1996, served a motion for summary judgment (the motion) pursuant to Rule 432.3 [as enacted by SOR/94-41, s. 5] of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] (the Rules), (now rule 216 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106]), seeking, *inter alia*: (a) dismissal of the action; (b) in the alternative, dismissal of the cause of action respecting the trademark rights claimed by T & B in its oval-shaped head of a cable tie (A.B., Vol. 1, at page 28).

page 121). Le dessin illustre l’invention par rapport à un collier de serrage comprenant une tête ovale. Les revendications du brevet Schwester ne revendiquent pas le caractère innovateur de la tête ovale du collier de serrage et ne font pas mention de la forme ovale de la tête du collier de serrage. La seule mention écrite qui est faite dans le mémoire descriptif au sujet d’une tête «ovale» est celle qui figure ci-dessus.

[7] À compter de 1958, pendant toute la durée du brevet Schwester (de 1967 à 1984), et au moins jusqu’en 1994, T & B était le seul fabricant et fournisseur au Canada de colliers de serrage à deux pièces comprenant une tête ovale.

[8] Vers 1994, Panduit a introduit un collier de serrage barbelé ou à deux pièces sur le marché canadien. Ce collier était presque identique au collier barbelé de T & B, la tête du collier étant même de forme ovale.

[9] Le 14 juin 1996, T & B a intenté une action contre Panduit en vue d’obtenir notamment un jugement déclaratoire portant que Panduit avait violé sa marque de commerce non déposée se rapportant à la forme ovale distinctive de la tête d’un collier de serrage ainsi qu’un jugement déclaratoire portant que Panduit faisait passer ses marchandises et ses activités pour celles de T & B, en violation de l’alinéa 7c) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (D.A., vol. 1, à la page 9).

[10] Après le dépôt d’une défense et d’une demande reconventionnelle, à la suite duquel T & B a déposé une réponse et une défense à la demande reconventionnelle, Panduit a signifié, le 4 novembre 1996, un avis de requête en jugement sommaire (la requête) conformément à la Règle 432.3 [éditée par DORS/94-41, art. 5] des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] (les Règles) (maintenant règle 216 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]); elle sollicitait notamment: a) le rejet de l’action; b) subsidiairement, le rejet de la cause d’action concernant les droits afférents à la marque de commerce revendiqués par T & B à l’égard de la tête ovale d’un collier de serrage (D.A., vol. 1, à la page 28).

[11] Panduit invoked three grounds in support of its motion (A.B., Vol. 1, at page 29):

1. The oval shaped cable tie head alleged by [T & B] to be a trade-mark is functional and therefore not to be accorded trade-mark protection in Canada.
2. The oval shaped cable tie is the preferred embodiment of one or more patents, now expired, and is therefore not subject to trade-mark rights.
3. The Plaintiff [T & B] has alleged trade-mark rights in the words BARB TIE. The Plaintiff has made no use of this mark in Canada in association with its wares and therefore cannot assert trade-mark rights to that mark.

[12] At the beginning of the hearing of the motion on April 1, 1997, Panduit announced that it was abandoning the first ground (the “functionality” ground) and concentrating on the second ground (the “preferred embodiment” ground).

#### The Motions Judge’s decision

[13] On April 23, 1997, the Motions Judge granted Panduit’s motion for summary judgment. He did so on the basis of the “preferred embodiment” ground as well as on the basis of the third ground (use of the mark “barb tie”). T & B does not appeal that part of the decision which dismissed its claim with regards to the words “barb tie”. This appeal is concerned solely with the second ground, i.e. the “preferred embodiment ground”.

[14] In the reasons for judgment addressing that second ground, the only statutory provision the Motions Judge referred to was subsection 27(3) (formerly section 34 and formerly section 36) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended [by S.C. 1993, c. 15, s. 31]. That subsection reads as follows:

27. . . .

(3) The specification of an invention must

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

[11] Panduit a fondé sa requête sur trois motifs (D.A., vol. 1, à la page 29):

[TRADUCTION]

1. La tête ovale du collier de serrage qui, selon [T & B], serait une marque de commerce, est fonctionnelle et ne peut, par conséquent, faire l’objet de la protection accordée aux marques de commerce au Canada.
2. Le collier de serrage ovale est la réalisation privilégiée d’un ou plusieurs brevets, maintenant expirés et, par conséquent, il ne peut faire l’objet de droits afférents à une marque de commerce.
3. La demanderesse [T & B] a revendiqué des droits afférents à une marque de commerce à l’égard des mots BARB TIE. Or, elle n’a pas employé cette marque au Canada en liaison avec ses marchandises et, par conséquent, elle ne peut revendiquer des droits afférents à une marque de commerce à l’égard de cette marque.

[12] Au début de l’audition de la requête, le 1<sup>er</sup> avril 1997, Panduit a annoncé qu’elle abandonnait le premier motif (relatif à la [TRADUCTION] «fonctionnalité») pour se concentrer sur le deuxième motif (relatif à la [TRADUCTION] «réalisation privilégiée»).

#### La décision du juge des requêtes

[13] Le 23 avril 1997, le juge des requêtes a accueilli la requête en jugement sommaire de Panduit, admettant le motif relatif à la [TRADUCTION] «réalisation privilégiée» ainsi que le troisième motif (emploi de la marque «barb tie»). T & B n’interjette pas appel de la partie de la décision par laquelle sa revendication concernant les mots «barb tie» était rejetée. Le présent appel se rapporte uniquement au deuxième motif, à savoir le [TRADUCTION] «motif relatif à la réalisation privilégiée».

[14] En ce qui concerne le deuxième motif, la seule disposition législative dont le juge des requêtes a fait mention est le paragraphe 27(3) (autrefois article 34 et autrefois article 36) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée [par L.C. 1993, ch. 15, art. 31]. Cette disposition est ainsi conçue:

27. [. . .]

(3) Le mémoire descriptif doit:

a) décrire d’une façon exacte et complète l’invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

b) exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'invention;

c) s'il s'agit d'une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l'application;

d) s'il s'agit d'un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention en cause d'autres inventions.

[15] The Motions Judge, essentially, was of the view that the duty of disclosure imposed by the *Patent Act* requires the inventor to teach the public, having only the specification, how to make the same successful use of the invention as the inventor could and that, as a result, the patentee could not, after the expiration of the patent, assert any trade-mark rights to prevent the public from making the very same preferred embodiment as that described and depicted by the inventor in the patent. He relied principally on the judgments of the Exchequer Court of Canada in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, at page 316 and of the Supreme Court of Canada in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at page 520; and *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, at pages 1636-1638, and notably on the following statement by Dickson J. (as he then was) in *Consolboard, supra*, at page 520:

In essence, what is called for in the specification (which includes both the "disclosure", *i.e.* the descriptive portion of the patent application, and the "claims") is a description of the invention and the method of producing or constructing it, coupled with a claim or claims which state those novel features in which the applicant wants an exclusive right. The specifications must define the precise and exact extent of the exclusive property and privilege claimed.

Section 36(1) seeks an answer to the questions: "What is your invention? How does it work?" With respect to each question the description must be correct and full in order

[15] Le juge des requêtes était essentiellement d'avis que l'obligation de divulgation imposée par la *Loi sur les brevets* contraint l'inventeur à enseigner au public, qui ne dispose que du mémoire descriptif, la façon d'utiliser l'invention avec autant de succès que lui; le juge a dit que le titulaire du brevet ne pouvait donc pas, une fois le brevet expiré, revendiquer des droits afférents à une marque de commerce de façon à empêcher le public de faire la même réalisation privilégiée que l'inventeur a décrite dans le brevet. Le juge s'est principalement fondé sur les jugements rendus par la Cour de l'échiquier du Canada dans l'affaire *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306, à la page 316, et par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la page 520; et *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, aux pages 1636 à 1638, et notamment sur la remarque suivante que le juge Dickson (plus tard juge en chef) a faite dans l'arrêt *Consolboard*, précité, à la page 520:

Essentiellement, ce qui doit figurer dans le mémoire descriptif (qui comprend à la fois la divulgation, c.-à-d., la partie descriptive de la demande de brevet, et les revendications) c'est une description de l'invention et de la façon de la produire ou de la construire, à laquelle s'ajoute une ou plusieurs revendications qui exposent les aspects nouveaux pour lesquels le demandeur demande un droit exclusif. Le mémoire descriptif doit définir la portée exacte et précise de la propriété et du privilège exclusifs revendiqués.

Le paragraphe 36(1) cherche à répondre aux questions suivantes: «En quoi consiste votre invention? Comment fonctionne-t-elle?» Quant à chacune de ces questions, la

that, as Thorson P. said in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines, Limited*

. . . when the period of monopoly has expired the public will be able, having only the specification, to make the same successful use of the invention as the inventor could at the time of his application.

[16] He also quoted from Lord Diplock, in *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), at pages 242-243:

My Lords, a patent specification is a unilateral statement by the patentee, in words of his own choosing, addressed to those likely to have a practical interest in the subject matter of his invention (i.e. "skilled in the art"), by which he informs them what he claims to be the essential features of the new product or process for which the letters patent grant him a monopoly. It is those novel features only that he claims to be essential that constitute the so-called "pith and marrow" of the claim.

[17] He then appeared, [at page 197] to give considerable weight to the decision rendered by the U.S. Federal District Court in a case involving the same parties and dealing with the same issue as in the present case (*Thomas & Betts Corp. v. Panduit Corp.*, 935 F.Supp. 1399 (N.D. Ill 1996) (the Denlow decision)). In that decision, Magistrate Judge Denlow had held that [at page 1407]:

. . . "the right to copy arising from the Patent Act entitles Panduit to copy the oval headed cable tie disclosed in the Schwester patent without fear" of violation of the U.S. federal trademark statute.

#### The merits of the Motions Judge's decision

[18] After referring to subsection 27(3) of the *Patent Act* and to various cases dealing with patent law, the Motions Judge then reached a conclusion with respect to the trade-mark asserted by T & B in this trade-mark case without making any reference to the *Trade-marks Act*. This is an incorrect approach. One can simply not on the one hand conclude as the Motions Judge did, and correctly in my view, that the *Patent Act* and the *Trade-marks Act* must co-exist, and on the other hand attempt to reconcile them having only regard to one of them.

description doit être exacte et complète de sorte que, comme l'exprime le président Thorson dans *Minerals Separation North American Corporation c. Noranda Mines, Limited*.

[TRADUCTION] [. . .] une fois la période de monopole terminée, le public puisse, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur, à l'époque de la demande.

[16] Le juge a également cité les remarques que lord Diplock avait faites dans le jugement *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), aux pages 242 et 243:

[TRADUCTION] Le mémoire descriptif d'un brevet est une déclaration unilatérale du breveté, rédigée en ses propres mots, à l'intention de tous ceux qui, sur le plan pratique, pourront s'intéresser à l'objet de l'invention (c.-à-d. «les hommes du métier»). Par sa déclaration, le breveté informe ces personnes de ce qu'il estime être les éléments essentiels du produit ou du procédé nouveau sur lequel des lettres patentes lui accordent un monopole. Ce ne sont que ces caractéristiques originales qu'il dit essentielles qui constituent ce qu'on appelle la «substance» de la revendication.

[17] Le juge semble ensuite [à la page 197] avoir accordé énormément d'importance à la décision rendue par la Federal District Court américaine dans une affaire mettant en cause les mêmes parties et portant sur la même question qui se pose en l'espèce (*Thomas & Betts Corp. v. Panduit Corp.*, 935 F.Supp. 1399 (N.D. Ill 1996) (la décision Denlow)). Dans cette décision, le juge Denlow a statué [à la page 1407]:

[TRADUCTION] [. . .] «le droit de copier qui découle de la Loi sur les brevets donne à Panduit le droit de copier le collier de serrage à tête ovale divulgué dans le brevet Schwester sans craindre» de violer la loi fédérale américaine sur les marques de commerce.

#### Analyse de la décision du juge des requêtes

[18] Après avoir mentionné le paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets* et divers arrêts concernant le droit des brevets, le juge des requêtes a tiré une conclusion à l'égard de la marque de commerce revendiquée par T & B dans cette affaire de marque de commerce sans faire mention de la *Loi sur les marques de commerce*. Cette façon de procéder n'est pas correcte. On ne saurait tout simplement pas conclure d'une part, comme le juge des requêtes l'a fait, avec raison à mon avis, que la *Loi sur les brevets* et la *Loi sur les marques de commerce* doivent coexis-

[19] The practical effect of the impugned decision is to tell a patentee that even though it never claimed nor had a specific monopoly with respect to the preferred embodiment of the invention described in the patent application, yet in exchange for the monopoly granted to it by the patent with respect to the invention, the public, when allowed to copy the invention at the expiry of the patent, can automatically use any guise depicted or described in the preferred embodiment which was never part of the monopoly to start with.

[20] I have found no authority for such a proposition which, reduced to its simplest or extended to its extreme, would mean that any element described or depicted in the preferred embodiment—regardless of whether it is claimed or of its importance to the claimed invention—is automatically as a matter of law and without further inquiry disqualified from trademark protection.

[21] As noted by Christopher Wadlow in *The Law of Passing-Off*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at page 367:

It is more difficult for a plaintiff to prove that a mark has become distinctive of him when he has enjoyed a legal, natural or *de facto* monopoly of the goods in question . . . . It is wrong to say that distinctiveness cannot be acquired during a period of monopoly, but proof of acquired distinctiveness may be harder to come by, especially for a mark which has a low inherent capacity to distinguish. There is no rule of law that because goods were once patented the name or get-up given to them by the patentee can be copied with impunity. [My emphasis.]

[22] During the existence of the Schwester patent, T & B could not have used patent law to prevent a competitor from making a cable tie that used a different invention but which also featured an oval-shaped head. The patentee never had a monopoly over the oval-shaped head, and it would therefore be unfair to

ter, et tenter d'autre part de les concilier en tenant compte d'une seule de ces lois.

[19] La décision contestée dit en fait au titulaire d'un brevet que même s'il n'a jamais revendiqué ou possédé de monopole précis relativement à la réalisation privilégiée de l'invention décrite dans la demande de brevet, en échange du monopole qui lui est accordé par le brevet à l'égard de l'invention, le public, lorsqu'il est autorisé à copier l'invention à l'expiration du brevet, peut automatiquement utiliser toute configuration décrite dans la réalisation privilégiée qui n'a jamais fait partie du monopole.

[20] Je n'ai pu trouver aucun arrêt à l'appui de pareille proposition; cette proposition réduite à sa plus simple expression ou au contraire poussée à l'extrême, signifierait que tout élément décrit dans la réalisation privilégiée—indépendamment de la question de savoir s'il est revendiqué ou indépendamment de son importance en ce qui concerne l'invention revendiquée—est automatiquement, en droit et sans plus de formalités, considéré comme non susceptible d'être protégé par les marques de commerce.

[21] Comme l'a fait remarquer Christopher Wadlow dans *The Law of Passing-Off*, 2<sup>e</sup> éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1995), à la page 367:

[TRADUCTION] Il est plus difficile pour un demandeur de prouver qu'une marque est devenue distinctive lorsqu'il a bénéficié d'un monopole légal, naturel et de fait à l'égard des marchandises en question [. . .] On ne saurait dire que le caractère distinctif ne peut pas être acquis au cours de la durée d'un monopole, mais la preuve du caractère distinctif acquis peut être plus difficile à faire, en particulier dans le cas d'une marque qui est en soi difficile à distinguer. Aucune règle de droit ne prévoit que, parce que les marchandises ont à un moment donné fait l'objet d'un brevet, le nom ou la présentation qui leur est donné par le titulaire du brevet peuvent être copiés impunément. [Non souligné dans l'original.]

[22] Pendant que le brevet Schwester était en vigueur, T & B n'aurait pas pu utiliser le droit des brevets pour empêcher un concurrent de fabriquer un collier de serrage dans lequel on utilisait une invention différente, mais qui comprenait également une tête ovale. Le titulaire du brevet n'a jamais eu de mono-

later prevent it, as a matter of law, from asserting a trade-mark right with respect to the oval-shaped head. This would be tantamount to retroactively extending or mischaracterizing the expired patent monopoly to include the oval-shaped head.

[23] On the other hand, it would be unfair to the public if a patentee could, after the expiry of its patent, use the *Trade-marks Act* to give itself a monopoly over the shape of its invention when that shape is so closely related to the invention as to be for all practical purposes an element essential to making full use of the invention.

[24] It is precisely to solve this dilemma that the *Trade-marks Act* comes into play and this is precisely why this Court, in interpreting that Act, has ensured that it not be used to perpetuate a patent monopoly that would otherwise have expired. The solution retained by this Court is the doctrine of functionality. I need only refer to *Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 467 (F.C.A.), where MacGuigan J.A., at page 471, after observing that:

It is common ground . . . that the invalidity of a trade mark registration on the basis of functionality has no express statutory basis and has to be found in the case law . . . .

went on to confirm the “narrow-rule approach to functionality: some functionality is permissible”, (at page 474) first adopted by President Maclean in *Imperial Tobacco Co. of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1939] Ex. C.R. 141, at page 145 in these words:

In my opinion any combination of elements which are primarily designed to perform a function . . . is not fit subject-matter for a trade mark, and if permitted would lead to grave abuses.

[25] MacGuigan J.A. also endorsed, at page 476, the view expressed by Pratte J.A. in *Pizza Pizza Ltd. v.*

pole à l'égard de la tête ovale. Il serait donc injuste de l'empêcher ensuite, en droit, de revendiquer un droit à une marque de commerce à l'égard de la tête ovale. Cela équivaldrait à étendre rétroactivement à la tête ovale la portée du brevet ou du monopole qui est expiré ou à le décrire d'une façon erronée comme comprenant la tête ovale.

[23] En revanche, il serait injuste pour le public que le titulaire d'un brevet puisse, une fois son brevet expiré, utiliser la *Loi sur les marques de commerce* pour s'attribuer un monopole à l'égard de la forme de son invention alors que cette forme est si étroitement liée à l'invention qu'à toutes fins utiles elle constitue un élément essentiel à l'utilisation complète de l'invention.

[24] C'est précisément pour résoudre ce dilemme que la *Loi sur les marques de commerce* entre en ligne de compte et c'est précisément pourquoi la présente Cour, en interprétant cette Loi, a veillé à ce qu'elle ne soit pas utilisée de façon à perpétuer un monopole à l'égard d'un brevet qui serait par ailleurs expiré. La solution qu'elle a retenue est la doctrine de la fonctionnalité. Je n'ai qu'à citer l'arrêt *Remington Rand Corp. c. Philips Electronics N.V.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 467 (C.A.F.) dans lequel le juge MacGuigan, à la page 471 après avoir fait remarquer ce qui suit:

Il est reconnu [. . .] que l'invalidité de l'enregistrement d'une marque de commerce visant un élément fonctionnel est dépourvue de fondement légal précis. Il s'agit d'une notion jurisprudentielle [. . .]

a confirmé la «conception étroite du caractère fonctionnel: un certain caractère fonctionnel est acceptable» (page 474) initialement adoptée par le président Maclean dans la décision *Imperial Tobacco Co. of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1939] R.C.É. 141, à la page 145, en ces termes:

[TRADUCTION] À mon avis, une combinaison d'éléments qui sont essentiellement destinés à remplir une fonction [. . .] ne saurait faire l'objet d'une marque de commerce, et permettre le contraire donnerait lieu à de graves abus.

[25] À la page 476, le juge MacGuigan a également souscrit à l'avis exprimé par le juge Pratte, J.C.A.

*Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1989] 3 F.C. 379 (C.A.), that:

If a mark is primarily functional as “part of the ware”, the effect would be to grant applicants for registration “a monopoly on functional elements or characteristics of their wares” [and that] “the applicants would, in effect, have obtained patents under the guise of trade marks”.

and he went on to deal with the distinguishing guise at issue in the *Remington Rand* case, *supra*, at page 478:

The trial judge may have been correct in stating that “a distinguishing guise necessarily possesses a functional element or component” (although I wonder about, say, a bottle shape which might not even be ornamental), but to the extent that such functionality relates primarily or essentially to the wares themselves it will invalidate the trade mark.

The distinguishing guise in the case at bar is in my opinion invalid as extending to the functional aspects of the Philip shaver. A mark which goes beyond distinguishing the wares of its owner to the functional structure of the wares themselves is transgressing the legitimate bounds of a trade mark.

[26] In the case at bar, the Motions Judge erred in focussing on the “invention” under the *Patent Act* rather than on the “wares” under the *Trade-marks Act*. The validity of the patent was not at issue nor was its specific scope as compared with a competing device. The issue in the action is whether the oval-shaped head was a distinguishing guise within the meaning of the *Trade-marks Act*. In addressing that issue, which is partly and perhaps essentially one of fact, the Motions Judge would have had to examine the very facts of the case in the light of trade-marks principles, including the doctrine of functionality. It may be that at the end of a trial a judge would reach the conclusion, with respect to the specific issue of functionality, that the description or depiction of the oval-shaped head as a preferred embodiment of the invention was evidence, perhaps conclusive evidence, of functionality, but any such conclusion would be premature in this case at the stage of a motion for summary judgment.

dans l’arrêt *Pizza Pizza Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1989] 3 C.F. 379 (C.A.), à savoir:

Si une marque est principalement fonctionnelle en tant que «partie des marchandises», l’enregistrement aurait pour effet de conférer aux requérantes «un monopole sur les éléments ou les caractéristiques fonctionnelles de leurs marchandises». Il créerait en réalité un brevet ou un dessin industriel plutôt qu’une marque de commerce: «les requérantes auraient en fait obtenu des brevets sous forme de marques de commerce».

Il a traité ensuite du signe distinctif en cause dans l’affaire *Remington Rand*, précitée, à la page 478:

Le juge de première instance a peut-être eu raison de déclarer qu’«un signe distinctif possède nécessairement un élément ou constituant fonctionnel» (quoique je m’interroge à propos, disons, de la forme d’une bouteille qui ne serait peut-être même pas ornementale), mais dans la mesure où ce caractère fonctionnel se rapporte principalement ou essentiellement aux marchandises mêmes, il invalidera la marque de commerce.

Le signe distinctif dans la présente espèce est invalide, selon moi, parce qu’il se rapporte aux aspects fonctionnels du rasoir Philips. Une marque qui ne se borne pas à distinguer les marchandises de son titulaire, mais se rapporte à la structure fonctionnelle des marchandises mêmes outrepassé les limites légitimes d’une marque de commerce.

[26] En l’espèce, le juge des requêtes a commis une erreur en mettant l’accent sur l’«invention» en vertu de la *Loi sur les brevets* plutôt que sur les «marchandises» en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. La validité du brevet n’était pas en litige non plus que sa portée précise, comparativement à un dispositif concurrent. La question qui se pose en l’espèce est de savoir si la tête ovale était un signe distinctif au sens de la *Loi sur les marques de commerce*. En examinant cette question, qui est en partie et peut-être essentiellement une question de fait, le juge des requêtes aurait eu à examiner les faits mêmes de l’affaire à la lumière des principes applicables aux marques de commerce, y compris la doctrine de la fonctionnalité. Il se peut qu’à la fin de l’instruction, le juge conclue, en ce qui concerne la question précise de la fonctionnalité, que la description de la tête ovale en tant que réalisation privilégiée de l’invention prouve sa fonctionnalité, peut-être d’une façon concluante, mais pareille conclusion serait prématurée en l’espèce au stade d’une requête en jugement sommaire.

[27] As a result, the Motions Judge was in no position to dismiss the action brought by T & B under the *Trade-marks Act* on a motion for summary judgment. He was obviously led astray by Panduit's decision not to argue before him the "functionality" ground it had raised in writing in its Motion for summary judgment. Whatever reasons Panduit might have had in abandoning that ground, which was the first ground on which it originally based its attack, the Motions Judge could not decide the merit of the action brought by T & B without applying general trademark principles to the wares at issue and without examining the doctrine of functionality.

[28] A word, in closing, on the use of American jurisprudence by Canadian courts when dealing with patent and trade-mark cases. I need only repeat here what I had said in *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22 (C.A.), leave to appeal dismissed by the Supreme Court of Canada at [1998] 1 S.C.R. xv (21 May 1998). It is permissible for Canadian courts to find some assistance in authoritative United States courts decisions, provided that Canadian courts proceed very carefully in doing so. Where, as here, the legal issue is the very issue that has been argued by the same parties in a U.S. court, it may be useful to have regard to the particular decision rendered.

[29] In this respect, the Denlow decision on which the Motions Judge relied has since been overturned by the U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit on March 4, 1998 (reported at 138 F.3d 277 (7th Cir. 1998)). I have examined with interest that decision. It is remarkably well articulated and it contains some eloquent statements of policy and principle which are highly persuasive. I note, however, that the *Lanham Trade-Mark Act* (15 U.S.C. § 1051 (1994) *et seq.*), which is the American counterpart of our *Trade-marks Act* is differently drafted and that the doctrine of functionality, mentioned expressly in the *Lanham Trade-Mark Act* for the first time in 1998, may not have evolved in the United States the same way it has

[27] Le juge des requêtes n'était donc pas en mesure de rejeter l'action que T & B avait intentée en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* dans le cadre d'une requête en jugement sommaire. Il a de toute évidence été induit en erreur par la décision que Panduit avait prise de ne pas débattre devant lui la question de la «fonctionnalité» qu'elle avait soulevée par écrit dans sa requête en jugement sommaire. Quelles que soient les raisons pour lesquelles Panduit a abandonné ce motif, qui était le premier motif sur lequel elle s'était initialement fondée, le juge des requêtes ne pouvait pas statuer sur le bien-fondé de l'action intentée par T & B sans appliquer aux marchandises en cause les principes généraux en matière de marques de commerce et sans examiner la question de la fonctionnalité.

[28] Pour terminer, je vais traiter brièvement du recours, par les tribunaux canadiens, à la jurisprudence américaine en matière de brevets et de marques de commerce. Je n'ai qu'à répéter ici ce que j'ai dit dans l'arrêt *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.), autorisation de pourvoi rejetée par la Cour suprême du Canada, [1998] 1 R.C.S. xv (21 mai 1998). Les tribunaux canadiens peuvent se tourner vers les décisions américaines faisant autorité dans la mesure où ils le font avec prudence. Lorsque, comme c'est ici le cas, la question de droit a été débattue par les mêmes parties devant un tribunal américain, il peut être utile de tenir compte de la décision particulière qui a été rendue.

[29] À cet égard, la décision Denlow sur laquelle le juge des requêtes s'est fondé a depuis lors été infirmée par la Court of Appeals américaine du septième circuit, le 4 mars 1998 (arrêt publié dans 138 F.3d 277 (7th Cir. 1998)). J'ai examiné cette décision avec intérêt. Elle est remarquablement claire et elle renferme d'éloquents énoncés de principe qui sont fort convaincants. Toutefois, je note que la *Lanham Trade-Mark Act* (15 U.S.C. § 1051 (1994) *et suiv.*), qui est l'équivalent américain de la *Loi sur les marques de commerce*, est rédigée d'une façon différente et qu'aux États-Unis, la doctrine de la fonctionnalité, mentionnée expressément dans la *Lanham Trade-Mark Act* pour la première fois en 1998, n'a peut-être pas évolué de la



in Canada. I will therefore say no more than that I take some comfort from the approach adopted by the Court of Appeals and that there is a fortunate similarity in the end result achieved.

Disposition

[30] I would allow the appeal, set aside the order of the Motions Judge, dismiss the defendants' motion for summary judgment and order the action to proceed to trial. The appellant should be entitled to its costs here and below.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

même façon qu'au Canada. Je me contenterai donc de dire que l'approche adoptée par la Court of Appeals me réconforte et qu'en fin de compte, le résultat est heureusement fort similaire.

Dispositif

[30] Je suis d'avis de faire droit à l'appel, d'infirmier l'ordonnance du juge des requêtes, de rejeter la requête en jugement sommaire des défendeurs et d'ordonner que l'action soit instruite. J'adjugerais les dépens à l'appelante dans les deux instances.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-38-00

A-38-00

**Rhea Panchoo by her Litigation Guardian Yvette Panchoo** (*Appellant*)

**Rhea Panchoo par sa tutrice à l'instance, Yvette Panchoo** (*appelante*)

v.

c.

**Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*)

*INDEXED AS: PANCHOO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: PANCHOO c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Robertson J.A.—Ottawa and Toronto (teleconference), January 21; Ottawa, January 31, 2000.

Cour d'appel, juge Robertson, J.C.A.—Ottawa et Toronto (téléconférence), 21 janvier; Ottawa, 31 janvier 2000.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Validity of case law to effect no right of appeal from refusal to grant stay of deportation order pending determination of application for leave to commence judicial review questioned — Doubtful Immigration Act, ss. 82, 83 precluding appeal — Arguable stay application sought under Federal Court Act, not under Immigration Act — Minister's insistence deportation be carried out forthwith short-circuiting leave application process, bewildering in view of humanitarian, compassionate circumstances.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Le bien-fondé de la jurisprudence voulant qu'on ne puisse interjeter appel d'un refus de surseoir à une ordonnance d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation relative à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire est mise en doute — La Cour doute que les art. 82 et 83 de la Loi sur l'immigration fassent obstacle à tout appel — On peut prétendre qu'une demande de sursis est sollicitée en vertu de la Loi sur la Cour fédérale et non en vertu de la Loi sur l'immigration — L'insistance du ministre à procéder immédiatement à l'expulsion court-circuite le processus de demande d'autorisation et est déroutante eu égard aux considérations d'ordre humanitaire.*

*Practice — Parties — Standing — S.C.C. decision in Baker v. Canada (MCI) not authority for proposition child has independent legal right to challenge deportation order issued against parent.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — L'arrêt de la C.S.C. dans Baker c. Canada (MCI) n'étaye pas la proposition voulant qu'un enfant puisse légalement recourir de son chef à la justice pour contester une mesure d'expulsion rendue contre un parent.*

*Constitutional law — Charter of rights — Enforcement — Child seeking to prevent father's deportation — Only victim of Charter infringement can seek remedy under Charter, s. 24.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Une enfant tente d'éviter l'expulsion de son père du Canada — Seule la personne qui a personnellement subi une atteinte aux droits que lui garantit la Charte peut chercher à obtenir un redressement en vertu de l'art. 24 de la Charte.*

The infant appellant sought, by her litigation guardian, an interlocutory stay of her father's deportation pending the disposition of an appeal from a Motions Judge's dismissal of her application for a stay pending the disposition of the action claiming various forms of declaratory relief which she initiated after the father's own unsuccessful application for a stay pending the disposition of the application for leave to commence judicial review of the refusal of his request to be processed for landing on humanitarian and compassionate grounds.

La jeune appelante a sollicité, par les soins de sa tutrice à l'instance, la suspension interlocutoire de la mesure d'expulsion de son père en attendant que la Cour statue sur un appel contre la décision du juge des requêtes de rejeter sa demande de sursis en attendant que la Cour statue sur l'action introduite en vue d'obtenir diverses mesures par jugement déclaratoire. L'appelante avait intenté cette dernière action après qu'on eut refusé à son père sa demande de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion en attendant que la Cour statue sur la demande d'autorisation relative au contrôle judiciaire de la décision rejetant sa requête visant à obtenir le droit d'établissement pour des considérations d'ordre humanitaire.

*Held*, the application should be dismissed.

The Minister's insistence that the appellant's father be deported prior to consideration of his application for leave to commence judicial review proceedings was bewildering. He was in possession of a valid work permit and held full-time employment. Subsequent to cancer surgery, the mother has experienced difficulties coping with the stress of life and in the result the appellant's father has had to take on most of the responsibility for the appellant's care. Without the father's employment income, the family would have to resort to social assistance.

Case law supports the understanding that there is no right of appeal from a refusal by the Trial Division to grant a stay of a deportation order pending the disposition of an application for leave to commence judicial review proceedings, yet it is doubtful that sections 82 and 83 of the *Immigration Act* preclude any appeal from such a refusal. It is arguable that a stay is not a "matter arising" under the *Immigration Act*, the order being sought under the *Federal Court Act*. The Minister's insistence that the deportation be carried out forthwith short-circuits the leave application process. This was not this Judge's first expression of frustration at the Minister's refusal to let people have their day in court.

Because section 82.2 of the *Immigration Act* has been interpreted as barring an appeal from the Motions Judge's decision, counsel initiated proceedings in the name of the daughter seeking, *inter alia*, a declaration that the deportation of the father would not be in her best interests, in accordance with the Supreme Court of Canada decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. The Motions Judge declined jurisdiction to hear the accompanying motion for a stay as being an abuse of process, stating that declaratory and injunctive relief must be pursued by way of judicial review and that the plaintiff had no standing to challenge her father's deportation order.

There was no serious issue here to the extent that the appellant had no standing to challenge the deportation order. *Baker* does not stand for the proposition that a child now has an independent legal right to launch an action to prevent her parent from being removed from Canada.

The appellant cannot have recourse to subsection 24(1) of the Charter to prevent the Minister from deporting her father until an assessment of her best interests is completed. Only

*Arrêt*: la demande est rejetée.

L'insistance du ministre à vouloir expulser le père de l'appelante avant l'examen de sa demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire était déroutante. Il possédait des permis de travail en règle et occupait un emploi à plein temps. La mère de l'appelante a dû subir une chirurgie reliée au cancer et par la suite, elle était moins capable qu'auparavant de faire face au stress de la vie quotidienne et il en est résulté que la responsabilité du bien-être de l'appelante était retombée dans l'ensemble sur les épaules de son père. Sans le revenu d'emploi du père, la famille n'aurait d'autre choix que de recourir au bien-être social.

La jurisprudence actuelle confirme la proposition voulant qu'on ne puisse interjeter appel d'un refus de la Section de première instance de surseoir à une ordonnance d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation relative à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire; la Cour doute cependant que les articles 82 et 83 de la *Loi sur l'immigration* fassent obstacle à tout appel d'un tel refus. On peut prétendre qu'une ordonnance de sursis ne constitue pas «une question relevant de», la *Loi sur l'immigration*, l'ordonnance étant sollicitée en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'insistance du ministre à procéder immédiatement à l'expulsion court-circuite le processus de demande d'autorisation. Le juge a déjà fait part de ses frustrations au regard du refus du ministre de donner à des personnes l'occasion de faire valoir leur point de vue au tribunal.

Du fait que l'article 82.2 de la *Loi sur l'immigration* a été interprété comme faisant obstacle à tout appel de la décision du juge des requêtes, l'avocat a déposé une action au nom de la fille de son client en vue d'obtenir, entre autres, une déclaration affirmant que l'expulsion de son père serait contraire à ses intérêts supérieurs conformément à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Le juge des requêtes a déclaré ne pas avoir compétence pour entendre la requête en sursis du fait qu'elle constitue un recours abusif, qu'une mesure de redressement déclaratoire ou par injonction doit être demandée par voie de contrôle judiciaire et que la demanderesse n'a pas qualité pour contester l'ordonnance d'expulsion de son père.

Il n'existe aucune question grave en l'espèce puisque l'appelante n'a pas qualité pour contester la mesure d'expulsion. L'arrêt *Baker* n'étaye pas la proposition voulant que l'enfant puisse légalement aujourd'hui recourir de son propre chef à la justice pour empêcher que son parent ne soit renvoyé du Canada.

L'appelante ne peut recourir au paragraphe 24(1) de la Charte pour éviter sous forme d'interdiction faite au ministre d'expulser son père en attendant qu'une évaluation de ses

the victim of a Charter infringement can seek a remedy thereunder.

Finally, requests for injunctive and declaratory relief can and should normally proceed by way of judicial review: *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. To initiate a parallel action was unnecessary and wasteful of the Court's resources.

This was a case in which justice and the rule of law collided. While the substantive elements of the father's claim were not before the Court, it was hard to understand why the father could not qualify for an exemption on humanitarian and compassionate grounds. The Minister was unable to give one good reason why the father should be deported prior to disposition of his leave application. The stay application had to be dismissed, but costs were awarded to the unsuccessful appellant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1997, c. 22, s. 9), 82.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), 83 (as am. *idem*), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Langner v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1994), 98 F.T.R. 188 (F.C.T.D.); *affd* (1995), 29 C.R.R. (2d) 184; 184 N.R. 230 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] 3 S.C.R. vii; *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592 (C.A.).

##### DOUBTED:

*Ramnarine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 404 (C.A.) (QL).

intérêts supérieurs ait lieu. Seule la victime d'une atteinte à des droits garantis par la Charte peut chercher à obtenir un redressement.

Enfin, les demandes de jugement déclaratoire et d'injonction peuvent, et devraient normalement, être instruites par voie de contrôle judiciaire: *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Intenter une action parallèle est inutile et gaspille les ressources de la Cour.

Il s'agit d'un cas où la justice et la loi sont en conflit. Bien que la Cour ne soit pas saisie des éléments de fond concernant la demande du père, il est difficile de comprendre les raisons pour lesquelles le père ne pouvait se prévaloir d'une exception pour des raisons d'ordre humanitaire. Le ministre a été incapable de donner une raison convaincante quant à la nécessité d'expulser le père avant que la Cour n'ait statué sur sa demande d'autorisation. La demande de sursis est rejetée, mais les dépens sont adjugés à l'appelante déboutée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1992, ch. 49, art. 72; 1997, ch. 22, art. 9), 82.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 83 (mod., *idem*), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Langner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al.* (1994), 98 F.T.R. 188 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf.* par (1995), 29 C.R.R. (2d) 184; 184 N.R. 230 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1995] 3 R.C.S. vii; *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592 (C.A.).

##### DÉCISION MISE EN DOUTE:

*Ramnarine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] F.C.J. n° 404 (C.A.) (QL).

## REFERRED TO:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296 (C.A.).

APPLICATION for a stay of deportation order pending the disposition of an appeal. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Osborne G. Barnwell* for appellant.  
*Ann Margaret Oberst* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ferguson, Barnwell*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ROBERTSON J.A.: The appellant's father, Patrick Toussaint, was scheduled for deportation after his request to be processed for landing within Canada on humanitarian and compassionate grounds was denied. The Minister of Citizenship and Immigration sought to deport Mr. Toussaint prior to the Trial Division of this Court's consideration of his application for leave to commence judicial review proceedings. An application by Mr. Toussaint to stay his deportation order was dismissed and, in response, Mr. Toussaint's six-year-old daughter, Rhea Panchoo, through her litigation guardian, commenced an action seeking various forms of declaratory relief. She then sought a stay with respect to her father's deportation order pending the disposition of the action. Her motion for a stay was dismissed by Madam Justice Tremblay-Lamer on January 20, 2000 and an appeal of that decision is pending before this Court. The appellant daughter is now seeking an interlocutory stay pending the disposition of that appeal.

[2] To begin, I must say that I am bewildered by the Minister's insistence that the appellant's father, Mr. Toussaint, be deported prior to perfection and consideration of his application for leave to commence

## DÉCISION CITÉE:

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296 (C.A.).

DEMANDE de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant que la Cour statue sur un appel. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Osborne G. Barnwell* pour l'appelante.  
*Ann Margaret Oberst* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ferguson, Barnwell*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Patrick Toussaint, père de l'appelante, a été frappé d'expulsion suite au rejet de sa requête visant à obtenir le droit d'établissement pour des considérations humanitaires. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration voulait expulser M. Toussaint avant que la Section de première instance de cette Cour n'étudie sa demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire. Après le rejet de la demande de sursis de la mesure d'expulsion de M. Toussaint, sa fille de six ans, Rhea Panchoo, a introduit une action en justice par les soins de sa tutrice à l'instance en vue d'obtenir diverses mesures par jugement déclaratoire. Elle a ensuite demandé qu'il soit sursis à la mesure d'expulsion de son père en attendant l'issue de l'instance. Le 20 janvier 2000, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a rejeté ladite demande et un appel de cette décision est pendant devant la Cour. La fille appelante veut obtenir une suspension interlocutoire en attendant que la Cour statue sur l'appel.

[2] Je dois exprimer tout d'abord ma consternation devant l'insistance du ministre à vouloir expulser le père de l'appelante, M. Toussaint, avant la mise en état et l'examen de sa demande d'autorisation de

judicial review proceedings. My bewilderment arises from the facts of this case. The appellant is the daughter of Yvette Panchoo (who is the appellant's litigation guardian) and Mr. Toussaint. Ms. Panchoo and Mr. Toussaint met in 1983 and came to Canada from Grenada in 1989. Since then, they have lived together in a common law relationship. In August 1993, Rhea was born. Around this time, Mr. Toussaint obtained a full-time job which earns him roughly \$660 a week. Since 1996, Mr. Toussaint has been in possession of valid work permits issued by the Department of Citizenship and Immigration. In 1997, Ms. Panchoo was diagnosed with breast cancer and underwent surgery to have her left breast removed. This illness has had a dramatic effect on Ms. Panchoo who has become fearful and less able to cope with daily events. As a result, Mr. Toussaint has shouldered most of the responsibility for Rhea's care. The illness also put a strain on the couple's relationship and at one point Ms. Panchoo left the family home for a period of several weeks but then returned. In August of 1999, Mr. Toussaint applied for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds, given Ms. Panchoo's illness and the family's reliance on Mr. Toussaint's weekly income. Without him, the family is destined to seek social assistance.

[3] On December 1, 1999, Mr. Toussaint was informed by letter that his request to be processed for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds was denied. On December 15, 1999, Mr. Toussaint's counsel filed an application for leave and for judicial review of the immigration officer's decision to deny Mr. Toussaint the required exemption under subsection 114(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)]. However, before the leave application could be perfected, Mr. Toussaint was scheduled for deportation pursuant to a conditional departure order issued in October 1994. He was told to present himself at the Immigration Centre at Lester B. Pearson International Airport on January 21, 2000 in order to board a flight to Grenada that morning. On January 5, 2000, Mr. Toussaint's counsel brought a motion for an order to stay the execution of the deportation order. The

présenter une demande de contrôle judiciaire, et ce, en raison même des faits de cette affaire. L'appelante est la fille d'Yvette Panchoo (sa tutrice à l'instance) et de M. Toussaint. M<sup>me</sup> Panchoo et M. Toussaint se sont connus en 1983 et ont quitté la Grenade pour le Canada en 1989. Ils vivent depuis lors en union de fait. Rhea est née en août 1993. À peu près à cette date, M. Toussaint a décroché un emploi à plein temps qui lui rapporte environ 660 \$ par semaine. Depuis 1996, il a obtenu du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration des permis de travail en règle. En 1997, on a décelé chez M<sup>me</sup> Panchoo un cancer du sein qui a entraîné l'ablation de son sein gauche. Cette maladie a eu un effet dévastateur sur M<sup>me</sup> Panchoo qui est devenue craintive et moins capable qu'auparavant de faire face aux événements de la vie quotidienne. De ce fait, la responsabilité du bien-être de Rhea est retombée dans l'ensemble sur les épaules de M. Toussaint. La maladie a également causé des tensions entre les époux et, à un moment donné, M<sup>me</sup> Panchoo a quitté le domicile familial durant plusieurs semaines mais y est retournée par la suite. En août 1999, M. Toussaint a demandé, du Canada même, le droit d'établissement au pays pour des raisons humanitaires étant donné la maladie de M<sup>me</sup> Panchoo et le fait que la famille compte pour vivre sur le salaire hebdomadaire de M. Toussaint, sans qui elle n'a d'autre choix que de recourir au bien-être social.

[3] Le 1<sup>er</sup> décembre 1999, M. Toussaint a été informé par lettre que sa demande d'obtention du droit d'établissement à partir du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire était rejetée. Le 15 décembre 1999, son avocat a demandé l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire contre le refus de l'agent d'immigration de faire bénéficier son client de l'exception prévue au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)]. Toutefois, avant que la demande d'autorisation n'ait pu être mise en état, le départ de M. Toussaint a été fixé suite à une mesure d'expulsion conditionnelle prise en octobre 1994. On l'a requis de se présenter le 21 janvier 2000 au Centre d'immigration de l'Aéroport international Lester B. Pearson pour s'envoler le matin même pour la Grenade. Le 5 janvier 2000, son avocat a présenté une requête en ordonnance de sursis à l'exécution de la

motion was argued before a motions judge in Toronto on January 10. The following day, the stay application was dismissed without reasons.

[4] I accept that the extant jurisprudence supports the understanding that there is no right of appeal from a refusal to grant a stay of a deportation order pending the disposition of an application for leave to commence judicial review proceedings: see *Ramnarine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 404 (C.A.) (QL). With great respect, however, I have serious doubts that sections 82 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1997, c. 22, s. 9] and 83 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* operate to preclude any appeal of a Trial Division's refusal to grant a stay pending perfection and consideration of a leave application to commence judicial review proceedings. If that were the case then even a party whose stay application, for example, had been heard by a "sleeping" judge would have no avenue through which to seek redress. Further, as a matter of statutory construction, it is arguable that an order to stay is not "a matter arising" under the *Immigration Act*. An application for such an order is sought pursuant to the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and, therefore, falls outside the purposes underscoring sections 82 and 83.

[5] It is important to recognize that the Minister's decision to effect deportation was taken even before the application for leave to commence judicial review had been perfected. The Minister knows full well that in proceeding in this manner the intended deportee is forced to seek a stay order in which it will be argued that there is a serious issue to be addressed in the judicial review proceedings. At the same time, that argument is, for all intents and purposes, the very one that will be addressed by a judge of the Trial Division when considering whether to grant the leave application. Consequently, the Minister's insistence that deportation be carried out forthwith effectively short-circuits the leave application process. Elsewhere, I

mesure expulsion. La requête a été débattue devant le juge des requêtes, à Toronto, le 10 janvier. Le lendemain, la demande de sursis a été rejetée sans motifs à l'appui.

[4] Je conviens que la jurisprudence actuelle confirme la proposition voulant qu'on ne puisse interjeter appel d'un refus de surseoir à une ordonnance d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation relative à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire: voir *Ramnarine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] F.C.J. n° 404 (C.A.) (QL). Avec égards, je doute fort cependant que les articles 82 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1992, ch. 49, art. 72; 1997, ch. 22, art. 9] et 83 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* fassent obstacle à tout appel d'un refus par la Section de première instance d'accorder un sursis en attendant la mise en état et l'examen d'une demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire. S'il en allait ainsi, même une partie dont la demande de sursis, par exemple, aurait été entendue par un juge «somnolent» n'aurait aucune voie de recours pour obtenir redressement. En outre, on peut prétendre que, au regard de l'interprétation législative, une ordonnance de sursis ne constitue pas «une question relevant», de la *Loi sur l'immigration*. Une demande portant sur une telle ordonnance est présentée en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et, par conséquent, n'est pas visée par les objets qui sous-tendent les articles 82 et 83.

[5] Il importe de savoir que la décision ministérielle de procéder à l'expulsion a été prise avant même la mise en état de la demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire. Le ministre sait fort bien qu'en agissant de la sorte, il force la personne frappée d'expulsion à demander une ordonnance de sursis à l'exécution où on fera valoir que la demande de contrôle judiciaire porte sur une question grave. Par ailleurs, cet argument est, à toutes fins utiles, le même qui sera exposé à un juge de première instance dans le cadre de son examen visant à déterminer s'il accueillera la demande d'autorisation. Par conséquent, l'insistance du ministre à procéder immédiatement à l'expulsion court-circuite le processus

have stated my frustrations with respect to the Minister's refusal to allow persons to have their day in court: see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206 (C.A.). One would have thought that the Minister would pursue deportation only in the clearest and most compelling of cases.

[6] Because section 82.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* has been interpreted to the effect that there is no appeal from the Motions Judge's decision, Mr. Toussaint's counsel initiated an action in the name of the daughter seeking, *inter alia*, a declaration that the deportation of her father would not be in her best interests in accordance with the Supreme Court's holding in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. In effect, the infant plaintiff was asking for what the Motions Judge had already refused, a stay of execution of her father's deportation order. Counsel then sought a stay of the deportation order pending the outcome of the action.

[7] On January 20, 2000, Madam Justice Tremblay-Lamer dismissed the motion for a stay of the deportation order with the following endorsement:

Considering that declaratory and injunctive relief must be pursued by way of judicial review and considering that the plaintiff has no standing to challenge the deportation order of her father, the Court declines jurisdiction to hear the motion for a stay as being an abuse of process.

[8] Respectfully, I do not think there is a serious issue here to the extent that the appellant has no standing to challenge the deportation order. As counsel for the Minister rightfully points out, *Baker* requires that the Minister (or her delegate), in considering whether to grant landing to a parent on humanitarian and compassionate grounds, give sufficient weight to the interests of any children who stand to be affected by that decision. It does not stand for the proposition that a child now has an independent legal right to launch an action to prevent her parent from being removed from Canada.

relatif à cette demande. J'ai déjà fait part de mes frustrations au regard du refus du ministre de donner à des personnes l'occasion de faire valoir leur point de vue au tribunal: voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206 (C.A.). On aurait pensé que le ministre ne recourrait à l'expulsion que dans les cas les plus nets et les plus déterminants.

[6] Du fait que l'article 82.2 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* a été interprété comme faisant obstacle à tout appel de la décision du juge des requêtes, l'avocat de M. Toussaint a déposé une action au nom de la fille de son client en vue d'obtenir, entre autres, une déclaration affirmant que l'expulsion de son père serait contraire à ses intérêts supérieurs conformément à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. En fait, la jeune appelante réclamait ce que le juge des requêtes lui avait déjà refusé, soit un sursis de l'ordonnance d'expulsion de son père. L'avocat a alors demandé le sursis en attendant l'issue de l'action.

[7] Le 20 janvier 2000, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a rejeté la requête en sursis d'exécution dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Considérant qu'une mesure de redressement déclaratoire ou par injonction doit être demandée par voie de contrôle judiciaire et vu que la demanderesse n'a pas qualité pour contester l'ordonnance d'expulsion de son père, la Cour déclare ne pas avoir compétence pour entendre la requête en sursis du fait qu'elle constitue un recours abusif.

[8] Avec égards, j'estime qu'il n'existe aucune question grave en l'espèce puisque l'appelante n'a pas qualité pour contester la mesure d'expulsion. Comme l'observe à juste titre l'avocate du ministre, la décision *Baker* exige que le ministre (ou son représentant) tienne suffisamment compte de l'intérêt des enfants que sa décision peut toucher avant de décider s'il faut ou non accorder le droit d'établissement à un parent pour des raisons d'ordre humanitaire. Elle n'étaye pas la proposition voulant que l'enfant puisse légalement aujourd'hui recourir de son propre chef à la justice pour empêcher que son parent ne soit renvoyé du Canada.



[9] Further, the appellant is seeking a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter [*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]] in the form of a prohibition enjoining the Minister from deporting her father until an assessment of her best interests is completed. The case law is clear, however, that a person seeking a remedy under subsection 24(1) must personally have been a victim of an infringement of his or her Charter rights and such person may not base his or her application on an infringement of the rights of third parties. See: *Langner v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1994), 98 F.T.R. 188 (F.C.T.D.); affirmed (1995), 29 C.R.R. (2d) 184 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] 3 S.C.R. vii.

[10] I must also agree with counsel for the Minister that this Court in *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341 (C.A.) expressly directed that requests for injunctive and declaratory relief can and should normally proceed by way of judicial review. To initiate a parallel action is unnecessary and diminishes the capacity of this Court to dispense justice in an expedient and efficient manner. Counsel for Mr. Toussaint admits that he would not have initiated this action if his client had been granted a stay of deportation in his application before the Motions Judge. It is for these three reasons that I find there is no serious issue.

[11] It is sometimes observed that hard cases make bad law. But this is only so to the extent that a just result can be achieved only by ignoring accepted legal principles. That being said this is a case in which justice and the rule of law collide. Mr. Toussaint appears to be a man who has worked hard to establish himself in Canada and create a secure life for his wife and daughter. He has a steady job, is a skilled worker and is described by his employer as a dependable employee. He is legally authorized to work in Canada, permission that is given independent of his status in Canada. He pays his taxes, has never been on social assistance and does not have a criminal record. He is described by his church minister as an unselfish man

[9] En outre, l'appelante réclame un redressement en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] sous forme d'interdiction faite au ministre d'expulser son père en attendant qu'une évaluation de ses intérêts supérieurs ait lieu. La jurisprudence dit clairement, toutefois, qu'une personne qui cherche à obtenir redressement en vertu du paragraphe précité doit personnellement avoir subi une atteinte aux droits que lui garantit la Charte et qu'elle ne peut fonder sa demande sur une violation des droits de tierces parties. Voir *Langner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al.* (1994), 98 F.T.R. 188 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par (1995), 29 C.R.R. (2d) 184 (C.A.F.), autorisation de se pourvoir devant la C.S.C. refusée, [1995] 3 R.C.S. vii.

[10] Je dois également convenir avec l'avocate du ministre que notre Cour a expressément statué dans l'affaire *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.), que les demandes de jugement déclaratoire et d'injonction peuvent, et devraient normalement, être instruites par voie de contrôle judiciaire. Il est inutile d'intenter une action parallèle qui réduira l'aptitude de la Cour à rendre justice de façon rapide et efficace. L'avocat de M. Toussaint admet qu'il n'aurait pas engagé cette action si le juge des requêtes avait accepté de surseoir à l'expulsion. C'est pour ces trois motifs que je conclus à l'absence d'une question grave.

[11] On dit parfois que les cas d'exception font de mauvais précédents. Cela n'est vrai que dans la mesure où, pour aboutir à une issue équitable, il faut bousculer les principes juridiques reconnus. Cela dit, voici un cas où la justice et la loi sont en conflit. M. Toussaint semble être un homme qui a durement travaillé pour s'établir au Canada et assurer l'avenir de sa femme et de sa fille. C'est un travailleur qualifié qui a un emploi stable et son employeur le dit digne de confiance. Il détient légalement un permis de travail qui est accordé indépendamment de son statut au Canada. Il paye ses impôts, n'a jamais demandé l'aide sociale et n'a pas de casier judiciaire. Son ministre du culte le qualifie d'homme généreux qui

who helps in the operation of a food bank and demonstrates the qualities of hard work. When one considers Mr. Toussaint's personal qualities in concert with the emotional and financial dependence on him by his family, one is driven to ask: If Mr. Toussaint does not qualify for an exemption on humanitarian and compassionate grounds, who does? I also find it puzzling that the Minister appears to have ignored the fact that the removal of Mr. Toussaint will likely give his wife and child little option but to seek social assistance. Moreover, I note that the Minister was unable to offer one persuasive reason why Mr. Toussaint must be deported prior to his leave application being disposed of by the Trial Division of this Court. That being said, I am cognizant that the substantive elements of Mr. Toussaint's claim are not before me. (As to the proper standard of review with respect to the Minister's exercise of her discretionary power see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* *supra*; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592 (C.A.) commencing at paragraph 129.)

[12] It is with regret, but according to the law, that I dismiss the stay application but with costs to the appellant which I fix at \$500.

participe au fonctionnement d'une banque alimentaire et fait preuve des qualités propres à un travailleur assidu. Considérant les qualités personnelles de M. Toussaint et la dépendance financière et psychologique de sa famille à son endroit, on est porté à se demander ceci: si M. Toussaint ne peut se prévaloir d'une exception pour des raisons d'ordre humanitaire, qui donc le peut? Je trouve également curieux que le ministre n'ait apparemment pas tenu compte du fait que l'expulsion de M. Toussaint aura vraisemblablement pour conséquence que sa femme et sa fille devront demander l'aide sociale. De plus, je constate que le ministre a été incapable de donner une raison convaincante quant à la nécessité d'expulser M. Toussaint avant que la Section de première instance de cette Cour n'ait statué sur sa demande d'autorisation. Cela dit, je sais bien que je ne suis pas saisi des éléments de fond concernant la demande de M. Toussaint. (En ce qui a trait à la norme de contrôle appropriée pour l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), à partir du paragraphe 129.)

[12] C'est avec regret que, me conformant à la loi, je rejette la demande de sursis, mais avec dépens en faveur de l'appelante, dont je fixe le montant à 500 \$.

	A-405-98		A-405-98
<b>Joan Mohammed</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Joan Mohammed</b> ( <i>appelante</i> )	
v.		c.	
<b>Her Majesty the Queen in Right of Canada as Represented by Treasury Board</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor</b> ( <i>intimée</i> )	
	A-724-98		A-724-98
<b>Ross Robert Boutilier</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Ross Robert Boutilier</b> ( <i>appellant</i> )	
v.		c.	
<b>Attorney General of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le procureur général du Canada</b> ( <i>intimé</i> )	
and		et	
<b>Public Service Staff Relations Board</b> ( <i>Intervener</i> )		<b>La Commission des relations de travail dans la fonction publique</b> ( <i>intervenante</i> )	
	A-56-99		A-56-99
<b>Rose O'Hagan, Susan Field, Janice Nachtgaele and Edith Nelson</b> ( <i>Appellants</i> )		<b>Rose O'Hagan, Susan Field, Janice Nachtgaele et Edith Nelson</b> ( <i>appelantes</i> )	
and		et	
<b>Attorney General of Canada (Solicitor General—Correctional Service of Canada)</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le procureur général du Canada (Solliciteur général—Service correctionnel du Canada)</b> ( <i>intimé</i> )	
<b>INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BOUTILIER (C.A.)</b>		<b>RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BOUTILIER (C.A.)</b>	
Court of Appeal, Stone, Linden and Sexton J.J.A.—Ottawa, November 9, 10 and December 2, 1999.		Cour d'appel, juges Stone, Linden et Sexton, J.C.A.—Ottawa, 9, 10 novembre et 2 décembre 1999.	

*Public Service — Jurisdiction — PSSRB — Appeals from F.C.T.D. judgments holding adjudicators lacking jurisdiction to decide human rights dispute arising under collective agreement — PSSRA, s. 91 conferring right to grieve interpretation, application of statute dealing with terms, conditions of employment in respect of which “no administrative procedure for redress” provided in Act of Parliament — F.C.A., F.C.T.D. consistently holding language used in s. 91 indicating Parliament intending to remove from normal grievance procedures under PSSRA certain specialized areas — Interpretation supported by French version — Also, statutory bar in s. 91 not unilaterally imposed as master collective agreement denying access to usual grievance procedure where another administrative procedure provided by Act of Parliament — In federal labour matters, if another*

*Fonction publique — Compétence — CRTFP — Appels à l'encontre de décisions rendues par la C.F. 1<sup>re</sup> inst. selon lesquelles les arbitres sont incompétents pour connaître des litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d'une convention collective — L'art. 91 de la LRTFP accorde le droit de déposer un grief relativement à l'interprétation ou à l'application d'une loi portant sur des conditions d'emploi à l'égard desquelles «aucun autre recours administratif de réparation» n'est prévu sous le régime d'une loi fédérale — La C.A.F. et la C.F. 1<sup>re</sup> inst. ont constamment statué que, à la lumière du libellé de l'art. 91, l'intention du législateur était d'exclure de la procédure normale de règlement des griefs prévue sous le régime de la LRTFP certains sujets spécialisés — Cette interprétation est appuyée par la version française de l'article — De plus, l'interdiction de la loi*

*administrative procedure available to grievor, must be used as long as "real" remedy — Need not be equivalent or better remedy provided dealing meaningfully, effectively with substance of grievance — Possible delay in securing redress not significant unless so pronounced as to amount to no real remedy — Differences in administrative remedy not changing it into non-remedy — Most jurisdictional matters resolved by adjudicator before commencement of grievance proceedings, but unavoidable effect of language of s. 91 that human rights issue may arise during hearing causing loss of jurisdiction — Parties should attempt to determine in advance whether human rights issues involved and act accordingly.*

*Human Rights — Appeals from F.C.T.D. judgments holding adjudicators lacking jurisdiction to decide human rights disputes arising under collective agreements — PSSRA, s. 91 conferring right to grieve interpretation, application of statute dealing with terms, conditions of employment in respect of which "no administrative procedure for redress" provided in Act of Parliament — Courts consistently holding Parliament, by language used in s. 91, intending to remove from certain specialized areas grievance procedures under PSSRA — In federal labour matters, if another administrative procedure available to grievor, process must be used, provided "real" remedy — Gives primacy in dispute resolution to human rights administration, other expert administrative schemes, where expertise, consistency favoured by Parliament, over decisions by ad hoc adjudicators — Up to Human Rights Commission to send matters to arbitration pursuant to CHRA, s. 41 if appropriate.*

These were appeals from Trial Division judgments holding that the adjudicators in each case did not have jurisdiction to decide disputes relating to human rights that arose under the collective agreements. Public Service Staff Relations Act (PSSRA), section 91 confers the right to grieve on an employee who feels aggrieved by the interpretation or

*contenue à l'art. 91 n'a pas été imposée unilatéralement aux fonctionnaires, puisque la convention cadre exclut le recours à la procédure normale de règlement des griefs lorsqu'il existe une autre procédure administrative prévue par une loi du Parlement — En matière de relations de travail sous le régime fédéral, si le plaignant peut se prévaloir d'un autre recours administratif de réparation, ce recours doit être épuisé dans la mesure où il fournit une réparation «véritable» — Ce recours n'a pas à fournir une réparation égale ou supérieure, à condition qu'il traite la plainte de façon raisonnable et efficace quant au fond du grief — Les délais qui peuvent survenir au cours du processus menant à l'obtention de la réparation ne sont pas significatifs, à moins d'être à ce point excessifs que la situation équivaut à priver le plaignant d'une réparation véritable — Les différences existantes entre les recours administratif n'ont pas pour effet d'anéantir toute possibilité de réparation — La plupart des questions de compétence devraient être tranchées par l'arbitre au début des procédures de règlement des griefs, mais la conséquence incontournable du libellé de l'art. 91 est la possibilité qu'une question liée aux droits de la personne soit soulevée au cours d'une audience, faisant ainsi perdre à l'arbitre sa compétence pour connaître du litige — Les parties doivent faire un effort pour déterminer à l'avance si des questions liées aux droits de la personne sont en cause et agir en conséquence.*

*Droits de la personne — Appels à l'encontre de décisions rendues par la C.F. 1<sup>re</sup> inst. selon lesquelles les arbitres sont incompétents pour connaître des litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d'une convention collective — L'art. 91 de la LRTFP accorde le droit de déposer un grief relativement à l'interprétation ou à l'application d'une loi portant sur des conditions d'emploi à l'égard desquelles «aucun autre recours administratif de réparation» n'est prévu sous le régime d'une loi fédérale — Les tribunaux ont constamment statué que, à la lumière du libellé de l'art. 91, l'intention du législateur était d'exclure de la procédure normale de règlement des griefs prévue sous le régime de la LRTFP certains sujets spécialisés — En matière de relations de travail sous le régime fédéral, si le plaignant peut se prévaloir d'un autre recours administratif de réparation, ce recours doit être épuisé dans la mesure où il fournit une réparation «véritable» — Le règlement des litiges relève principalement du régime des droits de la personne et des autres régimes administratifs spécialisés, dont la spécificité et la cohérence sont privilégiées par le législateur aux décisions des arbitres spéciaux — C'est à la Commission des droits de la personne qu'il revient, aux termes de l'art. 41, de décider de renvoyer des dossiers à l'arbitrage lorsqu'elle le juge approprié.*

Il s'agit d'appels interjetés à l'encontre de décisions rendues par la Section de première instance selon lesquelles les arbitres dans chaque affaire ont été déclarés incompétents pour connaître de litiges nés de la convention collective relativement aux droits de la personne. L'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*

application of a statute dealing with terms and conditions of employment in respect of which “no administrative procedure for redress” is provided in or under an Act of Parliament.

In the *Mohammed* case, the Adjudicator decided that he lacked jurisdiction to consider a grievance involving harassment based upon religion, race and colour relying upon an article of the master agreement because the *Canadian Human Rights Act* set out an administrative procedure for redress. The Trial Division Judge agreed. In the *Boutillier* case the Adjudicator decided in favour of the appellant who grieved that he was denied the benefit of a five-day marriage leave provision in his collective agreement because his same-sex commitment ceremony was not a “marriage” as intended in the agreement. The Adjudicator’s decision was quashed by the Trial Division Judge, who held that the Adjudicator lacked jurisdiction because of subsection 91(1). In *O’Hagan*, the Adjudicator decided that he had no jurisdiction to decide the grievances of several nurses who alleged sexual harassment, relying upon an article of their collective agreement prohibiting sexual harassment. The Adjudicator decided that he lacked jurisdiction, and the Trial Division Judge agreed.

The issue was whether there is a statutory bar to the exercise of an adjudicator’s jurisdiction to decide a dispute relating to human rights by virtue of the words “administrative procedure for redress” contained in PSSRA, section 91.

*Held*, the appeals should be dismissed.

The Federal Court of Appeal and the Trial Division have consistently held that Parliament, by the language used in section 91, intended to remove from the normal grievance procedures under the PSSRA certain specialized areas which it was thought should be dealt with under the administrative process set out in the legislation governing those particular areas. This interpretation is supported by the French language version of section 91. Furthermore, the statutory bar contained in subsection 91(1) was not imposed unilaterally since it was agreed to by the representative of the public service employees in the master collective agreement which includes a provision denying access to the usual grievance procedure “where there is another administrative procedure provided by or under any Act of Parliament to deal with the employee’s specific complaint.”

In federal labour matters, if another administrative procedure is available to a grievor, that process must be used, as long as it is a “real” remedy. It need not be an

(LRTFP) accorde le droit de déposer un grief à l’employé qui s’estime lésé par l’interprétation ou l’application d’une loi portant sur des conditions d’emploi à l’égard desquelles «aucun autre recours administratif de réparation» ne lui est ouvert sous le régime d’une loi fédérale.

Dans l’affaire *Mohammed*, l’arbitre a conclu qu’il n’était pas habilité à connaître d’un grief pour harcèlement fondé sur la religion, la race et la couleur de peau, déposé en vertu d’un article contenu dans la convention cadre, étant donné que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avait prévu un recours administratif de réparation. Le juge de première instance a confirmé cette décision. Dans l’affaire *Boutillier*, l’arbitre a tranché en faveur de l’appellant, qui avait déposé un grief après qu’on eut refusé de lui accorder le bénéfice d’une disposition prévoyant un congé de mariage de cinq jours contenue dans sa convention collective, pour le motif qu’on estimait qu’une cérémonie dans laquelle deux personnes du même sexe s’épousent ne constituait pas un «mariage» au sens de la convention. Le juge de première instance a annulé la décision de l’arbitre pour le motif que ce dernier n’avait pas compétence en raison de l’application du paragraphe 91(1). Dans l’affaire *O’Hagan*, l’arbitre a conclu qu’il n’avait pas compétence pour trancher les griefs déposés, en vertu d’un article dans leur convention collective interdisant le harcèlement sexuel, par plusieurs infirmières qui alléguaient avoir fait l’objet de harcèlement sexuel. L’arbitre a conclu au défaut de compétence et le juge de première instance a maintenu cette décision.

La question en litige consiste à savoir si l’expression «recours administratif de réparation» contenue à l’article 91 de la LRTFP équivaut à une interdiction imposée par la loi quant à l’exercice de la compétence d’un arbitre de trancher un litige touchant aux droits de la personne.

*Arrêt*: les appels sont rejetés.

La Cour d’appel fédérale et la Section de première instance ont constamment statué que, à la lumière du libellé de l’article 91, l’intention du législateur était d’exclure de la procédure normale de règlement des griefs prévue sous le régime de la LRTFP certains sujets spécialisés qu’il estimait devoir être régis par le processus administratif instauré par la législation visant ces mêmes sujets. Cette interprétation est appuyée par la version française de l’article 91. De plus, l’interdiction de la loi contenue au paragraphe 91(1) n’a pas été imposée unilatéralement aux fonctionnaires, puisque ce sont leurs représentants syndicaux qui y ont consenti dans la convention cadre, qui comprend une disposition excluant le recours à la procédure normale de règlement des griefs «s’il existe une autre procédure administrative prévue par une loi du Parlement ou établie aux termes d’une telle loi pour traiter [la] plainte particulière [de l’employé-e]».

En matière de relations de travail sous le régime fédéral, si le plaignant peut se prévaloir d’un autre recours administratif de réparation, ce recours doit être épuisé dans la

equivalent or better remedy as long as it deals “meaningfully and effectively with the substance of the employee’s grievance”. Possible delay in securing redress administratively itself is not significant, unless it is so pronounced that it can be said that no real remedy is available to the grievor at all. Differences in the administrative remedy, even if it is a “lesser remedy”, do not change it into a non-remedy.

This principle does not prevent unions from bargaining for rights beyond the Human Rights Code area for a grievor can go to arbitration as long as no remedy is available at the Human Rights Commission to vindicate these new rights. This result gives primacy in dispute resolution to the human rights administration, as well as other expert administrative schemes, where expertise and consistency is plainly favoured by Parliament, rather than decisions of *ad hoc* adjudicators. The PSSRA is different than most labour codes under which arbitration is made the exclusive remedy. It is up to the Human Rights Commission to send matters to arbitration pursuant to section 41 if, in its discretion, it feels it appropriate. Any other interpretation would render the words in subsection 91(1) meaningless. Hopefully, most of these jurisdictional matters can be resolved by the adjudicator before the commencement of the grievance proceedings, but it is the unavoidable effect of the language of section 91 that a human rights issue may arise during a hearing causing a loss of jurisdiction. The parties must do their best to determine in advance whether human rights issues are involved and, if they are, act accordingly.

Although the method chosen by Parliament to resolve a human rights dispute in a collective agreement situation may seem complex, costly and time-consuming, the Court will honour that legislative choice until Parliament changes its legislation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242(3.1)(b) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49).
- Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 99 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 72).

mesure où il fournit une réparation «véritable». Ce recours n’a pas à fournir une réparation égale ou supérieure, à condition qu’il traite la plainte «de façon raisonnable et efficace quant au fond du grief de l’employé». Les délais qui peuvent survenir au cours du processus administratif menant à l’obtention de la réparation ne sont pas en soi significatifs, à moins d’être à ce point excessifs que la situation équivaut à priver le plaignant d’une réparation véritable. Que le recours administratif soit différent, même s’il s’agit d’une «réparation moindre», il n’en demeure pas moins un recours.

Ce principe n’empêche pas les syndicats de négocier des droits dont la portée va au-delà du domaine visé par un code des droits de la personne, vu que le plaignant peut recourir à l’arbitrage dans la mesure où la Commission des droits de la personne n’a prévu aucune mesure réparatrice visant à défendre ces nouveaux droits. Il en ressort que le règlement des litiges relève principalement du régime des droits de la personne, ainsi que des autres régimes administratifs spécialisés, dont la spécificité et la cohérence sont clairement privilégiées par le législateur aux décisions des arbitres spéciaux. La LRTFP diffère de la plupart des codes du travail, qui prescrivent que l’arbitrage constitue la mesure exclusive de réparation. C’est à la Commission des droits de la personne qu’il revient, aux termes de l’article 41, de décider de renvoyer des dossiers à l’arbitrage lorsqu’elle le juge approprié. Toute autre interprétation aurait pour effet de rendre les termes du paragraphe 91(1) vides de sens. Il serait idéal que la plupart de ces questions de compétence puissent être tranchées par l’arbitre au début des procédures de règlement des griefs, mais la conséquence incontournable du libellé de l’article 91 est la possibilité qu’une question liée aux droits de la personne soit soulevée au cours d’une audience, faisant ainsi perdre à l’arbitre sa compétence pour connaître du litige. Les parties doivent faire un effort pour déterminer à l’avance si des questions liées aux droits de la personne sont en cause et, dans l’affirmative, agir en conséquence.

Le législateur a prévu une méthode plutôt complexe, coûteuse et lente pour résoudre des litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d’une convention collective, mais jusqu’à ce que le législateur soit convaincu qu’il doit modifier la loi, la Cour respectera ce choix législatif.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242(3.1)(b) (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49).
- Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33.

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 99 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 72).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354; (1995), 126 D.L.R. (4th) 679; 95 CLLC 210-045; 185 N.R. 107 (C.A.); *Chopra v. Canada (Treasury Board)*, [1995] 3 F.C. 445; (1995), 100 F.T.R. 226 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Cooper (In re)*, [1974] 2 F.C. 407; (1974), 50 D.L.R. (3d) 294; 5 N.R. 373 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449; [1995] 1 C.N.L.R. 184; (1994), 79 F.T.R. 53 (T.D.); *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 156 D.L.R. (4th) 385; *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577; 156 D.L.R. (4th) 664 (C.A.); *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3; (1996), 134 D.L.R. (4th) 1; 39 Admin. L.R. (2d) 1; 196 N.R. 212; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *Canada Post Corp. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1999] F.C.J. No. 705 (C.A.) (QL).

## AUTHORS CITED

Canada. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on Employer-Employee Relations in the Public Service, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from F.C.T.D. judgments holding that adjudicators did not have jurisdiction to decide disputes relating to human rights arising under a collective agreement (*Canada (Attorney General) v. Boutillier*, [1999] 1 F.C. 459; (1998), 154 F.T.R. 40 (T.D.); revg *Boutillier and Treasury Board (Natural Resources)*, [1997] C.P.S.S.R.B. No. 54 (QL); *Mohammed v. Canada (Treasury Board)* (1998), 148 F.T.R. 260 (F.C.T.D.); affg *Mohammed and Treasury Board (Immigration and Refugee Board)*, [1997]

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354; (1995), 126 D.L.R. (4th) 679; 95 CLLC 210-045; 185 N.R. 107 (C.A.); *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1995] 3 C.F. 445; (1995), 100 F.T.R. 226 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Cooper (In re)*, [1974] 2 C.F. 407; (1974), 50 D.L.R. (3d) 294; 5 N.R. 373 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; [1995] 1 C.N.L.R. 184; (1994), 79 F.T.R. 53 (1<sup>re</sup> inst.); *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 156 D.L.R. (4th) 385; *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577; 156 D.L.R. (4th) 664 (C.A.); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3; (1996), 134 D.L.R. (4th) 1; 39 Admin. L.R. (2d) 1; 196 N.R. 212; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *Société canadienne des postes c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1999] A.C.F. n° 705 (C.A.) (QL).

## DOCTRINE

Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes des Relations employeur-employés dans la Fonction publique, *Procès-verbaux et témoignages*, Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

APPEL à l'encontre de décisions rendues par la C.F. 1<sup>re</sup> inst. selon lesquelles les arbitres n'ont pas compétence pour connaître de litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d'une convention collective (*Canada (Procureur général) c. Boutillier*, [1999] 1 C.F. 459; (1998), 154 F.T.R. 40 (1<sup>re</sup> inst.); inf. *Boutillier et Conseil du Trésor (Ressources naturelles)*, [1997] C.R.T.F.P.C. n° 54 (QL); *Mohammed c. Canada (Conseil du Trésor)* (1998), 148 F.T.R. 260 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. *Mohammed et Conseil du Trésor*

C.P.S.S.R.B. No. 49 (QL); *O'Hagan v. Canada (Attorney General)* (1999), 162 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); affg *O'Hagan and Treasury Board (Solicitor General — Correctional Service Canada)*, [1995] C.P.S.S.R.B. No. 104 (QL). Appeals dismissed.

(*Commission de l'immigration et du statut de réfugié*), [1997] C.R.T.F.P.C. n° 49 (QL); *O'Hagan c. Canada (Procureur général)* (1999), 162 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); conf. *O'Hagan et Conseil du Trésor (Solliciteur général — Service correctionnel du Canada)*, [1995] C.R.T.F.P.C. n° 104 (QL). Appels rejetés.

APPEARANCES:

*Andrew J. Raven* for appellant in A-405-98.

*Dougald E. Brown and Pamela J. MacEachern* for appellants in A-724-98 and A-56-99.

*Harvey A. Newman and Micheline Langlois* for respondent.

*Steven R. Chaplin* for intervener (Public Service Staff Relations Board) in A-724-98.

SOLICITORS OF RECORD:

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, for appellant in A-405-98.

*Nelligan. Power*, Ottawa, for appellants in A-724-98 and A-56-99.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Chaplin Law Offices*, Ottawa, for intervener (Public Service Staff Relations Board) in A-724-98.

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

[1] LINDEN J.A.: The issue in these three appeals is substantially the same: whether an adjudicator appointed under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (PSSRA) has jurisdiction to decide a dispute relating to human rights that arises under a collective agreement protecting them, or is there a statutory bar to the exercise of that jurisdiction by virtue of the words "administrative procedure for redress" contained in section 91 of the PSSRA. That section reads as follows:

ONT COMPARU:

*Andrew J. Raven* pour l'appelante dans le dossier A-405-98.

*Dougald E. Brown et Pamela J. MacEachern* pour les appelants dans les dossiers A-724-98 et A-56-99.

*Harvey A. Newman et Micheline Langlois* pour l'intimé.

*Steven R. Chaplin* pour l'intervenante (Commission des relations de travail dans la fonction publique) dans le dossier A-724-98.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, pour l'appelante dans le dossier A-405-98.

*Nelligan Power*, Ottawa, pour les appelants dans les dossiers A-724-98 et A-56-99.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Chaplin Law Offices*, Ottawa, pour l'intervenante (Commission des relations de travail dans la fonction publique) dans le dossier A-724-98.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Les trois présents appels soulèvent des questions essentiellement semblables: un arbitre de grief nommé en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 (la LRTFP), a-t-il compétence pour trancher un litige né de la convention collective relativement aux droits de la personne protégés par cette convention, ou l'expression «recours administratif de réparation» contenue à l'article 91 de la LRTFP équivaut-elle à une interdiction imposée par la loi quant à l'exercice de cette compétence? L'article 91 prévoit:



91. (1) Where any employee feels aggrieved

(a) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) as a result of any occurrence or matter affecting the terms and conditions of employment of the employee, other than a provision described in subparagraph (a)(i) or (ii),

in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament, the employee is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act.

(2) An employee is not entitled to present any grievance relating to the interpretation or application, in respect of the employee, of a provision of a collective agreement or an arbitral award unless the employee has the approval of and is represented by the bargaining agent for the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applies, or any grievance relating to any action taken pursuant to an instruction, direction or regulation given or made as described in section 113.

(3) An employee who is not included in a bargaining unit for which an employee organization has been certified as bargaining agent may seek the assistance of and, if the employee chooses, may be represented by any employee organization in the presentation or reference to adjudication of a grievance.

(4) No employee who is included in a bargaining unit for which an employee organization has been certified as bargaining agent may be represented by any employee organization, other than the employee organization certified as bargaining agent, in the presentation or reference to adjudication of a grievance.

[2] In two of the cases, *Mohammed and Treasury Board (Immigration and Refugee Board)* [[1997] C.P.S.S.R.B. No. 49 (QL)] and *O'Hagan and Treasury Board (Solicitor General—Correctional Service Canada)* [[1995] C.P.S.S.R.B. No. 104 (QL)], the

91. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale, le fonctionnaire a le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente loi, lorsqu'il s'estime lésé:

a) par l'interprétation ou l'application à son égard:

(i) soit d'une disposition législative, d'un règlement—administratif ou autre—, d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi,

(ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait autre que ceux mentionnés aux sous-alinéas a)(i) ou (ii) et portant atteinte à ses conditions d'emploi.

(2) Le fonctionnaire n'est pas admis à présenter de grief portant sur une mesure prise en vertu d'une directive, d'une instruction ou d'un règlement conforme à l'article 113. Par ailleurs, il ne peut déposer de grief touchant à l'interprétation ou à l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale qu'à condition d'avoir obtenu l'approbation de l'agent négociateur de l'unité de négociation à laquelle s'applique la convention collective ou la décision arbitrale et d'être représenté par cet agent.

(3) Le fonctionnaire ne faisant pas partie d'une unité de négociation pour laquelle une organisation syndicale a été accréditée peut demander l'aide de n'importe quelle organisation syndicale et, s'il le désire, être représenté par celle-ci à l'occasion du dépôt d'un grief ou de son renvoi à l'arbitrage.

(4) Le fonctionnaire faisant partie d'une unité de négociation pour laquelle une organisation syndicale a été accréditée ne peut être représenté par une autre organisation syndicale à l'occasion du dépôt d'un grief ou de son renvoi à l'arbitrage.

[2] Dans deux des trois affaires, soit *Mohammed et Conseil du Trésor (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* [[1997] C.R.T.F.P.C. n° 49 (QL)] et *O'Hagan et le Conseil du Trésor (Solliciteur général—Service correctionnel du Canada)* [[1995]

Adjudicator declined jurisdiction, while in the *Boutilier and Treasury Board (Natural Resources)* [[1997] C.P.S.S.R.B. No. 54 (QL)] case it was exercised. Upon judicial review of these three decisions, Trial Judges of this Court affirmed *Mohammed* [(1998), 148 F.T.R. 260] and *O'Hagan* [(1999), 162 F.T.R. 15] and reversed the decision in *Boutilier* [[1999] 1 F.C. 459]. These three decisions are the subject of these combined appeals, in which Mr. Raven for *Mohammed*, and Mr. Brown and Ms. MacEachern for *Boutilier* and *O'Hagan* argued eloquently for the position that the procedure for the resolution of labour disputes set out in the collective agreements should not be ousted by section 91. To do so, it was argued, would deny employees rights which they had won and paid for in collective bargaining; for example, the non-discrimination clauses in collective agreements would be rendered valueless if employees were denied access to their grievance procedure and forced to complain to the Canadian Human Rights Commission (CHRC) in the same way as other Canadians. It was contended that the right to file a complaint with the CHRC was not included in the words an "administrative procedure for redress" because, in the human rights procedure, the union and the complainant were not parties, there was no right to a hearing before a tribunal, procedures were different, the public interest was involved, and the delays were inordinate. They also relied on section 99 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 72] of the PSSRA which expressly allows a union to refer a dispute directly to the PSSRB, implying that an individual grievance should be treated similarly. Parliament, it was said, could not have intended to deny employees their right to grieve under their collective agreement in these cases. For the respondent, Mr. Newman relied simply on the language of the section and the authorities pointing in the opposite direction, to the effect that Parliament intended to oust the grievance procedure in these cases. He pointed out that in some ways the CHRC had wider remedial powers than the Adjudicator under the PSSRA.

C.R.T.F.P.C. n° 104 (QL)], l'arbitre s'est déclaré incompétent pour connaître du litige, tandis que l'arbitre a exercé sa compétence dans l'affaire *Boutilier et Conseil du Trésor (Ressources naturelles)* [[1997] C.R.T.F.P.C. n° 54 (QL)]. En contrôle judiciaire de ces trois décisions, les juges de première instance de la Cour ont maintenu les décisions rendues dans les affaires *Mohammed* [(1998), 148 F.T.R. 260] et *O'Hagan* [(1999), 162 F.T.R. 15] et ont infirmé la décision rendue dans l'affaire *Boutilier* [[1999] 1 C.F. 459]. Ces trois décisions font l'objet des présents appels qui ont été entendus conjointement, à l'occasion desquels M. Raven (pour l'affaire *Mohammed* ainsi que M. Brown et M<sup>me</sup> MacEachern (pour les affaires *Boutilier* et *O'Hagan*) ont plaidé avec éloquence en faveur du point de vue selon lequel la procédure de règlement des conflits de travail prévue dans les conventions collectives ne devrait pas être écartée par l'application de l'article 91. Selon eux, écarté cette procédure équivaldrait à priver les employés de droits que ces derniers ont acquis et pour lesquels ils ont fait des compromis lors des négociations relatives à la convention collective; à titre d'exemple, les clauses de non-discrimination contenues dans les conventions collectives ne seraient d'aucune utilité si les employés étaient privés de leur droit de recourir à la procédure de règlement des griefs et s'ils étaient obligés de déposer leur plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) à l'instar de tous les autres Canadiens. Ils ont soutenu que l'expression «recours administratif de réparation» ne comprenait pas le droit de déposer une plainte devant la CCDP étant donné que, dans le cadre de la procédure relative aux droits de la personne, le syndicat et le plaignant ne sont pas des parties, le droit à une audience devant un tribunal est inexistant, les procédures sont différentes, l'intérêt général est en cause et les délais sont considérables. Ils se sont également fondés sur l'article 99 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 72] de la LRTP qui prévoit expressément la possibilité que le syndicat renvoie une affaire directement devant la CRTFP, ce qui laisse entendre qu'un grief déposé par un plaignant doit recevoir un traitement semblable. Selon eux, le législateur n'a pu avoir eu l'intention de priver les employés de leur droit de recourir à la procédure de règlement des griefs en vertu de leur convention collective dans

### 1. The Jurisprudence

[3] In my view, the appellants' arguments, though appealing, are not convincing. This Court and the Trial Division of this Court has consistently taken the view that Parliament, by the language used in the section, intended to remove from the normal grievance procedures under the PSSRA certain specialized areas which it was thought should be dealt with under the administrative process set out in the legislation governing those particular areas. As early as in 1974 in *In re Cooper*,<sup>1</sup> Justice Pratte stated:

Under section 90 a grievance may not be presented if it relates to a matter in respect of which an "administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament". Where a procedure is so provided under which an employee's grievance may be redressed, the aggrieved employee cannot resort to the grievance procedure under sections 90 and 91 of the *Public Service Staff Relations Act* but must submit his complaint to the authority which has, under the appropriate statute, the power to deal with it. An employee who is dissatisfied with the decision of that authority may not file a grievance under section 90 or 91 in respect of that decision.

[4] Similarly, in *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*,<sup>2</sup> Mr. Justice Strayer interpreted similar words, "procedure for redress", used in the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2], paragraph 242(3.1)(b) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16] as follows [at page 378]:

I believe that the complaint (i.e. the factual situation complained of) must be essentially the same in the other "procedure for redress". But I doubt that the remedies have to be as good or better under the other provision in order to oust the jurisdiction of the adjudicator under paragraph

ces cas-là. M. Newman, pour l'intimée, s'est simplement appuyé sur le libellé de l'article et sur la jurisprudence étayant le point de vue opposé, à savoir que le législateur avait eu l'intention d'écarter la procédure de règlement des griefs dans ces cas-là. Il a fait observer que, d'une certaine manière, la CCDP était investie d'un pouvoir réparateur plus important que l'arbitre sous le régime de la LRTFP.

### 1. La jurisprudence

[3] Je suis d'avis que les observations présentées par les appelants, quoique intéressantes, ne sont pas convaincantes. La Cour, de même que la Section de première instance de la Cour, a constamment statué que, à la lumière du libellé de l'article en cause, l'intention du législateur était d'exclure de la procédure normale de règlement des griefs prévue sous le régime de la LRTFP certains sujets spécialisés qu'il estimait devoir être régis par le processus administratif instauré par la législation visant ces mêmes sujets. Dès 1974, le juge Pratte avait déclaré dans l'affaire *In re Cooper*<sup>1</sup>:

Aux termes de l'article 90, on ne peut pas présenter un grief s'il se rapporte à une question à l'égard de laquelle «une procédure administrative de réparation est prévue en vertu d'une loi du Parlement». Lorsqu'il existe une telle procédure, l'employé qui s'estime lésé ne peut recourir à la procédure applicable aux griefs établie par les articles 90 et 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, mais doit soumettre sa plainte à l'organisme administratif qui détient, en vertu de la Loi applicable, le pouvoir de l'examiner. Un employé qui s'estime insatisfait de la décision de cet organisme ne peut présenter un grief à cet égard en vertu des articles 90 et 91.

[4] De manière analogue, dans l'arrêt *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*<sup>2</sup>, le juge Strayer avait interprété une expression semblable employée à l'alinéa 242(3.1)b) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16] du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2], soit «autre recours», dans ces termes [à la page 378]:

Je crois que la plainte (c.-à-d. les faits reprochés) doit être essentiellement la même dans l'autre recours. Cependant, je doute que les réparations prévues dans l'autre disposition doivent être égales ou supérieures pour que l'arbitre perde la compétence dont il est investi en vertu de l'alinéa

242(3.1)(b). That paragraph does not require that the same redress be available under another provision of the *Canada Labour Code* or some other federal Act [Underlining in original]. What it requires is that in respect of the same complaint there be another procedure for redress [Underlining in original]. The point is even clearer in the French version which simply requires that there be “*un autre recours*”. I do not believe that for there to be a “procedure for redress . . . elsewhere” there must be a procedure which will yield exactly the same remedies, although no doubt that procedure must be capable of producing some real redress which could be of personal benefit to the same complainant [Underlining added].

Justice Strayer added [at pages 379-380]:

. . . where Parliament has established specialist tribunals, whether under the *Canada Labour Code* or elsewhere, to deal with certain aspects of employer-employee relationships, it should not be taken to have conferred concurrent jurisdiction on *ad hoc* adjudicators to deal with the same matter.

[5] This principle was followed, in the human rights context, by Madam Justice Simpson in *Chopra v. Canada (Treasury Board)*,<sup>3</sup> explaining [at pages 452]:

Subsection 91(1) was introduced into the PSSRA as section 90 in 1966 [S.C. 1966-67, c. 72]. It was not disputed that its purpose at that time was the prevention of duplicate proceedings under the PSSRA and the *Public Service Employment Act* [now R.S.C. 1985, c. P-33]. However, subsection 91(1) did not state that it applied only to the PSSRA and the *Public Service Employment Act*. This meant that, if legislation, such as the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], was later enacted, it could be encompassed by subsection 91(1) if it provided other administrative procedures for redress. [Underlining added.]

[6] Consequently, the fact that only one statute, the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33], was mentioned, as an example, in the testimony of Dr. Davidson before the Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on Employer-Employee Relations in the Public Service of Canada,<sup>4</sup> does not mean that other legislation could not fall within those words then and at a later date.

242(3.1)(b). Cette disposition n'exige pas que le *Code canadien du travail* ou une autre loi fédérale prévoie le même recours. [Souligné dans l'original.] Elle exige simplement qu'un autre recours existe à l'égard de la même plainte. [Souligné dans l'original.] Je ne crois pas que les réparations découlant des recours doivent être exactement les mêmes, bien que la procédure en question doive certainement permettre à la même partie plaignante d'obtenir une véritable réparation. [Soulignement ajouté.]

Le juge Strayer a ajouté [aux pages 379 et 380]:

[. . .] lorsque le Parlement a créé, que ce soit dans le *Code canadien du travail* ou ailleurs, des tribunaux spécialisés chargés d'examiner certains aspects des relations de travail, il ne saurait avoir conféré une compétence concurrente permettant aux arbitres spéciaux d'examiner la même question.

[5] Ce principe a été suivi en matière de droits de la personne par M<sup>me</sup> le juge Simpson dans l'affaire *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*<sup>3</sup> de la façon suivante [à la page 452]:

Le paragraphe 91(1) a été incorporé à la LRTPF comme article 90 en 1966 [S.C. 1966-67, ch. 72]. Il n'a pas été contesté qu'il avait pour objet à l'époque de prévenir le chevauchement des procédures prévues par la LRTPF et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [maintenant L.R.C. (1985), ch. P-33]. Cependant, le paragraphe 91(1) ne précisait pas qu'il s'appliquait seulement à la LRTPF et à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Cela signifie qu'une loi, par exemple la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], adoptée par la suite peut faire partie de celles prévues par le paragraphe 91(1) si elle prévoit d'autres recours administratifs de réparation. [Soulignement ajouté.]

[6] Par conséquent, le fait qu'une seule loi, soit la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-33], ait été mentionnée à titre d'exemple au cours du témoignage du D<sup>r</sup> Davidson devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes au sujet des relations employeur-employé dans la fonction publique du Canada<sup>4</sup> ne signifie pas que d'autres législations n'auraient pas pu être visées par ces termes soit à cette époque-là, soit ultérieurement.

[7] That the *Byers Transport* case offers the correct interpretation of this language is even more apparent when one examines the placement of the words in the official French version of section 91. They appear near the beginning of the section, emphasizing that, “*si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d’une loi fédérale*”, the regular grievance procedure is available, but not otherwise.

[8] It should be further underlined that the governing Master Collective Agreement signed by the representatives of both parties to the collective agreements involved in these appeals—that is, the Public Service Alliance of Canada and the Treasury Board includes a provision, using similar language to subsection 91(1), denying access to the usual grievance procedure, “where there is another administrative procedure provided by or under any Act of Parliament to deal with the employee’s specific complaint.” Article M-38.02 reads in full as follows:

M-38.02 Subject to and as provided in Section 90 of the Public Service Staff Relations Act, an employee who feels that he or she has been treated unjustly or considers himself or herself aggrieved by any action or lack of action by the Employer in matters other than those arising from the classification process is entitled to present a grievance in the manner prescribed in clause M-38.05 except that,

- (a) where there is another administrative procedure provided by or under any Act of Parliament to deal with the employee’s specific complaint, such procedure must be followed.

[9] Thus, this statutory bar contained in subsection 91(1) cannot be said to have been imposed unilaterally upon these public service employees, since it has been agreed to by their representative in their Master Collective Agreement.

[10] We have not been persuaded to depart from the well-established authorities, which were followed by all three Trial Judges in these cases.

[7] Il ressort d’autant plus clairement que l’arrêt *Byers Transport* donne une interprétation juste du libellé de l’article 91 lorsque l’on examine l’ordre qui prévaut dans l’énoncé de la version française officielle de cet article. L’expression pertinente apparaît presque en tête de l’article, et précise que «si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d’une loi fédérale», le plaignant peut alors recourir à la procédure normale de règlement des griefs, mais pas autrement.

[8] Il convient de souligner en outre que la convention cadre existante qui a été signée par les représentants des deux parties aux conventions collectives qui font l’objet des présents appels—soit l’Alliance de la fonction publique du Canada et le Conseil du Trésor—comprend une disposition qui, à l’instar du paragraphe 91(1), exclut le recours à la procédure normale de règlement des griefs «s’il existe une autre procédure administrative prévue par une loi du Parlement ou établie aux termes d’une telle loi pour traiter [la] plainte particulière [de l’employé-e]». Dans sa version intégrale, l’article M-38.02 prévoit ce qui suit:

M-38.02 Sous réserve de l’article 90 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et conformément aux dispositions dudit article, l’employé-e qui estime avoir été traité de façon injuste ou qui se considère lésé par une action ou l’inaction de l’employeur au sujet de questions autres que celles qui découlent du processus de classification, a le droit de présenter un grief de la façon prescrite à la clause M-38.05, compte tenu des réserves suivantes:

- a) s’il existe une autre procédure administrative prévue par une loi du Parlement ou établie aux termes d’une telle loi pour traiter sa plainte particulière, cette procédure doit être suivie,

[9] L’on ne peut affirmer par conséquent que cette interdiction de la loi contenue au paragraphe 91(1) ait été imposée unilatéralement aux fonctionnaires, puisque ce sont leurs représentants syndicaux qui y ont consenti dans la convention cadre.

[10] Nous n’avons pas été convaincus en l’espèce qu’il convenait de s’écarter des décisions de principe bien établies, qui ont été suivies par les trois juges de première instance dans les présentes affaires.

## 2. These Individual Cases

[11] In the *Mohammed* case, the Adjudicator decided on May 22, 1997 that he lacked jurisdiction to consider a grievance involving harassment because the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] set out an “administrative procedure for redress”. The grievor, now appellant, alleged in 1997 that her Islamic religion, her race and colour were factors in the harassment. The Master Agreement, Article M-16.01, was relied on and reads:

M-16.01 There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or any disciplinary action exercised or practiced with respect to an employee by reason of age, race, creed, colour, national origin, religious affiliation, sex, sexual orientation, family status, mental or physical disability or membership or activity in the union.

[12] By letter dated April 11, 1997 the respondent raised an objection concerning the jurisdiction of the Adjudicator relying on section 91 and the CHRA.<sup>5</sup> The Adjudicator, following *Chopra*, found that the basis for the claim was Article M-16.01 and therefore, concluded that he lacked jurisdiction. The Trial Division agreed, dismissing the application for judicial review relying on the *Byers Transport* case, explaining [at page 270]:

From the words of [Justice Strayer in *Byers*, *infra*] it appears that the administrative procedure for redress referred to in subsection 91(1) does not have to be identical to the grievance procedure mandated by the PSSRA. In addition, the remedies given in the two procedures do not have to be identical; rather the party should be able to obtain “real redress” which could be of benefit to the complainant. All that is required under s. 91(1) is the existence of another procedure for redress, where the redress that is available under that procedure is of some personal benefit to the complainant.

[13] In my view the Motions Judge was correct in his decision and in his reasoning. The appeal in *Mohammed* should be dismissed with costs.

[14] In the *Boutilier* case, the Adjudicator decided on June 4, 1997 in favour of the appellant who

## 2. Les décisions en l’espèce

[11] Dans l’affaire *Mohammed*, l’arbitre a conclu le 22 mai 1997 qu’il n’était pas habilité à connaître d’un grief pour harcèlement, étant donné que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] avait prévu un «recours administratif de réparation». La plaignante, appelante dans la présente instance, a allégué en 1997 que le harcèlement était fondé sur sa religion musulmane, sa race et la couleur de sa peau. Elle s’est appuyée sur l’article M-16.01 de la convention cadre, qui prévoit:

M-16.01 Il n’y aura aucune discrimination, ingérence, restriction, coercition, harcèlement, intimidation, ni aucune mesure disciplinaire d’exercée ou d’appliquée à l’égard d’un employé-e du fait de son âge, sa race, ses croyances, sa couleur, son origine ethnique, sa confession religieuse, son sexe, son orientation sexuelle, sa situation familiale, son incapacité mentale et physique ou son adhésion au syndicat ou son activité dans celui-ci.

[12] Par une lettre datée du 11 avril 1997, l’intimée a soulevé une objection quant à la compétence de l’arbitre en se fondant sur l’article 91 et sur la LCDP<sup>5</sup>. Suivant l’affaire *Chopra*, l’arbitre a conclu que l’article M-16.01 constituait le fondement de la demande et a par conséquent reconnu qu’il n’était pas habilité à connaître du litige. La Section de première instance a confirmé sa décision et a ainsi rejeté la demande de contrôle judiciaire en invoquant l’arrêt *Byers Transport* en ces termes [à la page 270]:

Il ressort des remarques [du juge Strayer dans l’arrêt *Byers*, *infra*] que le recours administratif de réparation mentionné à l’art. 91(1) n’a pas à être identique à la procédure de règlement des griefs prévue par la LRTFP. De plus, les réparations auxquelles donnent lieu ces deux recours n’ont pas à être identiques; la partie en cause devrait plutôt être en mesure d’obtenir une «réparation véritable» qui pourrait être avantageuse pour le plaignant. Le paragraphe 91(1) exige uniquement l’existence d’un autre recours de réparation lorsque la réparation à laquelle peut donner lieu ce recours est dans une certaine mesure avantageuse pour le plaignant lui-même.

[13] À mon sens, le juge des requêtes a rendu une décision correcte et a suivi un raisonnement juste. L’appel dans l’affaire *Mohammed* est rejeté avec dépens.

[14] Dans l’affaire *Boutilier*, l’arbitre a tranché le 4 juin 1997 en faveur de l’appelant, qui avait déposé

grieved on August 18, 1994 that he was denied the benefit of a five-day marriage leave provision in his collective agreement because it was thought that his same-sex commitment ceremony was not a “marriage” as it was meant in the agreement. The employer did not object to the jurisdiction at the adjudication hearing but did later on the judicial review to the Trial Division. The Adjudicator’s decision was quashed by the Trial Division of this Court which held that the Adjudicator lacked jurisdiction because of subsection 91(1).

[15] The appellant, who was a Physical Scientist at the Department of Natural Resources in Halifax, N.S., was covered by the Physical Sciences Group Collective Agreement (222/91) between the Professional Institute of the Public Service and the Treasury Board. Article 20.09 of that agreement stated that the employer

**20.09 . . .**

(b) shall grant leave with pay under the following circumstances:

. . .

(iv) five (5) days’ marriage leave for the purpose of getting married provided the employee gives the Employer at least five (5) days’ notice.

No definition of “marriage” was provided. The collective agreement contained a “no discrimination” clause as follows:

**31.01** There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or any disciplinary action exercised or practiced with respect to an employee by reason of age, race, creed, colour, national origin, religious affiliation, sex, official language or membership or activity in the union.

[16] The Adjudicator defined the word marriage to include the same-sex union entered into by the grievor, relying on the recent equality jurisprudence and the CHRA as interpreted by the newer cases to include sexual orientation,<sup>6</sup> but he carefully stated that the grievor has not entered into a “lawful marriage

un grief le 18 août 1994 après qu’on eut refusé de lui accorder le bénéfice d’une disposition prévoyant un congé de mariage de cinq jours contenue dans sa convention collective, pour le motif qu’on estimait qu’une cérémonie dans laquelle deux personnes du même sexe s’épousent ne constituait pas un «mariage» au sens de la convention. L’employeur n’a pas soulevé la question de la compétence lors de l’audience d’arbitrage, mais l’a fait par la suite en instance de contrôle judiciaire devant la Section de première instance. La Section de première instance de la Cour a annulé la décision de l’arbitre pour le motif que ce dernier n’avait pas compétence en raison de l’application du paragraphe 91(1).

[15] L’appelant, spécialiste des sciences physiques au ministère des Ressources naturelles à Halifax (N.-É.), était assujéti à la convention collective du Groupe des sciences physiques (222/91) signée par l’Institut professionnel de la fonction publique et le Conseil du Trésor. L’article 20.09 de cette convention prévoit:

**20.09 [ . . . ]**

b) L’employeur accordera un congé payé dans les circonstances suivantes:

[ . . . ]

(iv) un congé de mariage de cinq (5) jours dans le but de se marier, pourvu que l’employé donne à l’employeur un préavis d’au moins cinq (5) jours.

Aucune définition de «mariage» n’y figurait. La convention collective comprenait une clause de «non-discrimination» dans les termes suivants:

**31.01** Il n’y aura aucune discrimination, ingérence, restriction, coercition, harcèlement, intimidation, ni aucune mesure disciplinaire exercée ou appliquée à l’égard d’un employé du fait de son âge, sa race, ses croyances, sa couleur, son origine ethnique, sa confession religieuse, son sexe, sa langue officielle, son adhésion au syndicat ou son activité dans celui-ci.

[16] Se fondant sur la jurisprudence récente en matière d’égalité et sur des décisions récentes ayant interprété la LCDP comme incluant l’orientation sexuelle<sup>6</sup>, l’arbitre a donné une interprétation du terme «mariage» qui comprenait l’union entre deux personnes du même sexe dont faisait partie le plaignant, mais

under the laws of Nova Scotia”.

[17] Despite the lack of objection by the respondent at the hearing before the Adjudicator, Madam Justice McGillis held that the Adjudicator had no jurisdiction in this case, which, she concluded, clearly raised a “fundamental human rights issue”. She explained that primary jurisdiction in human rights matters was meant to reside under CHRA. Despite the forceful argument of Ms. MacEachern and counsel for the intervener (PSSRB), Mr. Chaplin, to the effect that *Boutilier* was different than *Mohammed* and *O’Hagan* in that the right being claimed—marriage leave—arose solely under the collective agreement and could not be obtained by any other “administrative procedure for redress”, I am of the view that Madam Justice McGillis was entirely correct in her decision and her reasons for that decision, which include the following language [at pages 471-472 and 476]:

A review of the statutory scheme reveals that an employee possesses only a qualified right to present a grievance at each of the levels specified in the statutory process in the *Public Service Staff Relations Act*. In particular, an employee’s right to present a grievance is qualified or limited in two respects: by the requirement in subsection 91(1) that no administrative procedure for redress exists in another Act of Parliament; and, by the requirement in subsection 91(2) for the approval of and representation by the bargaining agent. Furthermore, under section 92, an employee may only refer a grievance to adjudication following the completion of the grievance process, up to and including the final level. In the event that an employee is not entitled to present the grievance at each of the levels in the process, by reason of the operation of a statutory limitation in either subsection 91(1) or (2), the grievance may not be referred to adjudication under section 92. In other words, where the operation of a limitation contained in either subsection 91(1) or (2) deprives an employee of his qualified right to present the grievance, the employee cannot subsequently purport to refer the grievance to adjudication under subsection 92(1). In the event that an employee purports to refer such a grievance to adjudication, the adjudicator has no jurisdiction to entertain it.

...

Parliament also chose, by virtue of subsection 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, to deprive an aggrieved

à pris soin de préciser que le plaignant n’avait pas contracté un «mariage légitime en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse».

[17] En dépit du fait que l’intimé ne s’était pas opposé sur la question de la compétence au cours de l’audience d’arbitrage, M<sup>me</sup> le juge McGillis a conclu que l’arbitre n’était pas habilité à connaître du litige, qui, selon elle, soulevait clairement une «question [...] fondamentale relativement aux droits de la personne». Elle a expliqué que c’est à la CCDP que revenait la compétence principale en matière de droits de la personne. Malgré l’argument valable présenté par M<sup>me</sup> MacEachern et par M. Chaplin, l’avocat de l’intervenante (la CRTFP), suivant lequel l’affaire *Boutilier* se distinguait des affaires *Mohammed* et *O’Hagan* en ce que le droit qui faisait l’objet du litige—soit le congé de mariage—était né exclusivement de la convention collective et ne pouvait être réclamé au moyen d’aucun autre «recours administratif de réparation», je suis d’avis que M<sup>me</sup> le juge McGillis avait entièrement raison quant à la décision qu’elle a rendue et quant aux motifs y afférents, dont voici l’extrait suivant [aux pages 471, 472 et 476]:

Un examen du régime législatif révèle qu’un employé n’a qu’un droit restreint de déposer un grief à chacun des paliers de la procédure prévue dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. En particulier, le droit d’un employé de déposer un grief est limité à deux égards: selon l’exigence énoncée au paragraphe 91(1), par le fait qu’aucun autre recours administratif de réparation ne lui soit ouvert sous le régime d’une loi fédérale, et selon l’exigence énoncée au paragraphe 91(2), par le fait qu’il doit d’abord avoir obtenu l’approbation de son agent négociateur et être représenté par lui. En outre, en vertu de l’article 92, un employé ne peut renvoyer son grief à l’arbitrage qu’après l’avoir porté jusqu’au dernier palier de la procédure applicable. Dans le cas où un employé n’a pas le droit de déposer un grief à chacun des paliers de cette procédure, du fait de l’application d’une restriction légale prévue au paragraphe 91(1) ou au paragraphe 91(2), le grief ne peut être renvoyé à l’arbitrage en vertu de l’article 92. Autrement dit, lorsqu’une restriction énoncée au paragraphe 91(1) ou (2) prive un employé de son droit non absolu de déposer un grief, celui-ci ne peut par la suite envisager de renvoyer le grief à l’arbitrage en vertu du paragraphe 92(1). Si un employé essaie d’agir de la sorte, l’arbitre n’a pas compétence pour connaître de ce grief.

[. . .]

En vertu du paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, le législateur a égale-



employee of the qualified right to present a grievance in circumstances where another statutory administrative procedure for redress exists. Accordingly, where the substance of a purported grievance involves a complaint of a discriminatory practice in the context of the interpretation of a collective agreement, the provisions of the *Canadian Human Rights Act* apply and govern the procedure to be followed. In such circumstances, the aggrieved employee must therefore file a complaint with the Commission. The matter may only proceed as a grievance under the provisions of the *Public Service Staff Relations Act* in the event that the Commission determines, in the exercise of its discretion under paragraphs 41(1)(a) or 44(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act*, that the grievance procedure ought to be exhausted.

[18] She went on to explain that the CHRC may, if it chooses, send the matter to grievance pursuant to subsection 41(1) [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49] of the CHRA [at pages 475-476]:

Paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* constitute important discretionary powers in the arsenal of the Commission, as it performs its role in the handling of a complaint, and permit it, in an appropriate case, to require the complainant to exhaust grievance procedures. Paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a) also indicate that Parliament expressly considered that situations would arise in which a conflict or an overlap would occur between legislatively mandated grievance procedures, such as that provided for in the *Public Service Staff Relations Act*, and the legislative powers and procedures in the *Canadian Human Rights Act* for dealing with complaints of discriminatory practices. In the event of such a conflict or overlap, Parliament chose to permit the Commission, by virtue of paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a), to determine whether the matter should proceed as a grievance under other legislation such as the *Public Service Staff Relations Act*, or as a complaint under the *Canadian Human Rights Act*. Indeed, the ability of the Commission to make such a determination is consistent with its pivotal role in the management and processing of complaints of discriminatory practices.

[19] The *Boutilier* appeal should, therefore, be dismissed with costs.

[20] In the *O'Hagan* appeal, the Adjudicator decided that he had no jurisdiction to decide the grievances of

ment choisi de priver un employé lésé de son droit non absolu de présenter un grief dans des circonstances où un autre recours administratif de réparation existe sous le régime d'une loi fédérale. Par conséquent, lorsqu'un grief potentiel porte essentiellement sur une plainte d'acte discriminatoire dans le contexte de l'interprétation d'une convention collective, les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'appliquent et régissent la procédure à suivre. En pareilles circonstances, l'employé lésé doit donc déposer une plainte auprès de la Commission. L'affaire peut uniquement être entendue comme un grief en vertu des dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* dans le cas où la Commission détermine, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré aux alinéas 41(1)a) ou 44(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que la procédure de règlement des griefs doit d'abord être épuisée.

[18] Le juge McGillis a aussi expliqué que la CCDP pouvait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du paragraphe 41(1) [mod par L.C. 1995, ch. 44, art. 49] de la LCDP, renvoyer l'affaire à la procédure de grief [aux pages 475 et 476]:

Les alinéas 41(1)a) et 44(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constituent d'importants pouvoirs discrétionnaires dans la gamme des mécanismes mis à la disposition de la Commission pour lui permettre d'assumer son rôle dans le traitement d'une plainte et, dans les cas appropriés, d'obliger le plaignant à épuiser les procédures de règlement des griefs. Les alinéas 41(1)a) et 44(2)a) indiquent également que le législateur a expressément envisagé la possibilité que des conflits ou des chevauchements se produisent entre des procédures de règlement des griefs prescrites par différentes lois, comme celle qui est prévue dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, et les procédures et pouvoirs législatifs prévus dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* concernant le traitement des plaintes au sujet d'actes discriminatoires. En cas de conflit ou de chevauchement, donc, le législateur a choisi d'autoriser la Commission, aux termes des alinéas 44(1)a) et 44(2)a), à déterminer si la question devrait être réglée comme un grief en vertu de l'autre loi comme la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, ou en tant que plainte fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En fait, la capacité de la Commission de prendre une telle décision va de pair avec son rôle crucial dans la gestion et le traitement des plaintes portant sur des actes discriminatoires.

[19] L'appel dans l'affaire *Boutilier* est par conséquent rejeté avec dépens.

[20] Dans l'appel concernant l'affaire *O'Hagan*, l'arbitre a conclu qu'il n'avait pas compétence pour

several nurses at the Clearwater Unit of Correctional Services Canada, members of the Professional Institute of the Public Service of Canada, who alleged that they had been sexually harassed over a two and one-half year period. They relied on Article 43.01 of their collective agreement which states:

**43.01** The Institute and Employer recognize the right of employees to work in an environment free from sexual harassment and agree that sexual harassment will not be tolerated in the workplace.

[21] Upon the objection of the employer to the jurisdiction of the Adjudicator, relying on subsection 91(1), the Adjudicator decided that he lacked jurisdiction. The Trial Division of this Court agreed, following *Chopra, Mohammed* and *Boutilier*, while recognizing that the facts were not identical in all the cases. He was correct in so doing.

[22] The *O'Hagan* appeal should also be dismissed.

[23] In summary, the principle set out in *Byers Transport* governs these cases. It is consistent with the wording and purpose of the statute, with *Cooper*, and with virtually all of the jurisprudence of this Court. The dispute resolution system in federal labour matters is, therefore, not as simple as one would like it to be. If another administrative procedure for redress is available to a grievor, that process must be used, as long as it is a "real" remedy. It need not be an equivalent or better remedy as long as it deals "meaningfully and effectively with the substance of the employee's grievance."<sup>7</sup> Possible delay in securing redress administratively itself is not significant, unless perhaps it is so pronounced that it can be said that no real remedy is available to the grievor at all. Differences in the administrative remedy, even if it is a "lesser remedy", do not change it into a non-remedy.

trancher les griefs déposés par plusieurs infirmières de l'unité de Clearwater du Service correctionnel du Canada, membres de l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, qui alléguaient avoir fait l'objet de harcèlement sexuel sur une période de deux ans et demi. Elles s'appuyaient sur l'article 43.01 de leur convention collective, qui prévoit:

**43.01** L'Institut et l'employeur reconnaissent le droit des employés de travailler dans un milieu libre de harcèlement sexuel, et ils conviennent que le harcèlement sexuel ne sera pas toléré sur le lieu de travail.

[21] Après que l'employeur se fut opposé à la compétence de l'arbitre, ce dernier a conclu au défaut de compétence en se fondant sur le paragraphe 91(1). La Section de première instance de la Cour a, à juste titre, maintenu cette décision en suivant les décisions rendues dans les affaires *Chopra, Mohammed* et *Boutilier*, bien qu'elle ait reconnu que les faits n'étaient pas identiques dans toutes ces affaires.

[22] L'appel dans l'affaire *O'Hagan* est également rejeté.

[23] Essentiellement, c'est le principe énoncé dans l'arrêt *Byers Transport* qui détermine l'issue des affaires en l'espèce. Ce principe est compatible avec le libellé et l'objet de la loi, avec la décision rendue dans *Cooper*, de même qu'avec presque toute la jurisprudence de la Cour. Le mode de règlement des litiges en matière de relations de travail sous le régime fédéral n'est donc pas aussi simple qu'on pourrait être porté à le croire. Si le plaignant peut se prévaloir d'un autre recours administratif de réparation, ce recours doit être épuisé dans la mesure où il fournit une réparation «véritable». Ce recours n'a pas à fournir une réparation égale ou supérieure, à condition qu'il traite la plainte «de façon raisonnable et efficace quant au fond du grief de l'employé»<sup>7</sup>. Les délais qui peuvent survenir au cours du processus administratif menant à l'obtention de la réparation ne sont pas en soi significatifs, à moins d'être à ce point excessifs que la situation équivaut à priver le plaignant d'une réparation véritable. Que le recours administratif soit différent, même s'il s'agit d'une «réparation moindre», il n'en demeure pas moins un recours.

[24] This principle does not prevent unions from bargaining for rights beyond the Human Rights Code area,<sup>8</sup> for a grievor can go to arbitration as long as no remedy is available at the Human Rights Commission to vindicate these new rights. This result gives primacy in dispute resolution to the human rights administration, as well as other expert administrative schemes, where expertise and consistency is plainly favoured by Parliament, rather than decisions of *ad hoc* adjudicators. PSSRA is different than most labour codes where arbitration is made the exclusive remedy.<sup>9</sup> It is up to the Human Rights Commission to send matters to arbitration pursuant to section 41 if, in its discretion, it feels it appropriate.<sup>10</sup> Any other interpretation would render the words in subsection 91(1) meaningless or twisted beyond recognition.

[25] An Adjudicator must, therefore, grapple with these jurisdictional matters before or during hearings but, hopefully, most of them can be resolved at the commencement of the grievance proceedings.

### 3. Some Policy Concerns

[26] Some concerns were raised by counsel for the appellants and the intervenor about the uncertainty that will result from this interpretation of subsection 91(1); it is possible, it is said, that, during a hearing before an adjudicator on the meaning of a collective agreement, a human rights issue might arise, causing a loss of jurisdiction. This is true, but that is the unavoidable effect of the language in the section. One can only hope that, in future, the parties will do their best to determine in advance whether human rights issues are involved and, if they are, act accordingly.

[27] Another concern is the possible abuse of this language by employers who may, instead of providing

[24] Ce principe n'empêche pas les syndicats de négocier des droits dont la portée va au-delà du domaine visé par un code des droits de la personne<sup>8</sup>, vu que le plaignant peut recourir à l'arbitrage dans la mesure où la Commission des droits de la personne n'a prévu aucune mesure réparatrice visant à défendre ces nouveaux droits. Il en ressort que le règlement des litiges relève principalement du régime des droits de la personne, ainsi que des autres régimes administratifs spécialisés, dont la spécificité et la cohérence sont clairement privilégiées par le législateur aux décisions des arbitres spéciaux. La LRTFP diffère de la plupart des codes du travail, qui prescrivent que l'arbitrage constitue la mesure exclusive de réparation<sup>9</sup>. C'est à la Commission des droits de la personne qu'il revient, aux termes de l'article 41, de décider de renvoyer des dossiers à l'arbitrage lorsqu'elle le juge approprié<sup>10</sup>. Toute autre interprétation aurait pour effet de rendre les termes du paragraphe 91(1) vides de sens ou de les pervertir considérablement.

[25] Un arbitre doit par conséquent examiner ces questions de compétence, soit avant le début des audiences, soit au cours de celles-ci; mais il serait idéal que la plupart de ces questions puissent être tranchées au début des procédures de règlement des griefs.

### 3. Quelques questions de principe

[26] Les avocats des appelants et de l'intervenante ont exprimé leurs craintes au sujet de l'incertitude découlant de cette interprétation du paragraphe 91(1). Ils ont soutenu qu'il était possible qu'une question liée aux droits de la personne soit soulevée au cours d'une audience tenue devant un arbitre relativement à l'interprétation d'une convention collective, faisant ainsi perdre à l'arbitre sa compétence pour connaître du litige. Ce scénario peut se concevoir, mais il s'agit de la conséquence incontournable du libellé de l'article. L'on peut seulement espérer que les parties puissent, à l'avenir, faire un effort pour déterminer à l'avance si des questions liées aux droits de la personne sont en cause et, dans l'affirmative, agir en conséquence.

[27] La possibilité que des employeurs fassent une interprétation abusive du libellé de l'article soulève

the real reason for a dismissal for example, base it upon some racial, gender or other listed ground of discrimination and thereby avoid the ordinary grievance procedure, tying up the dispute for years in the Canadian Human Rights Commission. To me, this is far-fetched; an employer does not gain anything by being branded by an employee as someone who discriminates and by being pursued by the investigators of the CHRC. The cost of a human rights complaint against it in monetary and public relations terms can be substantial to an employer. In all cases, it is not only right but in the employer's interest to be honest and fair and give the true reason for its conduct and then, if challenged, to submit the dispute to the appropriate body to resolve.

[28] An additional concern, not raised by the counsel, is the possibility that, if the appellants are correct in their view of subsection 91(1), that any dispute arising under a collective agreement must be grieved in the normal way, a collective agreement might seek to cover some matters already dealt with in alternative administrative procedures in order to oust the jurisdiction of those administrative bodies and transfer it to the grievance procedure. It is unlikely that Parliament would have wanted this to happen.

[29] In my view, these concerns are not realistic. We are dealing here with responsible parties who maintain different views of the meaning of certain words in a statute and disagree about what is the preferred way to resolve a human rights dispute in the context of a collective agreement situation. In my view, Parliament has enacted a particular method of resolving these questions, a rather complex, costly and time-consuming method perhaps, but, until Parliament can be convinced to change its legislation, this Court will honour that legislative choice, as expressed consistent-

une crainte additionnelle, en ce sens que ces employeurs pourraient, au lieu de fournir le motif véritable d'un congédiement par exemple, fonder ce congédiement sur des motifs de race, de sexe ou d'autres motifs de discrimination prévus et ainsi contourner l'application de la procédure normale de règlement de griefs, produisant ainsi un imbroglio judiciaire devant la Commission canadienne des droits de la personne des années durant. Cet argument me semble tiré par les cheveux; un employeur ne gagne rien à avoir une réputation d'employeur aux pratiques discriminatoires et à être talonné par les enquêteurs de la CCDDP. Le prix à payer pour une plainte liée aux droits de la personne peut être considérable à l'égard de l'employeur sur le plan des finances et des relations publiques. Quoi qu'il en soit, il est non seulement tout indiqué pour l'employeur de faire preuve d'honnêteté et d'équité et de fournir le motif véritable sous-tendant sa décision, puis de soumettre le litige à l'organisme pertinent si ce motif est contesté, mais il est également dans son intérêt de le faire.

[28] Si l'interprétation des appelants à l'égard du paragraphe 91(1) est juste, à savoir que tout litige né d'une convention collective doit normalement être tranché au moyen de la procédure de règlement des griefs, une crainte additionnelle qui n'a pas été soulevée par les avocats des appelants renvoie à la possibilité que la portée d'une convention collective puisse s'étendre à certains sujets déjà visés par d'autres procédures administratives et ce, dans le but d'exclure la compétence de ces organismes administratifs et de privilégier le recours à la procédure de règlement des griefs. Il est peu vraisemblable que ce scénario reflète l'intention du législateur.

[29] Je suis d'avis que ces craintes ne sont pas réalistes. Nous sommes en présence de parties qui sont responsables et qui ont des points de vue différents quant à l'interprétation du libellé d'une loi et qui ne s'entendent pas sur la manière à privilégier lorsqu'il s'agit de résoudre des litiges liés aux droits de la personne dans le cadre d'une convention collective. À mon sens, le législateur a prévu une méthode précise pour traiter ces questions, une méthode plutôt complexe, coûteuse et lente j'en conviens, mais jusqu'à ce que le législateur soit convaincu qu'il doit modifier la

ly in our jurisprudence over the years.

[30] In conclusion, these three appeals will be dismissed with costs.

STONE J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

loi, la Cour respectera ce choix législatif, comme en témoigne de façon constante sa jurisprudence au cours des années.

[30] En conclusion, ces trois appels sont rejetés avec dépens.

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

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

<sup>1</sup> [1974] 2 F.C. 407 (C.A.), at p. 412.

<sup>2</sup> [1995] 3 F.C. 354 (C.A.). Doubt was expressed by the Court about the remarks in *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.) that a “lesser remedy” would not suffice.

<sup>3</sup> [1995] 3 F.C. 445 (T.D.).

<sup>4</sup> *Minutes of Proceedings and Evidence*, November 26, 1966.

<sup>5</sup> Incidentally, in the summer of 1993 the appellant had also made a claim before the Workers’ Compensation Board, which was denied.

<sup>6</sup> *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577 (C.A.).

<sup>7</sup> See *Chopra v. Canada (Treasury Board)*, [1995] 3 F.C. 445 (T.D.), at p. 456.

<sup>8</sup> *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3.

<sup>9</sup> See *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.

<sup>10</sup> *Canada Post Corp. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1999] F.C.J. No. 705 (C.A.) (QL).

<sup>1</sup> [1974] 2 C.F. 407 (C.A.), à la p. 412.

<sup>2</sup> [1995] 3 C.F. 354 (C.A.). La Cour a exprimé des doutes quant aux remarques qui avaient été faites dans le cadre de l’affaire *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1<sup>re</sup> inst.), suivant lesquelles une «réparation moindre» ne suffisait pas.

<sup>3</sup> [1995] 3 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>4</sup> *Procès-verbaux et témoignages*, le 26 novembre 1966.

<sup>5</sup> Par ailleurs, au cours de l’été 1993, l’appelante avait également déposé une plainte devant la Commission des accidents du travail, qui l’a rejetée.

<sup>6</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577 (C.A.).

<sup>7</sup> Voir *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1995] 3 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 456.

<sup>8</sup> *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3.

<sup>9</sup> Voir *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.

<sup>10</sup> *Société canadienne des postes c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1999] A.C.F. n° 705 (C.A.) (QL).

A-731-97

**Canadian National Railway Company** (*Appellant*)

A-731-97

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Eagle Forest Products Limited Partnership**  
(*Respondent*)**Eagle Forest Products Limited Partnership**  
(*intimée*)**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. EAGLE FOREST PRODUCTS LTD. PARTNERSHIP (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. EAGLE FOREST PRODUCTS LTD. PARTNERSHIP (C.A.)**Court of Appeal, Stone, Robertson and Noël J.J.A.—  
Ottawa, November 2 and December 13, 1999.Cour d'appel, juges Stone, Robertson et Noël, J.C.A.—  
—Ottawa, 2 novembre et 13 décembre 1999.

*Administrative law — Statutory appeals — Certiorari — Standard of review — Appeal from Canadian Transportation Agency's order requiring removal of restrictions with respect to applicability of rates to Canadian points specified in Tariff — Specialized nature of tribunal, particular expertise in understanding, administering complex regulatory scheme most important factor in determining appropriate standard of review — Agency specialized tribunal possessing particular expertise in deciding matter such as that at issue herein, under somewhat complex regulatory scheme — Had to determine whether respondent's routing instructions contrary to arbitrator's decision, in breach of Canada Transportation Act, s. 161(2)(c) undertaking — Interpretation of final offer, undertaking required to decide whether respondent entitled to invoke AAR Accounting Rule 11 in routing instructions or foreclosed by terms of final offer, statutory undertaking from doing so — Question of mixed fact, law whether facts satisfied legal tests — Standard of review reasonableness.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — Certiorari — Norme de révision — Appel à l'égard d'un arrêté de l'Office des transports du Canada ordonnant la suppression de la restriction relative aux prix applicables au transport à destination des points canadiens prévus dans le tarif — La nature spécialisée du tribunal, soit sa compétence particulière qui lui permet de comprendre et d'administrer un système de réglementation complexe, constitue le facteur le plus important à prendre en compte pour déterminer la norme de révision applicable — L'Office est un tribunal spécialisé qui possède une compétence particulière pour trancher une question comme celle qui est en litige en l'espèce, en vertu d'un système de réglementation assez complexe — L'Office devait décider si les instructions d'acheminement de l'intimée allaient à l'encontre de la décision de l'arbitre ainsi que de l'engagement qu'elle avait formulé en application de l'art. 161(2)(c) de la Loi sur les transports au Canada — L'Office devait interpréter la dernière offre et l'engagement afin de décider si l'intimée avait le droit d'invoquer la Règle comptable 11 dans ses instructions ou si elle était empêchée de le faire par les conditions de sa dernière offre et de son engagement — Le litige porte sur une question mixte de faits et de droit et l'Office devait décider si les faits satisfont au critère juridique — La norme de révision applicable est celle du caractère raisonnable.*

*Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's order requiring removal from Tariff of restrictions with respect to applicability of rates to Canadian destinations — On final offer arbitration pursuant to Canada Transportation Act, s. 161 arbitrator selecting respondent's final offer setting out rates to Canadian destinations, formulae to determine rates to destinations in U.S.A. — Respondent providing statutory undertaking to ship goods in accordance with arbitrator's decision — Subsequently respondent issuing bills of lading for carriage of goods to American destinations indicating shipper arranging to have goods carried from Saint John to American destinations via*

*Transports — Appel à l'égard d'un arrêté de l'Office des transports du Canada ordonnant la suppression de la restriction relative aux prix applicables au transport à destination de certains points canadiens — Lors de l'arbitrage relatif à la dernière offre en application de l'art. 161 de la Loi sur les transports au Canada, l'arbitre a choisi la dernière offre de l'intimée qui énonçait les prix applicables aux destinations canadiennes et la formule à utiliser pour établir les prix applicables aux destinations américaines — L'intimée a fourni un engagement suivant lequel elle s'obligeait à expédier les marchandises selon les termes de la décision de l'arbitre — Par la suite, elle a établi quatre*

*American connecting carrier — Appellant submitting contrary to arbitrator's decision, respondent's undertaking as final offer requiring traffic moving beyond Canada to U.S.A. would be governed by formulae set out therein — Agency holding final offer not containing restriction specifying rates to Canadian points apply only to domestic movements as final destinations, or that cars had to be unloaded at these points — Bearing in mind Agency's special expertise, legislative context, decision not unreasonable — If goods carried to Saint John, unloaded there, rates specified in final offer chargeable; if appellant left to arrange carriage of goods to shipper's customers in U.S.A., formulae contained in final offer would control — Agency not erring in concluding final offer, statutory undertaking not obliging respondent to send traffic beyond Saint John under appellant's auspices — Matter within Agency's specialized expertise for determination in light of facts, statute, policy considerations.*

This was an appeal from an order of the Canadian Transportation Agency requiring the removal of restrictions imposed with respect to the applicability of the rates to Canadian points in Tariff CNR 3030. The appellant is a rail carrier. The respondent manufactures oriented strand board, a product used in the construction of buildings, most of which is sold for delivery by rail to purchasers in the United States. A dispute arose concerning the rates that the respondent would have to pay for the carriage of its goods. The respondent submitted the Canadian portion of the rates for final offer arbitration pursuant to *Canada Transportation Act*, subsection 161(1), alleging that the appellant had reneged on a previous agreement as to the level of rail freight rates for the carriage of goods from Miramichi, New Brunswick to destinations in Canada and the United States. The submission contained the respondent's final offer setting out rates to Canadian destinations and formulae to determine rates to U.S. destinations, and the respondent's statutory undertaking to ship the goods in accordance with the arbitrator's decision. The arbitrator selected the respondent's final offer. Shortly thereafter, the respondent issued four bills of lading for the carriage of its oriented strand board by rail to American destinations via Saint John, New Brunswick. Each of the bills of lading contained an identical routing clause which invoked AAR Accounting Rule 11 beyond Saint John. By invoking that Rule, the respondent

*connaissements relatifs au transport des marchandises vers des destinations américaines, lesquels connaissances indiquaient que l'expéditeur avait pris des dispositions pour faire transporter les marchandises en question de Saint John jusqu'aux destinations américaines par un transporteur de liaison américain — L'appelante a soutenu que cette façon de procéder allait à l'encontre de la décision de l'arbitre et de l'engagement de l'intimée, étant donné que, selon celui-ci, le service de transport assuré à l'extérieur du Canada vers des destinations américaines devait être régi par la formule énoncée dans la dernière offre — L'Office a conclu que la dernière offre n'indique pas que les prix établis pour les points canadiens devaient s'appliquer uniquement aux envois intérieurs pour lesquels un de ces points est la destination finale ou que les wagons devaient être déchargés à ces endroits — Compte tenu de la compétence spécialisée de l'Office ainsi que du contexte législatif, la décision n'était pas déraisonnable — Si les marchandises étaient transportées à Saint John et déchargées à cet endroit, les prix indiqués dans la dernière offre pourraient être exigés; si l'appelante devait prendre des dispositions pour acheminer les marchandises jusqu'aux établissements des clients se trouvant aux États-Unis, la formule prévue dans la dernière offre s'appliquerait — L'Office n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que la dernière offre et l'engagement fondé sur la loi n'obligeaient pas l'intimée à utiliser les services de l'appelante pour le transport des marchandises au-delà de Saint John — La question était visée par la compétence spécialisée de l'Office, compte tenu des faits, de la Loi et des facteurs politiques applicables.*

Il s'agit d'un appel interjeté à l'égard d'un arrêté de l'Office des transports du Canada exigeant la suppression de la restriction relative aux prix applicables au transport à destination des points canadiens comme le prévoit le tarif CNR 3030. L'appelante est un transporteur ferroviaire, tandis que l'intimée fabrique des panneaux à copeaux orientés, soit un matériau de construction dont la majeure partie est vendue et doit être livrée par train à des acheteurs américains. Un conflit a éclaté au sujet des prix que l'intimée devrait payer pour faire transporter ses marchandises. L'intimée a présenté une demande d'arbitrage concernant la dernière offre à l'égard de la partie canadienne des prix conformément au paragraphe 161(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, soutenant que l'appelante était revenue sur un accord précédemment conclu au sujet des prix qui seraient exigés pour le transport ferroviaire de marchandises depuis Miramichi (Nouveau-Brunswick) jusqu'à différentes destinations canadiennes et américaines. La demande d'arbitrage contenait la dernière offre de l'intimée, laquelle énonçait les prix applicables aux destinations canadiennes ainsi qu'une formule servant à déterminer les prix relatifs aux destinations américaines, ainsi que l'engagement par lequel l'intimée s'obligeait à expédier les marchandises selon les termes de la décision de l'arbitre. L'arbitre a choisi la dernière offre de l'intimée. Un peu plus tard, l'intimée a établi quatre connaissances relatifs au

signalled to the appellant that it had arranged to have the goods carried from Saint John to destinations in the U.S.A. via an American carrier. The appellant took the position that the routing instructions were contrary to the terms of the final offer and in breach of the respondent's undertaking to ship its goods in accordance with the arbitrator's decision because the respondent had not incorporated the provisions of Rule 11 for carriage beyond Saint John in its final offer. Thus, according to the appellant, any traffic moving beyond Canadian points to in the United States destinations would be governed by the formulae selected by the arbitration. The appellant held the cars containing the goods pending the receipt of clarification from the respondent of the routing instructions. The respondent filed a complaint with the Agency alleging that the appellant was not fulfilling its common carrier obligation when it refused to deliver the traffic, and requesting that the appellant be ordered to set out the terms and conditions associated with the movement of goods that had been selected by the arbitrator in a tariff. Contemporaneously, the appellant issued the tariff at issue. It provided, *inter alia*, that "rates would not apply under the provisions of AAR Accounting Rule 11", and that "rates were applicable only on traffic fully unloaded in Canada". The Agency concluded that the respondent's final offer contained "no restriction . . . specifying the rates to the Canadian points should apply and only to domestic movements as final destinations or that the cars had to be unloaded at these points". It determined that the respondent's routing instructions did not offend either the arbitrator's decision or the respondent's undertaking.

Under *Canada Transportation Act*, section 41 an appeal lies, with leave of the Court "on a question of law or a question of jurisdiction" only. The Court has some latitude under subsection 41(3) to draw inferences that are not inconsistent with facts expressly found by the Agency and are necessary "for determining the question of law or jurisdiction". Section 31 provides that the Agency's determination "on a question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive".

The issues were: (1) what was the appropriate standard of review of the Agency's decision; and (2) whether the Agency erred in its decision.

*Held*, the appeal should be dismissed.

transport par train de ses panneaux à copeaux orientés vers des destinations américaines via Saint John (Nouveau-Brunswick). Chacun des connaissements comportait une clause identique au sujet de l'itinéraire, selon laquelle la Règle comptable AAR 11 devait s'appliquer au-delà de Saint John. En invoquant cette Règle, l'intimée faisait savoir à l'appelante qu'elle avait pris des dispositions pour faire transporter les marchandises en question de Saint John jusqu'aux destinations américaines par un transporteur américain. L'appelante a soutenu que les instructions en question ne respectaient pas les conditions de la dernière offre et allaient à l'encontre de l'engagement par lequel l'intimée s'était obligée à expédier les marchandises selon les termes de la décision de l'arbitre, parce que l'intimée n'avait pas intégré dans sa dernière offre les dispositions de la Règle 11 au sujet du transport au-delà de Saint John. Par conséquent, selon l'appelante, tout service de transport assuré à l'extérieur du Canada vers des destinations américaines serait régi par la formule choisie par l'arbitre. L'appelante a détenu les wagons contenant les marchandises jusqu'à ce qu'elle obtienne des explications de l'intimée au sujet des instructions d'acheminement. L'intimée a déposé une plainte auprès de l'Office, alléguant que l'appelante avait manqué à ses obligations de transporteur en refusant de transporter les marchandises et qu'elle devrait être tenue d'inscrire dans un tarif les prix et conditions que l'arbitre avait choisis pour le transport des marchandises. Vers la même date, l'appelante a publié le tarif en litige, qui prévoyait notamment que «les prix ne peuvent s'appliquer sous le régime de la Règle 11» et que «les prix s'appliquent uniquement au transport des marchandises entièrement déchargées au Canada». L'Office a conclu qu'aucun élément de la dernière offre de l'intimée «n'indique que les prix établis pour les points canadiens devraient s'appliquer uniquement aux envois intérieurs pour lesquels un de ces points est la destination finale ou que les wagons doivent être déchargés à ces endroits». Il a également jugé que les instructions d'acheminement de l'intimée n'allaient pas à l'encontre de l'engagement de celle-ci ou de la décision de l'arbitre.

L'article 41 de la *Loi sur les transports au Canada* permet d'interjeter appel, avec l'autorisation de la Cour, «sur une question de droit ou de compétence» seulement. La Cour peut, en vertu du paragraphe 41(3), faire des inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires «pour décider de la question de droit ou de compétence». L'article 31 de la *Loi* énonce que la décision de l'Office «sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive».

Les questions à trancher étaient celles de savoir 1) quelle était la norme de révision à appliquer à l'égard de la décision de l'Office et 2) si la décision de l'Office était erronée.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.



(1) It has been held that the specialized nature of the tribunal and its particular expertise in understanding and administering a complex regulatory scheme is the most important factor in determining the appropriate standard of review. The Canadian Transportation Agency is a specialized tribunal that possesses a particular expertise in deciding a matter such as that at issue herein, under a somewhat complex regulatory scheme. The Agency had to determine whether the respondent's routing instructions were contrary to the arbitrator's decision and in breach of the respondent's undertaking. This involved interpretation of the final offer and the respondent's undertaking. The Agency had to determine whether the facts satisfied the legal tests, an exercise involving questions of mixed law and fact to which the standard of reasonableness applied.

(2) Bearing in mind the Agency's special expertise as well as the legislative context in which its decision and order were made, its decision was not unreasonable. While the respondent's final offer did not explicitly provide for the invocation of AAR Accounting Rule 11, it was reasonably open to the Agency to conclude that it could be invoked. The final offer was aimed at settling the rates that the appellant could charge. If the goods were carried to Saint John and unloaded there, the rates specified in the final offer would be chargeable. On the other hand, if the appellant was left to arrange carriage of the goods to the respondent's customers in the U.S.A., then the formulae contained in the final offer would control. The Agency did not err in concluding that the final offer and the statutory undertaking did not oblige the respondent to send the traffic beyond Saint John under the appellant's auspices. This matter fell squarely within the Agency's specialized expertise for its determination in light of the facts, the statute and the underlying policy considerations.

1) Il a déjà été décidé que la nature spécialisée du tribunal et la compétence particulière qui lui permet de comprendre et d'administrer un système de réglementation complexe représentent le facteur le plus important à prendre en compte pour déterminer la norme de révision à appliquer. L'Office des transports du Canada est un tribunal spécialisé qui possède une compétence particulière pour trancher une question comme celle qui est en litige en l'espèce en vertu d'un système de réglementation assez complexe. L'Office devait décider si les instructions d'acheminement de l'intimée allaient à l'encontre de l'engagement de celle-ci et de la décision de l'arbitre. Pour se prononcer à ce sujet, l'Office devait interpréter la dernière offre et l'engagement de l'intimée et décider si les faits satisfont aux critères juridiques, lequel exercice concerne des questions mixtes de droit et de fait auxquelles la norme du caractère raisonnable s'applique.

2) Compte tenu de la compétence spécialisée de l'Office ainsi que du contexte législatif dans lequel il a rendu sa décision et pris son arrêté, sa décision n'était pas déraisonnable. Même si l'intimée n'a pas explicitement invoqué l'application de la Règle comptable 11 dans sa dernière offre, l'Office pouvait raisonnablement conclure qu'elle avait le droit de le faire. Cette offre visait à déterminer les prix que l'appelante pourrait exiger. Si les marchandises étaient transportées à Saint John et déchargées à cet endroit, les prix indiqués dans la dernière offre pourraient être exigés. En revanche, si l'appelante devait prendre les dispositions pour acheminer les marchandises jusqu'aux établissements des clients de l'intimée aux États-Unis, la formule prévue dans la dernière offre s'appliquerait. L'Office n'a pas commis d'erreur en concluant que la dernière offre et l'engagement prévu par la Loi n'obligeaient pas l'intimée à utiliser les services de l'appelante pour le transport des marchandises au-delà de Saint John. C'est là une question qui est bel et bien visée par la compétence spécialisée de l'Office et que celui-ci pouvait trancher en prenant en considération les faits, la Loi et les facteurs politiques sous-jacents.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 31, 41, 116(1), 161(2)(c), 163(2),(3), 164(1),(2), 165(3), (6).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1).  
*Railway Safety Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 16(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Metropolitan Toronto (Municipality) v. Canadian National Railway Co.*, [1998] 4 F.C. 506; (1998), 229

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la sécurité ferroviaire*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 32, art. 16(1).  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 13(1).  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 31, 41, 116(1), 161(2)c), 163(2),(3), 164(1),(2), 165(3),(6).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Communauté urbaine de Toronto (Municipalité) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1998] 4 C.F.

N.R. 386 (C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; affg (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.).

CONSIDERED:

*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1.

REFERRED TO:

*Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395; (1995), 125 D.L.R. (4th) 204; 62 C.P.R. (3d) 167; 181 N.R. 103 (C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1992] 3 F.C. 145; (1992), 144 N.R. 235 (C.A.); *Sharp v. Canada (Transportation Agency)*, [1999] 4 F.C. 363; (1999), 31 C.E.L.R. (N.S.) 1; 243 N.R. 160 (C.A.).

APPEAL from an order of the Canadian Transportation Agency requiring the removal from Tariff CNR 3030 of restrictions imposed with respect to the applicability of the rates to Canadian points. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Brian A. Crane, Q.C.* and *Ronald D. Luneau* for appellant.  
*Forrest C. Hume* for respondent.  
*Elizabeth C. Barker* for Canadian Transportation Agency.

SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for appellant.  
*Forrest C. Hume*, Vancouver, for respondent.  
 Canadian Transportation Agency, Ottawa, for Canadian Transportation Agency.

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

[1] STONE J.A.: This is an appeal pursuant to section 41 of the *Canada Transportation Act*<sup>1</sup> (the Act) from

506; (1998), 229 N.R. 386 (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; conf. (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

*Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395; (1995), 125 D.L.R. (4th) 204; 62 C.P.R. (3d) 167; 181 N.R. 103 (C.A.); *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports)*, [1992] 3 C.F. 145; (1992), 144 N.R. 235 (C.A.); *Sharp c. Canada (Office des transports du Canada)*, [1999] 4 C.F. 363; (1999), 31 C.E.L.R. (N.S.) 1; 243 N.R. 160 (C.A.).

APPEL interjeté à l'égard d'un arrêté de l'Office des transports du Canada exigeant la suppression de la restriction relative aux prix applicables au transport à destination des points canadiens comme le prévoit le tarif CNR 3030. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*Brian A. Crane, c.r.*, et *Ronald D. Luneau*, pour l'appelante.  
*Forrest C. Hume* pour l'intimée.  
*Elizabeth C. Barker* pour l'Office des transports du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Forrest C. Hume*, Vancouver, pour l'intimée.  
 Office des transports du Canada, Ottawa, pour l'Office des transports du Canada.

*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 fondé sur l'article 41 de la *Loi sur les transports au*

a decision and order of the Canadian Transportation Agency (the Agency) dated July 17, 1997. By its order, the Agency required the appellant to remove from Tariff CNR 3030 “the restrictions imposed with respect to the applicability of the rates to Canadian points specified in Tariff CNR 3030.” The remainder of the order is no longer in issue between the parties.

[2] The appellant is a rail carrier within the meaning of the Act. The respondent manufactures oriented strand board (a building material) at its newly constructed mill at Miramichi in the province of New Brunswick, most of which material is sold for delivery by rail to purchasers in the United States. In 1996, a dispute arose between the parties concerning the rates that the respondent would have to pay for the carriage of its goods by the appellant from Miramichi to points in Canada and the United States. When the dispute could not be resolved amicably the respondent elected on December 13, 1996 to submit it to the Agency under Part IV of the Act for final offer arbitration. The Agency ruled that a submission for final offer arbitration would need to be limited “to those offers concerning rates, terms and conditions for movement of goods within Canada, and not within the United States,”<sup>2</sup> but indicated that the respondent could resubmit its application “to reflect final offers for domestic movements as well as final offers for other traffic moved by railway to which the Act applies.”

[3] A second attempt to resolve the dispute by way of final offer arbitration followed on January 22, 1997 which was received by the Agency the following day. In his letter to the Agency of that date, counsel for the respondent stated that the respondent was “dissatisfied with the Canadian portion of the rail freight rates charged by Canadian National Railway . . . for the movement of oriented strand board . . . traffic from its mill located at Miramichi, New Brunswick, to destinations in Canada and the United States.” He then set out certain background information in which it was alleged that the appellant had reneged on a previously arrived at agreement as to the level of rail freight rates

*Canada*<sup>1</sup> (la Loi) à l’égard d’une décision et d’un arrêté de l’Office des transports du Canada (l’Office) en date du 17 juillet 1997. Dans son arrêté, l’Office obligeait l’appelante à supprimer du tarif CNR 3030 «la restriction relative aux prix applicables au transport à destination des points canadiens comme le prévoit ledit tarif». Le reste de l’arrêté n’est plus en litige entre les parties.

[2] L’appelante est un transporteur ferroviaire au sens de la Loi. L’intimée fabrique des panneaux à copeaux orientés (matériau de construction) à sa nouvelle usine de Miramichi (Nouveau-Brunswick) et vend et fait livrer par train à des acheteurs américains la majeure partie de ce matériau. En 1996, un conflit a éclaté entre les parties au sujet des prix que l’intimée devrait payer pour faire transporter ses marchandises par l’appelante depuis Miramichi jusqu’à différentes destinations canadiennes et américaines. Le conflit n’ayant pu être tranché à l’amiable, l’intimée a décidé, le 13 décembre 1996, de le soumettre à l’Office pour arbitrage conformément à la partie IV de la Loi. L’Office a décidé que les questions soumises à l’arbitrage devraient nécessairement se limiter [TRADUCTION] «aux offres concernant les prix et les conditions relatifs au transport de marchandises à l’intérieur du Canada, et non des États-Unis»<sup>2</sup>, mais a précisé que l’intimée pourrait présenter à nouveau sa demande [TRADUCTION] «afin de tenir compte des dernières offres relatives au transport intérieur ainsi que des dernières offres applicables aux autres marchandises qui sont transportées par chemin de fer et qui sont visées par la Loi».

[3] Le 22 janvier 1997, l’Office a reçu une autre demande datée de la veille en vue de régler le différend par voie d’arbitrage. Dans la lettre qu’il a fait parvenir à l’Office, l’avocat de l’intimée a mentionné que celle-ci était [TRADUCTION] «insatisfaite de la partie canadienne des prix exigés par les Chemins de fer nationaux du Canada [. . .] à l’égard du transport ferroviaire des panneaux à copeaux orientés depuis son usine de Miramichi (Nouveau-Brunswick) jusqu’à différentes destinations canadiennes et américaines». Il a ensuite cité certains documents d’information dans lesquels il était allégué que l’appelante était revenue sur un accord précédemment conclu au sujet des prix

that would be charged for the carriage of goods from the new mill to destinations in Canada and the United States and on the strength of which the respondent had applied for funds for the construction of the mill at a cost of some C\$90,000,000. Counsel asserted as well that in May 1995, while the mill was still under construction, the appellant advised the respondent that it was going to charge rates which were substantially in excess of the level agreed upon previously. In the face of the respondent's protest, the appellant resiled from that decision, indicating, however, that its original freight rate proposal contained a "clerical error . . . which caused the rates quoted to be significantly below what CN intended or viewed as required to be competitive."<sup>3</sup> Construction of the mill proceeded. On March 1, 1996, the appellant presented the respondent with a rate book which outlined freight rates to be charged to some 2,000 points and containing, as counsel stated in the submission, "unacceptably high levels" of freight rates. These again were resiled from after further protest by the respondent. The final straw for the appellant, as indicated at paragraph 9 of the submission, was on September 9, 1996 when the appellant provided the respondent "with a revised level of rates . . . which raised the rates yet again well beyond the original and subsequent CN commitments."

[4] The submission for final offer arbitration then followed in paragraphs 10-18 of the letter of January 22, 1997. The respondent stated at the outset, in paragraph 10, that it wished to submit "the matter of the Canadian portion of [the] rates" in question to the Agency for final offer arbitration pursuant to the Act. There then followed in paragraph 13 the "final offer" *per se*. That paragraph reads:

13. The final offer of the shipper to the carrier in this matter is as follows:

13.1 Rates to Canadian points:

see Column (A) of Table 1 attached hereto (Tab 10)

qui seraient exigés à l'égard du transport ferroviaire de marchandises depuis la nouvelle usine jusqu'à différentes destinations canadiennes et américaines, accord sur lequel l'intimée s'était fondée pour demander des fonds afin de financer la construction de l'usine à un coût d'environ 90 000 000 \$CAN. L'avocat a ajouté qu'en mai 1995, alors que l'usine était encore en construction, l'appelante a fait savoir à l'intimée qu'elle exigerait des prix nettement supérieurs aux prix convenus précédemment. L'intimée ayant protesté, l'appelante est revenue sur cette décision, indiquant toutefois que sa proposition de prix initiale comportait [TRADUCTION] «une erreur d'écriture [. . .] par suite de laquelle les prix proposés étaient sensiblement inférieurs à ceux que le CN avait l'intention d'exiger ou jugeait nécessaires, eu égard à la concurrence»<sup>3</sup>. Les travaux de construction de l'usine se sont poursuivis. Le 1<sup>er</sup> mars 1996, l'appelante a présenté à l'intimée un tarif indiquant les prix qui seraient exigés pour le transport vers quelque 2 000 points, lesquels prix étaient, comme l'avocat l'a indiqué dans la présentation, [TRADUCTION] «démessurément élevés et inacceptables». L'intimée s'étant à nouveau opposée aux prix en question, l'appelante ne les a pas appliqués. Cependant, comme l'avocat l'indique au paragraphe 9 de la présentation, l'appelante est revenue à la charge le 9 septembre 1996 en présentant à l'intimée [TRADUCTION] «une liste de prix révisés qui étaient encore une fois nettement supérieurs aux prix initiaux et même aux prix subséquents que le CN s'était engagé à respecter», ce que l'intimée a jugé inacceptable.

[4] La demande d'arbitrage a ensuite été formulée aux paragraphes 10 à 18 de la lettre du 22 janvier 1997. L'intimée a indiqué dès le départ, au paragraphe 10, qu'elle souhaitait soumettre [TRADUCTION] «la question de la partie canadienne des prix» à l'Office pour qu'il tranche la dernière offre par arbitrage conformément à la Loi. La dernière offre en question est ensuite formulée au paragraphe 13 en ces termes:

[TRADUCTION]

13. La dernière offre de l'expéditeur au transporteur en l'espèce est la suivante:

13.1 Prix pour le transport à destination des points canadiens

voir la colonne (A) du tableau 1 ci-joint (onglet 10)

13.2 Rates to 19 representative U.S. points:

reductions to be applied by CN to the Canadian portion of the rates issued by CN in its September 9, 1996 rate book, to achieve the level of rates set out in the column entitled "CN March 1, 1996 LDT Rate Book" in Table 2 attached hereto. (Tab 11) This will result in the level of rates which CN committed to EFP.

13.3 Rates to other U.S. points:

reductions to the 19 representative points noted in 13.2 above to be pro-rated on a mileage basis from the closest representative point to all of the remaining destinations listed in CN's March 1, 1996 Rate Book, said pro-rated reductions to be applied by CN to the Canadian portion of the rates to those destinations. This will result in the level of rates which CN committed to EFP.

The above rates are to apply in CN supplied 52' 8" boxcars. Any switching costs or other ancillary charges which CN might incur when its cars are interchanged to connecting railways between the origin and destination of the traffic shall be absorbed by CN. Rates for traffic handled in CN supplied 60' or 52' "high cube" cars are to be higher by 12% and 14% respectively. Rates applying to CN supplied 50' boxcars are to be lower by 8%.<sup>4</sup>

As of January 22, 1997, the respondent had already in its hands the appellant's "last offer" as set forth in the appellant's letter of September 9, 1996, and which is alluded to in paragraphs 14 and 15 of the respondent's submission.

[5] The respondent gave the following undertaking in paragraph 16 of the submission:

16. EFP undertakes to ship the goods to which the arbitration relates in accordance with the decision of the arbitrator, pursuant to paragraph 161(2)(c) of the Canada Transportation Act.<sup>5</sup>

[6] The appellant's reactions to the respondent's submission were twofold. On February 3, 1997 it took the position that the Agency was without jurisdiction

13.2 Prix pour le transport à destination de 19 points représentatifs aux É.-U.:

le CN réduira la partie canadienne des prix qu'il a publiés dans son tarif du 9 septembre 1996 afin d'atteindre les niveaux de prix indiqués dans la colonne intitulée «Tarif TDL du CN en date du 1<sup>er</sup> mars 1996» au tableau 2 ci-joint (onglet 11), ce qui donnera lieu aux prix que le CN s'est engagé à respecter envers EFP.

13.3 Prix pour le transport à destination des autres points américains:

les réductions appliquées aux 19 points représentatifs selon les indications de l'article 13.2 qui précède devront être calculées sur une base proportionnelle en fonction de la distance entre le point représentatif le plus rapproché et toutes les autres destinations mentionnées dans le tarif du CN en date du 1<sup>er</sup> mars 1996, le CN devant déduire ces réductions proportionnelles de la partie canadienne des prix fixés pour ces destinations, ce qui donnera lieu aux prix que le CN s'est engagé à respecter envers EFP.

Les prix susmentionnés doivent s'appliquer dans le cas des marchandises transportées dans des wagons couverts de 52' 8" fournis par le CN. Le CN doit absorber tous les frais de manœuvre ou les autres frais accessoires qu'il pourrait engager lorsque ses wagons sont transférés à un transporteur de liaison entre les points d'origine et de destination. Les prix relatifs aux marchandises transportées dans des wagons de grande capacité de 60' ou 52' fournis par le CN doivent être majorés respectivement de 12 p. 100 et de 14 p. 100. Les prix applicables au transport assuré au moyen des wagons couverts de 50' fournis par le CN doivent être abaissés de 8 p. 100<sup>4</sup>.

Le 22 janvier 1997, l'intimée avait déjà en mains la dernière offre de l'appelante dont il est fait mention aux paragraphes 14 et 15 de sa présentation, offre que l'appelante avait exposée dans sa lettre du 9 septembre 1996.

[5] L'intimée a formulé l'engagement suivant au paragraphe 16 de la présentation:

[TRADUCTION] 16. EFP s'engage à expédier les marchandises visées par l'arbitrage selon les termes de la décision de l'arbitre, suivant l'alinéa 161(2)c) de la Loi sur les transports au Canada.<sup>5</sup>

[6] L'appelante a réagi de deux façons à la lettre de l'intimée. Le 3 février 1997, elle a soutenu que l'Office n'avait pas compétence pour renvoyer le

to refer the dispute to final offer arbitration. Nevertheless, on the same day the appellant submitted its own “final offer” to the Agency on a “without prejudice” basis. This offer set out the rates which it would charge the respondent to Canadian destinations as well as a number of conditions the fifth of which reads:

5. Rates will not apply under the provisions of AAR Accounting Rule 11, nor rebill application, nor in the construction of combination rates.

Shortly thereafter, on February 13, 1997, the Agency rejected the appellant’s jurisdictional objection and referred the respondent’s submission to final offer arbitration.<sup>6</sup>

[7] After receiving information filed by the parties pursuant to subsection 163(2) of the Act and hearing the parties on various dates during the months of April and May 1997, the arbitrator rendered her written decision on May 30, 1997. Paragraph A of that decision reads as follows:

A. The final offer of the shipper, Eagle Forest Products Limited Partnership, submitted to the Canadian Transportation Agency by letter dated January 22, 1997, is the offer selected.

[8] Shortly thereafter, on June 13 and 17, 1997, the respondent issued four bills of lading for the carriage by the appellant of its oriented strand board. These shipments were consigned to purchasers in the state of New Hampshire and were to be carried by rail to the U.S. destinations via Saint John, New Brunswick. Each of the bills of lading contained an identical routing clause which read: “CN (St. John) St. Rule 11 beyond St. John” “Rule 11” refers to “AAR [Association of American Railroads] Accounting Rule 11,” which is apparently intended for use in the rail industry “to protect confidential prices and to meet customer requirements by providing multiple freight bills on shipments covered by a through Bill of Lading.”<sup>7</sup> By invoking that rule, the respondent signalled to the appellant that it had arranged to have the goods in question carried from Saint John to the U.S. destina-

différend à l’arbitrage. Néanmoins, le même jour, elle a présenté à l’Office sa propre «dernière offre» qu’elle a formulée «sous réserve». L’offre fait état des prix que l’appelante exigerait de l’intimée pour le transport vers les destinations canadiennes ainsi que d’un certain nombre de conditions, dont la cinquième est ainsi libellée:

[TRADUCTION]

5. Les prix ne peuvent s’appliquer sous le régime de la Règle comptable 11 de l’Association of American Railroads, ni pour les nouveaux connaissements ni pour l’établissement des prix de liaison.

Peu après, le 13 février 1997, l’Office a rejeté l’opposition de l’appelante qui était fondée sur la compétence et renvoyé la demande de l’intimée à l’arbitrage<sup>6</sup>.

[7] Après avoir obtenu les documents que les parties ont déposés en application du paragraphe 163(2) de la Loi et entendu les arguments de celles-ci à différentes dates au cours des mois d’avril et de mai 1997, l’arbitre a rendu sa décision écrite le 30 mai 1997. Voici le paragraphe A de cette décision:

[TRADUCTION] A. L’offre choisie est la dernière offre que l’expéditeur, Eagle Forest Products Limited Partnership, a présentée à l’Office des transports du Canada dans une lettre datée du 22 janvier 1997.

[8] Un peu plus tard, les 13 et 17 juin 1997, l’intimée a établi quatre connaissements relatifs au transport des panneaux à copeaux orientés que l’appelante devait assurer. Ces marchandises ont été expédiées aux acheteurs de l’État du New Hampshire et devaient être transportées par rail vers les destinations américaines via Saint John (Nouveau-Brunswick). Chacun des connaissements comportait la même clause suivante au sujet de l’itinéraire: [TRADUCTION] «CN (St. John), application de la règle 11 au-delà de St. John». La «règle 11» est la règle comptable AAR [Association of American Railroads] 11», qui est apparemment destinée à être appliquée dans l’industrie ferroviaire [TRADUCTION] «afin de protéger la confidentialité des prix et de respecter les exigences des clients en permettant l’établissement de plusieurs factures de fret à l’égard des envois visés par un connaissement

tions *via* a U.S. connecting carrier. The instruction in the through bills of lading meant that the appellant was to transfer its rail cars at Saint John to the connecting U.S. rail carrier specified by the respondent and the connecting carrier would transport the strand board to the purchasers at the U.S. destinations.

[9] The appellant took the position that the respondent's actions were contrary to the terms of the final offer selected by the arbitrator and in breach of the respondent's paragraph 161(2)(c) undertaking to ship its goods "in accordance with the decision of the arbitrator." As a consequence, the appellant held the cars containing the subject goods pending the receipt of clarification from the respondent of the routing instructions.

[10] On June 20, 1997, the respondent filed a complaint with the Agency pursuant to subsection 116(1) of the Act alleging that the appellant was failing to fulfil its common carrier obligation by refusing to deliver the traffic and, specifically, that the appellant be ordered to "set out the rates and conditions associated with the movement of goods" that had been selected by "the arbitrator in a tariff of the carrier" pursuant to subsection 165(3) of the Act.

[11] Contemporaneously, on June 20, 1997, the appellant issued Freight Tariff CNR 3030 for carriage, *inter alia*, of oriented strand board from Chatham/Miramichi, New Brunswick, to five Canadian destinations. It contained the following restrictions:

Rates will not apply under the provisions of AAR Accounting Rule 11, nor rebill application, nor the construction of combination rates. Rates are applicable only on traffic fully unloaded in Canada.<sup>8</sup>

This tariff was to be effective January 23, 1997 and to expire January 22, 1998.

[12] The respondent's complaint of June 20, 1997 was finally disposed of by the Agency on July 17,

direct»<sup>7</sup>. En invoquant cette règle, l'intimée a fait savoir à l'appelante qu'elle avait pris des dispositions pour faire transporter les marchandises en question de Saint John jusqu'aux destinations américaines par un transporteur de liaison américain. Les instructions formulées dans les connaissements directs signifiaient que l'appelante devait transférer ses wagons à Saint John au transporteur de liaison américain indiqué par l'intimée, lequel transporteur acheminerait les panneaux à copeaux orientés jusqu'aux destinations américaines.

[9] L'appelante a soutenu qu'en agissant ainsi, l'intimée ne respectait pas les conditions de la dernière offre que l'arbitre avait choisie ni son engagement d'expédier les marchandises «selon les termes de la décision de l'arbitre», suivant l'alinéa 161(2)c). Par conséquent, l'appelante a retenu les wagons contenant les marchandises en cause jusqu'à ce qu'elle obtienne des explications de l'intimée au sujet des instructions d'acheminement.

[10] Le 20 juin 1997, l'intimée a déposé auprès de l'Office une plainte fondée sur le paragraphe 116(1) de la Loi, alléguant que l'appelante avait manqué à ses obligations de transporteur en refusant de transporter les marchandises et, plus précisément, qu'elle devrait être tenue, conformément au paragraphe 165(3) de la Loi, [TRADUCTION] «d'inscrire dans un tarif les prix et conditions que l'arbitre avait choisis à l'égard du transport des marchandises».

[11] À la même date, le 20 juin 1997, l'appelante a publié le tarif CNR 3030 visant notamment les prix du transport des panneaux à copeaux orientés depuis Chatham/Miramichi, au Nouveau-Brunswick, vers cinq destinations canadiennes. Le tarif comportait les restrictions suivantes:

[TRADUCTION] Les prix ne peuvent s'appliquer sous le régime de la Règle 11, ni pour les nouveaux connaissements ni pour l'établissement des prix de liaison. Les prix s'appliquent uniquement au transport de marchandises entièrement déchargées au Canada<sup>8</sup>.

Le tarif devait entrer en vigueur le 23 janvier 1997 et expirer le 22 janvier 1998.

[12] Le 17 juillet 1997, l'Office a tranché la plainte de l'intimée en date du 20 juin 1997 dans la décision

1997 in the decision and order that are the subject-matter of this appeal.

#### Positions of the parties

[13] The appellant's position before the Agency and before this Court is that the respondent's routing instructions are contrary to the decision of the arbitrator as well as in breach of the respondent's paragraph 161(2)(c) undertaking. In the appellant's submission, it was not open to the respondent to invoke the final offer arbitration process provided for in Part IV of the Act and subsequently contradict the terms of the offer because it was able to negotiate better deals elsewhere. Moreover, the respondent had not incorporated the provisions of AAR Accounting Rule 11 for carriage beyond Saint John, New Brunswick in its "final offer" whereas the appellant explicitly excluded the application of that rule in its own final offer. By acting as it did in issuing the four bills of lading in June 1997, therefore, the respondent had attempted to rewrite its final offer. That offer, in the appellant's submission, required the respondent to ship all of its oriented strand board traffic to Canadian points at the rates specified in that offer. Any traffic moving beyond Canadian points to destinations U.S. destinations would be governed according to the formulae selected by the arbitrator as set out in paragraphs 13.2 and 13.3 of the respondent's final offer.

[14] The Agency rejected these arguments. In determining that the respondent's routing instructions did not offend either the arbitrator's decision or the respondent's paragraph 161(2)(c) undertaking, the Agency concluded that the respondent's final offer contained "no restriction . . . specifying the rates to the Canadian points should apply and only to domestic movements as final destinations or that the cars had to be unloaded at these points."<sup>9</sup> In the submission of the appellant this conclusion was "dead wrong."

[15] The respondent contends that its final offer as selected by the arbitrator was directed at settling a dispute as to the freight rates to be charged to the respondent by the appellant in respect of the traffic to

et l'arrêté qui font l'objet du présent appel.

#### La position des parties

[13] Devant l'Office et devant la Cour, l'appelante a soutenu que les instructions d'acheminement de l'intimée allaient à l'encontre de la décision de l'arbitre ainsi que de son engagement fondé sur l'alinéa 161(2)c). Selon l'appelante, l'intimée ne pouvait demander l'application de la procédure d'arbitrage prévue à la partie IV de la Loi et revenir subséquemment sur les conditions de l'offre parce qu'elle pouvait négocier des ententes plus avantageuses ailleurs. De plus, l'intimée n'avait pas intégré dans sa «dernière offre» les dispositions de la règle comptable 11 à l'égard du transport vers des destinations situées au-delà de Saint John (Nouveau-Brunswick), tandis que l'appelante avait explicitement exclu l'application de cette règle dans sa propre dernière offre. En établissant les quatre connaissements comme elle l'a fait en juin 1997, l'intimée a donc tenté de réécrire sa dernière offre. De l'avis de l'appelante, cette offre obligeait l'intimée à expédier la totalité de ses panneaux à copeaux orientés vers des destinations canadiennes aux prix indiqués dans cette offre. Tout service de transport assuré à l'extérieur du Canada vers des destinations américaines serait régi par la formule choisie par l'arbitre, selon les indications des paragraphes 13.2 et 13.3 de la dernière offre de l'intimée.

[14] L'Office a rejeté ces arguments. Jugeant que les instructions d'acheminement de l'intimée n'allaient à l'encontre ni de la décision de l'arbitre ni de l'engagement fondé sur l'alinéa 161(2)c), l'Office a conclu que «rien dans l'offre choisie par l'arbitre n'indique que les prix établis pour les points canadiens devraient s'appliquer uniquement aux envois intérieurs pour lesquels un de ces points est la destination finale ou que les wagons doivent être déchargés à ces endroits»<sup>9</sup>. De l'avis de l'appelante, cette conclusion était [TRADUCTION] «manifestement erronée».

[15] L'intimée fait valoir que sa dernière offre, que l'arbitre a choisie, avait pour but de régler un différend concernant les prix de transport que l'appelante exigerait d'elle à l'égard des marchandises transpor-



both Canadian and U.S. destinations. It argues that nothing in the offer or undertaking required it to commit the traffic for ongoing carriage beyond Canadian points under arrangements made by the appellant with the U.S. carrier or carriers. In its submission the final offer was sufficiently flexible to allow it to invoke AAR Accounting Rule 11 after shipping the goods with the appellant as far as Saint John. In this way, it argues, it is able to deliver its goods through Canada to U.S. destinations at the lowest possible cost consistent with the stated policy expressed in section 5 of the Act and recognized by the Agency in its decision. The respondent emphasizes as well that the appellant was the only railway serving its mill. The respondent was thus in the position of a “captive shipper,” and this was a matter that the arbitrator was required to consider under subsection 164(2) of the Act. That subsection provides that in making a decision the arbitrator must have regard to “whether there is available to the shipper an alternative, effective, adequate and competitive means of transporting the goods to which the matter relates.”

### ANALYSIS

[16] The Court is faced with two discrete issues on this appeal. It has first to determine by what standard it is to review the Agency’s decision and then to conduct the review in the light of the applicable standard.

#### Standard of review

[17] Section 41 of the Act provides for an appeal from the Agency. It reads in part:

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

tées tant vers des destinations canadiennes qu’américaines. Selon l’intimée, aucun élément de l’offre ou de l’engagement ne l’obligeait à faire transporter les marchandises destinées à des points situés à l’extérieur du Canada conformément à des ententes que l’appelante avait conclues avec le ou les transporteurs américains. La dernière offre était suffisamment souple, soutient-elle, pour lui permettre d’invoquer l’application de la règle comptable 11 une fois que l’appelante aurait assuré le transport des marchandises jusqu’à Saint John. En agissant ainsi, l’intimée peut expédier ses marchandises vers des destinations américaines en passant par le Canada au plus bas coût possible, conformément à la politique qui est énoncée expressément à l’article 5 de la Loi et dont l’Office a reconnu l’application dans sa décision. L’intimée insiste également sur le fait que l’appelante était le seul transporteur ferroviaire desservant son usine. L’intimée se trouvait donc dans la position d’un «expéditeur captif», élément dont l’arbitre devait tenir compte selon le paragraphe 164(2) de la Loi. Cette disposition énonce que, pour en arriver à une décision, l’arbitre tient compte «de la possibilité pour l’expéditeur de faire appel à un autre mode de transport efficace, bien adapté et concurrentiel, des marchandises en question».

### ANALYSE

[16] Dans le présent appel, la Cour doit trancher deux questions distinctes. Elle doit d’abord décider quelle est la norme de révision applicable à la décision de l’Office et examiner ensuite cette décision à la lumière de la norme en question.

#### Norme de révision

[17] L’article 41 de la Loi permet d’interjeter appel des décisions de l’Office. Voici les dispositions pertinentes de cet article:

41. (1) Tout acte—décision, arrêté, règle ou règlement—de l’Office est susceptible d’appel devant la Cour d’appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l’autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l’acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l’Office et audition de ceux d’entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

...

[. . .]

(3) An appeal shall be heard as quickly as is practicable and, on the hearing of the appeal, the Court may draw any inferences that are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and that are necessary for determining the question of law or jurisdiction, as the case may be.

(3) L'appel est mené aussi rapidement que possible; la cour peut l'entendre en faisant toutes inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit ou de compétence, selon le cas.

Thus an appeal lies, with leave of this Court, "on a question of law or a question of jurisdiction" only. Some latitude is allowed the Court under subsection 41(3) for the drawing of inferences that are not inconsistent with facts expressly found by the Agency and are necessary "for determining the question of law or jurisdiction." These provisions must, however, be read in light of section 31 of the Act that the Agency's findings or determination "on a question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive."

Il est donc permis, avec l'autorisation de la Cour, d'interjeter appel d'une décision de l'Office «sur une question de droit ou de compétence» seulement. La Cour peut, en vertu du paragraphe 41(3), faire des inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires «pour décider de la question de droit ou de compétence». Ces dispositions doivent toutefois être rapprochées de l'article 31 de la Loi, selon lequel la décision de l'Office «sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive».

[18] The issue of the applicable standard of review was very recently addressed by the Court in *Metropolitan Toronto (Municipality) v. Canadian National Railway Co.*<sup>10</sup> in the light of the earlier decision of the Court in *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*<sup>11</sup> and that of the Supreme Court of Canada in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*<sup>12</sup> *Metropolitan Toronto, supra*, involved an appeal from the Agency requiring the Municipality and CN to share equally the cost of fencing constructed along the CN right of way in the lower Don Valley. In so deciding, the Agency determined that the fence was a "railway work" and that the Municipality "stands to benefit from the completion of that work within the meaning of subsection 16(1) of the *Railway Safety Act*."<sup>13</sup> Guided by the reasoning in *Southam, supra*, Strayer J.A. concluded in *Metropolitan Toronto, supra*, that, at bottom, the determinations of whether the fencing was a "railway work" and the municipality "stood to benefit" involved questions of mixed law and fact rendering the Agency's decision subject to a standard of "reasonableness" rather than to one of "correctness." In short, the question was "whether the facts satisfy the legal test."

[18] Dans l'arrêt *Communauté urbaine de Toronto (Municipalité) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*<sup>10</sup>, la Cour a récemment examiné la question de la norme de révision applicable à la lumière de son arrêt antérieur *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*<sup>11</sup> et de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*<sup>12</sup>. L'arrêt *Communauté urbaine de Toronto*, précité, portait sur l'appel d'une décision par laquelle l'Office obligeait la municipalité et le CN à supporter à parts égales le coût en capital et les frais d'entretien d'une clôture longeant l'emprise du CN dans la vallée inférieure de la rivière Don. Pour en arriver à sa décision, l'Office a conclu que la clôture était une «installation ferroviaire» et que la municipalité était «bénéficiaire» de l'installation de la clôture au sens du paragraphe 16(1) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*<sup>13</sup>. S'inspirant du raisonnement suivi dans l'arrêt *Southam*, précité, le juge Strayer, J.C.A. a conclu, dans l'arrêt *Communauté urbaine de Toronto*, précité, que les questions de savoir si la clôture était une «installation ferroviaire» et si la municipalité «était bénéficiaire» étaient au fond des questions mixtes de droit et de fait, de sorte que la décision de l'Office était assujettie à la norme du caractère «raisonnable» plutôt qu'à la norme de la décision «correcte». Bref, la question était celle de savoir «si les faits satisfont au critère juridique».

[19] *Southam, supra*, addressed the issue of the appropriate standard of review of a decision of the Competition Tribunal under the *Competition Tribunal Act*.<sup>14</sup> While that statute did not contain a privative clause, subsection 13(1) provided for a fairly broad right of appeal to this Court from any decision or order of the tribunal “as if it were a judgment of the Federal Court of Canada—Trial Division.” Under subsection 13(2) an appeal on a “question of fact” lay only with leave of the Court. In determining what limits an appellate court should observe in the exercise of its statutory appellate function, the Court had regard to the nature of the problem before the tribunal, the applicable law properly interpreted in the light of its purpose and the expertise of the tribunal. Iacobucci J. went on to identify a tripartite classification of the nature of the problem before the tribunal, namely, “questions of law”, “questions of fact” and “mixed questions of law and fact.” He explained and illustrated these distinctions as follows:<sup>15</sup>

Section 12(1) of the *Competition Tribunal Act* contemplates a tripartite classification of questions before the Tribunal into questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact. Briefly stated, questions of law are questions about what the correct test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal test. A simple example will illustrate these concepts. In the law of tort, the question what “negligence” means is a question of law. The question whether the defendant did this or that is a question of fact. And, once it has been decided that the applicable standard is one of negligence, the question of whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact. I recognize, however, that the distinction between law on the one hand and mixed law and fact on the other is difficult. On occasion, what appears to be mixed law and fact turns out to be law, or *vice versa*.

He later explained that if an error is made by a tribunal “in applying the law to the facts . . . that is a matter of mixed law and fact.”<sup>16</sup> Iacobucci J. offered a further illustration. He observed that the question in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*<sup>17</sup> of whether to regard newly acquired

[19] La décision *Southam*, précitée, portait sur la norme de révision à appliquer à l’égard d’une décision que le Tribunal de la concurrence avait rendue en application de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*<sup>14</sup>. Même si cette loi ne renfermait aucune clause privative, le paragraphe 13(1) accordait un droit d’appel assez large devant la Cour à l’égard d’une décision ou ordonnance du tribunal «tout comme s’il s’agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour». Le paragraphe 13(2) permet d’interjeter appel sur une question de fait uniquement avec l’autorisation de la Cour. Pour déterminer les limites qu’un tribunal d’appel devrait respecter dans l’exercice de ses fonctions d’appel découlant d’une loi, la Cour a tenu compte de la nature du problème dont le Tribunal était saisi, de la règle de droit applicable interprétée correctement à la lumière de son objet et des connaissances spécialisées du tribunal. Le juge Iacobucci a ensuite classé les questions soumises au Tribunal en trois catégories, soit les «questions de droit», les «questions de fait» et les «questions de droit et de fait». Voici comment il a expliqué et illustré ces distinctions<sup>15</sup>:

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* classe les questions soumises au Tribunal en trois catégories: les questions de droit, les questions de fait et les questions de droit et de fait. En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s’est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d’illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la «négligence» est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu’il a été décidé que la norme applicable est la négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la distinction entre les questions de droit, d’une part, et celles de droit et de fait, d’autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou *vice versa*.

Le juge a ajouté plus loin que, lorsqu’un tribunal commet une erreur «en appliquant le droit aux faits», il s’agira d’une «question de droit et de fait»<sup>16</sup>. Le juge Iacobucci a ensuite donné un autre exemple. Il a fait remarquer que la question à trancher dans l’affaire *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of*

information as a “material change” in the affairs of a company was a question of law rather than one of mixed law and fact. This was principally “because the words in question were present in a statutory provision and questions of statutory interpretation are generally questions of law, but also because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future; the argument was about kinds of information and not merely about the particular information that was at issue in that case.”<sup>18</sup>

[20] In selecting the appropriate standard of review in that case, Iacobucci J. laid much stress on the specialized nature of the tribunal and its particular expertise in understanding and administering a complex regulatory scheme.<sup>19</sup> Indeed, he regarded that factor as “the most important consideration.”<sup>20</sup> It seems to me that the Agency can rightly be considered to be a specialized tribunal that possesses a particular expertise in deciding a matter such as that which is in issue on this appeal, under a regulatory scheme that is somewhat complex.

[21] The central issue before the Agency in its decision and order of July 17, 1997 was whether to sustain or reject the respondent’s subsection 116(1) complaint that in holding the cars of oriented strand board at points in New Brunswick and refusing to connect them at Saint John to the U.S. rail carrier that was specified by the respondent, the appellant was failing to fulfil its common carrier obligation and should be ordered to comply with the arbitrator’s decision of May 13, 1997. In deciding as it did, the Agency had to determine whether the respondent’s routing instructions were contrary to the arbitrator’s decision and in breach of the respondent’s paragraph 161(2)(c) undertaking. The task facing the Agency directly involved the interpretation of the final offer and the undertaking in deciding whether the respondent was entitled to invoke AAR Accounting Rule 11 in its routing instructions or, on the contrary, was foreclosed by the terms of its final offer and statutory undertaking from doing so. It appears to me that the

*Brokers*)<sup>17</sup>, soit celle de savoir s’il fallait considérer des renseignements récemment obtenus comme un «changement important» dans l’exploitation d’une entreprise, était une question de droit plutôt qu’une question de droit et de fait. Il en était ainsi principalement «parce que les mots en cause se trouvaient dans une disposition législative et que les questions d’interprétation des lois sont généralement des questions de droit, mais aussi parce que le point litigieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur: le débat concernait les types de renseignements et non simplement les renseignements particuliers visés par l’instance»<sup>18</sup>.

[20] Pour déterminer la norme de révision qu’il convenait d’appliquer dans cette affaire, le juge Iacobucci a accordé beaucoup d’importance à la nature spécialisée du tribunal et à sa grande compétence, qui lui permettait de comprendre et d’administrer un système de réglementation complexe<sup>19</sup>. Effectivement, il a considéré ce facteur comme «la considération la plus importante»<sup>20</sup>. Il me semble que l’Office peut être considéré à juste titre comme un tribunal spécialisé qui possède une compétence particulière pour trancher une question comme celle qui est en litige en l’espèce, en vertu d’un système de réglementation assez complexe.

[21] La principale question que l’Office a tranchée dans sa décision et dans son arrêté du 17 juillet 1997 était celle de savoir s’il y avait lieu d’accueillir ou de rejeter la plainte de l’intimée fondée sur le paragraphe 116(1), selon laquelle en retenant les wagons de panneaux de copeaux orientés à certains endroits du Nouveau-Brunswick et en refusant de les transférer au transporteur ferroviaire américain précisé par l’intimée, l’appelante a manqué à son obligation de transporteur et il devait lui être enjoint de respecter la décision que l’arbitre a rendue le 13 mai 1997. Pour se prononcer à ce sujet, l’Office devait décider si les instructions d’acheminement de l’intimée allaient à l’encontre de la décision de l’arbitre ainsi que de l’engagement qu’elle avait formulé en application de l’alinéa 161(2)c). L’Office devait donc interpréter la dernière offre et l’engagement afin de décider si l’intimée avait le droit d’invoquer la règle comptable 11 dans ses instructions ou si elle était empêchée de le faire par les conditions de sa dernière offre et de son engage-

Agency had here to determine whether “the facts satisfy the legal tests.”<sup>21</sup> This exercise largely involves questions of mixed law and fact to which the standard of reasonableness applies.

[22] As the Agency itself noted,<sup>22</sup> section 5 of the Act contains a number of policy objectives which “are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among various modes of transportation,” under conditions ensuring that “competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services.” This Court has noted the significance of this stated policy objective on the role of the Agency.<sup>23</sup> Moreover, this Court noted in *Metropolitan Toronto*<sup>24</sup> that the Agency is “an expert tribunal with the cumulative experience of a century acquired by it and its predecessors, with an expert staff.”

[23] I conclude that the standard of review in the present case should be that of reasonableness.

### Merits

[24] I begin by examining the legislative framework. By subsection 161(1) of the Act a shipper “who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods, or with any conditions associated with the movement of goods” may submit the matter to the Agency for final offer arbitration. Within 15 days after the reference by the Agency, the parties are required by subsection 163(3) of the Act to “exchange the information that they intend to submit to the arbitrator in support of their final offers.” Subsection 164(1) of the Act then directs the arbitrator to “have regard to the information provided to the arbitrator by the parties in support of their final offers.” In the present case, information was exchanged and provided to the arbitrator pursuant to these provisions. Subsection 164(2) of the Act imposes an additional obligation on the arbitrator to “have regard to whether there is

ment en question. Il me semble que l’Office devait décider ici si les faits «satisfont au critère juridique»<sup>21</sup>. Il s’agit là essentiellement de questions de droit et de fait auxquelles la norme du caractère raisonnable s’applique.

[22] Comme l’Office l’a lui-même souligné<sup>22</sup>, l’article 5 de la Loi énonce un certain nombre d’objectifs politiques qui «sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l’intérieur des divers modes de transport ou entre eux», à condition que «la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que la chose est possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces». La Cour a déjà souligné l’importance de cet objectif politique pour le rôle de l’Office<sup>23</sup>. De plus, dans l’arrêt *Communauté urbaine de Toronto*<sup>24</sup>, la Cour a mentionné que l’Office est «un tribunal spécialisé qui, avec ses prédécesseurs, cumule une centaine d’années d’expérience et qui [est] doté d’un personnel spécialisé».

[23] Je suis d’avis que la norme de révision à appliquer en l’espèce est celle du caractère raisonnable.

### Le fond

[24] J’examinerai d’abord le cadre législatif. Selon le paragraphe 161(1) de la Loi, l’expéditeur «insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard» peut soumettre la question à l’Office pour arbitrage. Dans les 15 jours suivant le renvoi, les parties doivent, en vertu du paragraphe 163(3) de la Loi, s’échanger «les renseignements qu’elles ont l’intention de présenter à l’arbitre à l’appui de leurs dernières offres». Selon le paragraphe 164(1), l’arbitre «tient compte des renseignements que lui fournissent les parties à l’appui de leurs dernières offres». Dans la présente affaire, des renseignements ont été échangés et fournis à l’arbitre conformément à ces dispositions. Le paragraphe 164(2) de la Loi fait également à l’arbitre l’obligation de tenir compte «de la possibilité pour l’expéditeur de faire appel à un autre mode de transport efficace, bien adapté et

available to the shipper an alternative, effective, adequate and competitive means of transporting the goods to which the matter relates.” Subsection 165(3) required the carrier, without delay after the arbitrator’s decision, to “set out the rate or rates or the conditions associated with the movement of the goods that have been selected by the arbitrator in a tariff of the carrier” unless the carrier is entitled to keep the rates or conditions confidential. In the absence of agreement between the parties, paragraph 165(6)(a) renders the arbitrator’s decision on a final offer arbitration “final and binding and . . . applicable to the parties as of the date on which the submission for arbitration was received by the Agency from the shipper” and enforceable “as if it were an order of the Agency.”

[25] As I read it, the respondent’s sole purpose for requesting final offer arbitration, as stated in paragraph 10 of counsel’s letter to the Agency of January 22, 1997, was for resolving the respondent’s dissatisfaction with the Canadian portion of the “rates” as proposed in the appellant’s letter of September 9, 1996. The submission was thus confined. Correspondingly, the paragraph 161(2)(c) undertaking imposed on the respondent an obligation to pay the rates that were either specified or to be reckoned by application of the formulae contained in the selected final offer. The appellant argues that the Agency erred in concluding that the respondent enjoyed the option of invoking AAR Accounting Rule 11 in its routing instructions beyond Saint John. It points out that AAR Accounting Rule 11 was not incorporated in the respondent’s final offer. Moreover, the appellant’s final offer of February 3, 1997 explicitly excluded the application of AAR Accounting Rule 11. The result, in the appellant’s submission, is that the respondent’s final offer as selected by the arbitrator and the respondent’s paragraph 161(2)(c) undertaking should have led the Agency to determine that the respondent was obliged to have all of its oriented strand board traffic through Canada from the Miramichi mill to Canadian and U.S. destinations carried by the appellant in accordance with the terms of the final offer.

[26] In order to assess the merits of the competing arguments the Agency had first and foremost to

concurrentiel, des marchandises en question». Le paragraphe 165(3) oblige le transporteur à inscrire «sans délai après la décision de l’arbitre, les prix ou conditions liés à l’acheminement des marchandises choisis par l’arbitre dans un tarif du transporteur», sauf si le transporteur a le droit de ne pas dévoiler les prix ou conditions en question. Selon l’alinéa 165(6)a), sauf accord entre les parties à l’effet contraire, la décision de l’arbitre au sujet d’une dernière offre qui lui est soumise «est définitive et obligatoire, s’applique aux parties à compter de la date de la réception par l’Office de la demande d’arbitrage présentée par l’expéditeur et, aux fins de son exécution, est assimilée à un arrêté de l’Office».

[25] Si j’ai bien compris, l’intimée a demandé un arbitrage au sujet de sa dernière offre pour la simple raison, comme l’avocat l’a expliqué au paragraphe 10 de la lettre en date du 22 janvier 1997 qu’il a adressée à l’Office, qu’elle était insatisfaite de la partie canadienne des «prix» que l’appelante avait proposés dans sa lettre du 9 septembre 1996. Le débat était délimité en ces termes. Par conséquent, par suite de l’engagement qu’elle avait formulé en application de l’alinéa 161(2)c), l’intimée était tenue de payer les prix qui étaient précisés dans la dernière offre choisie ou qui seraient calculés en application de la formule énoncée dans celle-ci. L’appelante fait valoir que l’Office a commis une erreur lorsqu’il a conclu que l’intimée pouvait invoquer l’application de la règle comptable 11 dans ses instructions d’acheminement relatives aux destinations situées au-delà de Saint John. Elle souligne que la règle comptable 11 n’a pas été intégrée dans la dernière offre de l’intimée. De plus, dans sa dernière offre du 3 février 1997, l’appelante elle-même a exclu l’application de cette règle. Il s’ensuit que la dernière offre de l’intimée, que l’arbitre a choisie, et l’engagement de l’intimée qui était fondé sur l’alinéa 161(2)c) auraient dû inciter l’Office à conclure que celle-ci était tenue de faire transporter la totalité de ses envois de panneaux à copeaux orientés via le Canada depuis l’usine de Miramichi jusqu’aux différentes destinations canadiennes et américaines conformément aux conditions de l’offre en question.

[26] Pour évaluer le bien-fondé des arguments opposés qui ont été invoqués devant lui, l’Office

interpret the terms of the final offer as well as the provisions of paragraph 161(2)(c) of the Act requiring the respondent's statutory undertaking and the undertaking itself. I am satisfied that the Agency kept these tasks in mind as it proceeded with its analysis. It is important to note as well that the Agency had regard to the statement of policy contained in section 5 of the Act. Indeed, it made express reference to that declaration appearing at the beginning of that section as well as to the language of paragraph (b) thereof.

[27] Keeping in mind the special expertise of the Agency as well as the legislative context in which its decision and order were made, in my view it was not unreasonable for it to decide as it did. To adopt the language of Iacobucci J. in *Southam*, it cannot be said that the decision is not supportable by "any reasons that can stand up to a somewhat probing examination"<sup>25</sup> or that it is "clearly wrong."<sup>26</sup> While the respondent's final offer did not explicitly provide for the invocation of AAR Accounting Rule 11, it was reasonably open to the Agency to conclude that it could be invoked by the respondent. The final offer made no mention of that Rule. Rather, the offer was aimed at settling the rates that the appellant could charge as carrier of the goods. If the goods were carried to Saint John and unloaded there the rates specified in final offer would be chargeable. On the other hand, if the appellant was left to arrange on-carriage of the goods to the respondent's customers in New Hampshire, then the formulae contained in paragraph 13.3 of the final offer would control.

[28] I do not see that the Agency, by concluding that the final offer and the paragraph 161(2)(c) undertaking did not oblige the respondent to send the traffic beyond Saint John under the appellant's auspices, erred in a way that would justify our intervention in this appeal. It seems to me that this was a matter falling squarely within the Agency's specialized expertise for its determination in the light of the facts, the statute and the underlying policy considerations expressed in section 5 of the statute.

devait, d'abord et avant tout, interpréter les conditions de la dernière offre, les dispositions de l'alinéa 161(2)c) de la Loi qui obligeaient l'intimée à déposer un engagement ainsi que les conditions de l'engagement lui-même. J'estime que l'Office n'a pas oublié ces tâches lorsqu'il a fait son analyse. Il importe également de souligner que l'Office a tenu compte de l'énoncé de politique formulé à l'article 5 de la Loi. Il a d'ailleurs fait expressément allusion à cette déclaration qui figure au début de cette disposition ainsi qu'au libellé de l'alinéa b) de cet article.

[27] Compte tenu de la compétence spécialisée de l'Office ainsi que du contexte législatif dans lequel il a rendu sa décision et pris son arrêté, j'estime que sa décision n'était pas déraisonnable. Pour reprendre les propos que le juge Iacobucci a formulés dans l'arrêt *Southam*, il n'est pas permis de dire que la décision n'est étayée par «aucun motif capable de résister à un examen assez poussé»<sup>25</sup> ou qu'elle est «manifestement erronée»<sup>26</sup>. Même si l'intimée n'a pas explicitement invoqué l'application de la règle comptable 11 dans sa dernière offre, l'Office pouvait raisonnablement conclure qu'elle avait le droit de le faire. Cette règle n'est nullement mentionnée dans la dernière offre, laquelle visait plutôt à déterminer les prix que l'appelante pourrait exiger comme transporteur des marchandises. Si les marchandises étaient transportées à Saint John et déchargées à cet endroit, les prix indiqués dans la dernière offre pourraient être exigés. En revanche, si l'appelante devait prendre des dispositions pour acheminer les marchandises jusqu'aux établissements des clients de l'intimée au New Hampshire, la formule prévue au paragraphe 13.3 de la dernière offre s'appliquerait.

[28] Je ne vois pas en quoi l'Office a commis une erreur qui justifierait notre intervention dans le présent appel lorsqu'il a conclu que la dernière offre et l'engagement fondé sur l'alinéa 161(2)c) n'obligeaient pas l'intimée à utiliser les services de l'appelante pour le transport des marchandises au-delà de Saint John. À mon avis, il s'agit d'une question qui était bel et bien visée par la compétence spécialisée de l'Office et que celui-ci pouvait trancher en prenant en considération les faits, la Loi et les facteurs politiques sous-jacents qui sont énoncés à l'article 5 de celle-ci.

[29] I would dismiss the appeal with costs.

ROBERTSON J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

<sup>1</sup> S.C. 1996, c. 10.

<sup>2</sup> LET-R-9-1997, 10 January 1997, Appeal Book, Vol. I, at p. 35.

<sup>3</sup> Letter, CN to Eagle Forest Products, 6 November 1995, Appeal Book, Vol. II, at p. 89.

<sup>4</sup> Letter, Eagle Forest Products to Canadian Transportation Agency, 22 January 1997, *ibid.*, at pp. 72-76.

<sup>5</sup> This undertaking tracks the statutory language [s. 161(2)(c) of the Act] "to ship the goods to which the arbitration relates in accordance with the decision of the arbitrator" "*d'expédier les marchandises visées par l'arbitrage selon les termes de la décision de l'arbitre.*"

<sup>6</sup> LET-R-50-1997, 13 February 1997, Appeal Book, Vol. II, at pp. 134-136.

<sup>7</sup> This rule is included in Railway Accounting Rules (including ISS Rules) effective January 1, 1997 (except as otherwise noted), Appeal Book, Vol. III, at p. 399.

<sup>8</sup> Freight Tariff CNR 3030, dated June 20, 1997, Appeal Book, Vol. IV, at pp. 444-446.

<sup>9</sup> Decision No. 457-R-1997, 17 July 1997, Appeal Book, Vol. I, at p. 19.

<sup>10</sup> [1998] 4 F.C. 506 (C.A.).

<sup>11</sup> [1995] 3 F.C. 395 (C.A.).

<sup>12</sup> [1997] 1 S.C.R. 748.

<sup>13</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32.

<sup>14</sup> R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.

<sup>15</sup> *Supra*, note 12, at pp. 766-767.

<sup>16</sup> *Ibid.*, at p. 770.

<sup>17</sup> [1994] 2 S.C.R. 557.

<sup>18</sup> *Supra*, note 12, at p. 767.

<sup>19</sup> *Ibid.*, at p. 779.

<sup>20</sup> *Ibid.*, at p. 775.

<sup>21</sup> *Ibid.*, at p. 767.

<sup>22</sup> Decision No. 457-R-1997, *supra*, note 9, at p. 20.

<sup>23</sup> See e.g. *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1992] 3 F.C. 145 (C.A.); *Upper Lakes*, *supra*, note 11, *per* Isaac C.J., at pp. 412-413, *per* Hugessen J.A., at pp. 435-438; *Sharp v. Canada (Transportation Agency)*, [1999] 4 F.C. 363 (C.A.), *per* Rothstein J.A., at p. 372.

<sup>24</sup> *Supra*, note 10, at p. 519. See also *Upper Lakes*, *supra*, note 11, *per* Hugessen J.A., at p. 434, where he referred to

[29] Je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux motifs exprimés par le juge Stone.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris aux motifs exprimés par le juge Stone.

<sup>1</sup> L.C. 1996, ch. 10.

<sup>2</sup> LET-R-9-1997, 10 janvier 1997, dossier d'appel, vol. I, à la p. 35.

<sup>3</sup> Lettre du CN adressée à Eagle Forest Products en date du 6 novembre 1995, dossier d'appel, vol. II, à la p. 89.

<sup>4</sup> Lettre adressée par Eagle Forest Products à l'Office des transports du Canada en date du 22 janvier 1997, *ibid.*, aux p. 72 à 76.

<sup>5</sup> Cet engagement reprend le texte législatif [art. 161(2)(c) de la Loi] «d'expédier les marchandises visées par l'arbitrage selon les termes de la décision de l'arbitre» «*to ship the goods to which the arbitration relates in accordance with the decision of the arbitrator.*»

<sup>6</sup> LET-R-50-1997, 13 février 1997, dossier d'appel, vol. II, aux p. 134 à 136.

<sup>7</sup> Cette règle fait partie des Railway Accounting Rules (y compris les ISS Rules), qui sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997 (à moins qu'il n'en soit indiqué autrement), dossier d'appel, vol. III, à la p. 399.

<sup>8</sup> Tarif CNR 3030 en date du 20 juin 1997, dossier d'appel, vol. IV, aux p. 444 à 446.

<sup>9</sup> Décision n° 457-R-1997, 17 juillet 1997, dossier d'appel, vol. I, à la p. 19.

<sup>10</sup> [1998] 4 C.F. 506 (C.A.).

<sup>11</sup> [1995] 3 C.F. 395 (C.A.).

<sup>12</sup> [1997] 1 R.C.S. 748.

<sup>13</sup> L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 32.

<sup>14</sup> L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19.

<sup>15</sup> *Supra*, note 12, aux p. 766 et 767.

<sup>16</sup> *Ibid.*, à la p. 770.

<sup>17</sup> [1994] 2 R.C.S. 557.

<sup>18</sup> *Supra*, note 12, à la p. 767.

<sup>19</sup> *Ibid.*, à la p. 779.

<sup>20</sup> *Ibid.*, à la p. 775.

<sup>21</sup> *Ibid.*, à la p. 767.

<sup>22</sup> Décision n° 457-R-1997, précitée, note 9, à la p. 20.

<sup>23</sup> Voir, p. ex., *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports)*, [1992] 3 C.F. 145 (C.A.); *Upper Lakes*, *supra*, note 11, motifs du juge en chef Isaac, aux p. 412 et 413, et du juge Hugessen, aux p. 435 à 438; *Sharp c. Canada (Office des transports)*, [1999] 4 C.F. 363 (C.A.), motifs du juge Rothstein, à la p. 372.

<sup>24</sup> *Supra*, note 10, à la p. 519. Voir également l'arrêt *Upper Lakes*, précité, note 11, motifs du juge d'appel



the Agency as a “highly specialized tribunal.”

<sup>25</sup> *Supra*, note 12, at p. 776.

<sup>26</sup> *Ibid.*, at p. 779.

Hugessen, à la p. 434, où l’Office est décrit comme un «tribunal hautement spécialisé».

<sup>25</sup> *Supra*, note 12, à la p. 776.

<sup>26</sup> *Ibid.*, à la p. 779.

A-800-95

A-800-95

**Minister of Citizenship and Immigration (Appellant)****Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (appelant)**

v.

c.

**Hussein Ali Sumaida (Respondent)****Hussein Ali Sumaida (intimé)****INDEXED AS: SUMAIDA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SUMAIDA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Létourneau and Noël JJ.A.—Toronto, December 10, 1999; Ottawa, January 7, 2000.

Cour d'appel, juges Strayer, Létourneau et Noël, J.C.A.—Toronto, 10 décembre 1999; Ottawa, 7 janvier 2000.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Exclusion — Crimes against humanity — Complicity — Need not be shown that claimant linked to specific crimes as actual perpetrator.**Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion — Crimes contre l'humanité — Complicité — Il n'est pas nécessaire de démontrer que le demandeur est relié à des crimes précis en tant que leur auteur réel.*

In 1991, the Immigration and Refugee Board (the Board) concluded that the respondent, a citizen of Iraq and Tunisia, was a Convention refugee but, having found that there were serious reasons for finding that the respondent had committed crimes against humanity, excluded him pursuant to the combined effect of the *Immigration Act* and Article 1F of the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees.

En 1991, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que l'intimé, citoyen de l'Irak et de la Tunisie, était un réfugié au sens de la Convention, mais, après avoir conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que l'intimé avait commis des crimes contre l'humanité, elle lui a refusé le statut de réfugié en s'appuyant sur l'effet combiné de la *Loi sur l'immigration* et de la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés.

As a student in England, between 1983 and 1985, the respondent voluntarily reported to the Mukhabarat, the Iraqi secret police, the names of over 30 members of the Al Da'wa, a group opposed to Saddam Hussein and his government. Although the Al Da'wa was a terrorist organization, the cells outside Iraq were non-violent and involved primarily in recruitment and propaganda. The Mukhabarat used torture and the murder of children to suppress opponents of the Hussein regime. The Al Da'wa was outlawed in Iraq and a death sentence was imposed on all persons affiliated with it. There was no evidence that any of those on whom the respondent informed were actually killed.

Pendant ses études en Angleterre entre 1983 et 1985, l'intimé a volontairement communiqué au Mukhabarat, la police secrète iranienne, les noms de plus de 30 membres du Al Da'wa, groupe opposé à Saddam Hussein et à son gouvernement. Bien que le groupe Al Da'wa fût une organisation terroriste, les cellules à l'extérieur de l'Irak étaient non violentes et s'occupaient principalement du recrutement et de la propagande. Le Mukhabarat a eu recours à la torture et à l'assassinat de jeunes enfants pour faire taire les opposants au régime Hussein. L'Irak a proscrié le mouvement Al Da'wa et prononcé une sentence de mort contre toutes les personnes affiliées au parti. Il n'y avait pas de preuve attestant que l'une des personnes dénoncées par l'intimé eut été assassinée.

The Motions Judge set aside the decision of the Board. This was an appeal and a cross-appeal from that decision.

Le juge des requêtes a infirmé la décision de la Commission. Il s'agissait de l'appel et de l'appel incident concernant cette décision.

*Held*, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli et l'appel incident, rejeté.

## Appeal:

The definitions of crimes against humanity refer to serious crimes or other inhumane acts committed against “any civilian population”. There was cogent evidence before the Board that Iraq’s policy, known to the respondent, was to kill not only members of the Al Da’wa, but also their relatives up to the third degree. Furthermore, it was reasonable to infer that at least some of the students on whom the respondent informed were not terrorists, and, therefore, were civilians. There was therefore before the Board sufficient evidence of inhumane treatment of civilians to sustain a finding of crimes against humanity. There was no need to answer the question of whether terrorists could be “civilians” within the definition of such crimes.

## Cross-appeal:

The respondent submitted that there was, before the Board, no evidence of his complicity in a crime against humanity in view of the absence of evidence that any harm befell the alleged victims. The respondent relied on *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* in support of his contention that the appellant had to prove that the students he informed on, or their families, were harmed as a result of his activities. That case, however, did not support the position advanced by the respondent. In *Sivakumar*, the Board had failed to make a finding of fact as to the acts committed by the LTTE, whether those acts amounted to crimes against humanity and whether the refugee claimant knew of those acts and had a shared purpose with the LTTE. *Sivakumar* does not stand for the proposition that a claimant must be linked to specific crimes as the actual perpetrator or that the crimes against humanity committed by an organization be necessarily and directly attributable to specific acts or omissions of a claimant. This Court has accepted the notion of complicity defined as personal and knowing participation (*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*) as well as complicity through association whereby individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors (*Sivakumar*). In the present case, there were none of the lacunae found in the Board’s reasons in *Sivakumar*. The Board herein anticipated the teachings of this Court in *Sivakumar* and no fault was to be found with its approach on the liability of the respondent as an accomplice who facilitated or intended to facilitate the persecution of targeted civilians by identifying them to the persecuting authority. When an informant such as the respondent has directed those at the most violent point in the chain of command to their victims, he can hardly exonerate himself by saying “you can’t prove anyone I informed on was actually killed or tortured”.

## Appel:

Les définitions des crimes contre l’humanité font référence à des crimes graves ou à d’autres actes inhumains commis contre «toutes populations civiles». La Commission était saisie d’une forte preuve selon laquelle la politique irakienne, que connaissait bien l’intimé, était de tuer non seulement les membres de l’organisation Al Da’wa, mais aussi leurs parents jusqu’au troisième degré. Qui plus est, il était raisonnable d’inférer qu’au moins certains des étudiants dénoncés par l’intimé n’étaient pas des terroristes et qu’ils étaient donc des civils. La Commission était donc saisie d’une preuve suffisante de traitement inhumain contre des civils pour appuyer sa conclusion de crime contre l’humanité. Il n’était pas nécessaire de répondre à la question de savoir si des terroristes pouvaient être considérés comme «des civils» au sens de la définition de ces crimes.

## Appel incident:

L’intimé a fait valoir que la Commission n’était saisie d’aucune preuve de sa complicité dans un crime contre l’humanité, en raison de l’absence de preuve d’un préjudice causé aux victimes alléguées. L’intimé s’appuyait sur l’arrêt *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, pour étayer sa prétention que l’appelant devait prouver que les étudiants qu’il a dénoncés, ou les membres de leurs familles, avaient été lésés par suite de ses activités. Toutefois, cet arrêt n’appuie pas la position avancée par l’intimé. Dans l’affaire *Sivakumar*, la Commission n’avait pas tiré de conclusion de fait concernant les actes commis par les LTTE, quant à savoir si ces actes équivalaient à des crimes contre l’humanité et si le demandeur du statut de réfugié était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE. L’arrêt *Sivakumar* n’appuie pas la proposition selon laquelle un demandeur doit être relié à des crimes précis en tant que leur auteur réel ou que les crimes contre l’humanité commis par une organisation doivent être nécessairement et directement attribuables à des omissions ou à des actes précis du demandeur. La Cour a accepté la notion de complicité définie comme une participation personnelle et consciente (*Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*), de même qu’une complicité par association qui s’entend du fait qu’un individu peut être tenu responsable d’actes commis par d’autres personnes en raison de son association étroite avec les auteurs principaux (*Sivakumar*). En l’espèce, les motifs de la Commission ne comportaient aucune des lacunes constatées dans l’arrêt *Sivakumar*. La Commission a devancé les enseignements de la Cour d’appel dans l’affaire *Sivakumar* et il n’y a aucune erreur dans la démarche qu’elle a suivie pour conclure à la responsabilité de l’intimé comme complice ayant facilité ou ayant eu l’intention de faciliter la persécution de civils ciblés en dénonçant aux autorités qui se livraient à la persécution les personnes qui devaient y être soumises. Quand un délateur comme l’intimé a sciemment livré aux personnes qui se trouvent à l’échelon le plus violent de la chaîne de commandement le nom de leurs victimes, il peut

difficilement prétendre, comme il le fait: [TRADUCTION] «Vous ne pouvez pas prouver qu'une des personnes que j'ai dénoncées a en fait été tuée ou torturée».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279, Charter of the International Military Tribunal, Art. 6(c).
- An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49, s. 118.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.76) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, ss. 3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 55).
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), Articles 50, 75.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, being Sch. VI of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6), Articles 2, 4.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; [1987] 4 W.W.R. 1; 33 C.C.C. (3d) 97; 56 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 51; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1994] 2 S.C.R. ix.

APPEAL and cross-appeal from a Trial Division decision (*Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279, Charte du tribunal militaire international, art. 6c).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1).
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n<sup>o</sup> 6, art. 1F.
- Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49, art. 118.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, art. 3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 3).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.3 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 55).
- Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, qui est l'Annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), art. 50, 75.
- Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, qui est l'Annexe VI de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6), art. 2, 4.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; [1987] 4 W.W.R. 1; 33 C.C.C. (3d) 97; 56 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 51; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [1994] 2 R.C.S. ix.

APPEL et appel incident d'une décision de la Section de première instance (*Sumaida c. Canada*

*and Immigration*) (1995), 116 F.T.R. 1; 35 Imm. L.R. (2d) 315) allowing an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board decision that the respondent was a Convention refugee but that he should be excluded pursuant to the combined effect of the *Immigration Act* and Article 1F of the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*I. John Loncar* for appellant.  
*Maureen N. Silcoff* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Vandervennen Lehrer*, Toronto, for respondent.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This appeal and cross-appeal raise the following issues:

(a) whether terrorists are civilians within the definition of crimes against humanity and, therefore, can be victims of such crimes;

(b) whether the Motions Judge [(1995), 116 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)] was justified in returning the respondent's refugee claim to the Immigration and Refugee Board (the Board) with a direction that the Board determine whether the members of the Al Da'wa cell in Manchester, England, were civilians as that term is used in the definition of crimes against humanity;

(c) whether the Motions Judge erred when she sustained the Board's finding that the respondent was guilty of a crime against humanity despite the absence of evidence that any harm befell the alleged victims or that any crime was committed against them;

*(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 116 F.T.R. 1; 35 Imm. L.R. (2d) 315) accueillant une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'intimé était un réfugié au sens de la Convention, mais devait être expulsé en raison de l'effet combiné de la *Loi sur l'immigration* et de la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Appel accueilli; appel incident rejeté.

## ONT COMPARU:

*I. John Loncar*, pour l'appellant.  
*Maureen N. Silcoff*, pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'appellant.  
*Vandervennen Lehrer*, Toronto, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Le présent appel et l'appel incident soulèvent les questions suivantes:

a) des terroristes peuvent-ils être considérés comme des civils au sens de la définition des crimes contre l'humanité et, par conséquent, être victimes de tels crimes;

b) le juge des requêtes [(1995), 116 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] était-elle justifiée de renvoyer la revendication du statut de réfugié de l'intimé à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) en donnant à cette dernière comme instruction de déterminer si les membres de la cellule Al Da'wa de Manchester (Angleterre) étaient des civils au sens donné à ce terme dans la définition des crimes contre l'humanité;

c) le juge des requêtes a-t-elle commis une erreur quand elle a maintenu la conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé était coupable d'un crime contre l'humanité malgré l'absence de preuve de tout préjudice causé aux victimes alléguées ou de tout crime commis contre elles;

(d) whether the Motions Judge could issue specific directions to the Board to consider matters that were not argued and decided before her.

#### Preliminary Issue

[2] At the beginning of the hearing, the Court raised with the parties the fact that there had been no certification of a serious question of general importance and questioned whether the appeal and the cross-appeal were properly instituted. The issue was reserved and the parties were given until December 17, 1999 to file written representations. Counsel for the appellant did so and filed a brief indicating that Direction 17, issued by the Chief Justice of the Federal Court pursuant to section 118 of *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49, suspended the requirement that a serious question of general importance be certified by the Motions Judge. After reviewing Direction 17, section 82.3 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 55] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 and section 118 of the amending legislation, I am satisfied that the proceedings were properly commenced as the appellant had obtained leave to appeal to this Court pursuant to the *Immigration Act* as it stood before the 1992 amendments. I will now address the merits of the appeal and cross-appeal. However, a short review of the facts is necessary for a better understanding of the issues.

#### Factual and Procedural Background

[3] The respondent is a citizen of Iraq and Tunisia. His father is a high-ranking diplomat serving the regime of Saddam Hussein. During his studies in England between 1983 and 1985, he joined the Al Da'wa, a group opposed to Hussein and his government. In the early 1980s, the objective of the Al Da'wa was to overthrow the Hussein regime and establish an Iranian style theocracy in Iraq. Its members engaged in active international terrorism. However, the evidence also disclosed that the cells outside

d) le juge des requêtes pouvait-elle donner des instructions précises à la Commission, lui demandant d'examiner des questions qui n'avaient pas été débattues devant elle et sur lesquelles elle ne s'était pas prononcée.

#### Question préliminaire

[2] À l'ouverture de l'audience, la Cour a signalé aux parties qu'aucune question grave de portée générale n'avait été certifiée et elle s'est demandée si l'appel et l'appel incident avaient été correctement introduits. La Cour a réservé sa décision sur cette question et les parties avaient jusqu'au 17 décembre 1999 pour déposer leurs observations écrites à ce sujet. L'avocat de l'appelant a déposé un mémoire indiquant que la Directive 17, émise par le juge en chef de la Cour fédérale, aux termes de l'article 118 de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49, dispensait de l'exigence de faire certifier une question grave de portée générale par le juge des requêtes. Après avoir examiné la Directive 17, l'article 82.3 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 55] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 et l'article 118 de la loi modificatrice, je suis convaincu que les instances ont été correctement introduites étant donné que l'appelant a obtenu l'autorisation d'appeler devant la présente Cour aux termes des dispositions de la *Loi sur l'immigration* qui étaient en vigueur avant les modifications de 1992. Je me prononcerai maintenant sur le fond de l'appel et de l'appel incident. Toutefois, il est nécessaire d'exposer brièvement les faits de cette affaire pour mieux comprendre les questions en litige.

#### Contexte factuel et procédural

[3] L'intimé est un citoyen de l'Irak et de la Tunisie. Son père est un diplomate de haut rang au service du régime de Saddam Hussein. Pendant ses études en Angleterre entre 1983 et 1985, il s'est joint au groupe Al Da'wa, qui s'opposait à Hussein et à son gouvernement. Au début des années 1980, Al Da'wa avait pour objectif de renverser le régime Hussein et d'établir une théocratie de style iranien en Irak. Ses membres participaient activement à des activités de terrorisme international. Toutefois, la preuve révèle également

Iraq were non-violent and were involved primarily in recruiting and in organizing propaganda and anti-Hussein demonstrations.

[4] Soon after joining the Al Da'wa, the respondent became disillusioned with them and chose voluntarily to report Al Da'wa members' names to the Iraqi secret police, the Mukhabarat. It is a brutal police organization which serves as Hussein's private army. It uses such means as vicious torture and the murder of children and infants to suppress opponents of the Hussein regime. The Iraqi government had outlawed the Al Da'wa organization and imposed a death sentence on all persons affiliated with the party. The members that the respondent informed on were mostly students in England. He supplied information to Iraqi secret police on over 30 members. There was no evidence that any of those on whom the respondent informed were actually killed (see decision of the Board, Appeal Book, Vol. IV, at page 537).

[5] While in England, the respondent also did intelligence work for Israel's Mossad, mainly against the PLO. Eventually, he confessed to Iraqi authorities that he was working for Israel. He was pardoned on condition that he act as a double agent. Eventually, he returned to Iraq and joined the Iraqi Mukhabarat.

[6] While a Mukhabarat member, the respondent facilitated an arms sale to a PLO terrorist by the name of Abu al-Abbas. He was the well-known leader of the hijacking of the cruise ship the *Achille Lauro*.

[7] All of the above is public knowledge, here in Canada and presumably among Middle Eastern intelligence organizations, since the respondent discussed these and other spying activities in a published autobiography, *Circle of Fear* (Appeal Book, Vol. II, at pages 114 ff.).

que les cellules à l'extérieur de l'Irak étaient non violentes et s'occupaient principalement du recrutement et de l'organisation des manifestations de propagande et des manifestations contre Hussein.

[4] Peu après s'être joint au groupe Al Da'wa, l'intimé a perdu ses illusions quant à l'action de ce groupe et a choisi de communiquer volontairement le nom des membres du Al Da'wa à la police secrète irakienne, le Mukhabarat. Il s'agit d'une organisation policière brutale qui constitue l'armée privée de Hussein. Elle torture avec perversité et assassine des enfants, parfois de tout jeunes enfants, comme moyens de faire taire les opposants au régime Hussein. Le gouvernement irakien a proscrit l'organisation Al Da'wa et prononcé une sentence de mort contre toutes les personnes affiliées au parti. Les membres dénoncés par l'intimé étaient principalement des étudiants en Angleterre. Il a fourni des renseignements à la police secrète irakienne sur plus de 30 membres. Aucune preuve n'a été présentée pour établir que l'un ou l'autre des membres dénoncés par l'intimé avait été assassiné (voir la décision de la Commission, dossier d'appel, vol. IV, à la page 537).

[5] Pendant qu'il se trouvait en Angleterre, l'intimé a également fait du travail dans le domaine du renseignement pour le Mossad d'Israël, principalement contre l'OLP. Il a fini par avouer aux autorités irakiennes qu'il travaillait pour Israël. On lui a pardonné à la condition qu'il travaille comme agent double. Par la suite, il est retourné en Irak et a joint les rangs du Mukhabarat irakien.

[6] Pendant qu'il était membre du Mukhabarat, l'intimé a facilité une vente d'armes à un terroriste de l'OLP répondant au nom d'Abu al-Abbas. Ce terroriste est le leader bien connu responsable du détournement du paquebot *Achille Lauro*.

[7] Tous les renseignements mentionnés ci-dessus sont de notoriété publique, ici au Canada et probablement dans les services de renseignement du Moyen-Orient, étant donné que l'intimé a raconté ces faits et d'autres activités d'espionnage dans l'autobiographie qu'il a publiée sous le titre de *Circle of Fear* (dossier d'appel, vol. II, à la page 114 et suivantes.).

[8] The respondent came to Canada in 1990, and in 1991 the Board heard his claim. He claimed to be a Convention refugee by reason of a well-founded fear of persecution in Iraq and Tunisia, on the ground of his political opinion.

[9] The Board accepted the respondent's claim with respect to his two countries of nationality on the ground of his political opinion. It was satisfied that the revelations in his book about working for Israel would put him in grave danger should he return to the Middle East. Thus, he satisfied the first part of the definition of a "Convention refugee".

[10] However, the Board found that there were serious reasons for finding that the respondent had committed crimes against humanity. This was based on the respondent's activities for the Mukhabarat in the U.K. and in Iraq, as well as on his voluntary supplying of arms to a known terrorist. While there was no direct evidence that anyone informed upon by the respondent had been killed, the circumstantial evidence made this probable (see Appeal Book, Vol. IV, at page 545). Accordingly, Article 1F of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] applied to deny refugee status.

[11] The respondent successfully sought judicial review of the Board's decision in the Trial Division of the Federal Court. The Motions Judge set aside the decision of the Board and referred back to the Board the matter for a reconsideration restricted to the following topics:

(a) Were the members of the Al Da'wa cell in Manchester "civilians" as that term is used in the definition of crimes against humanity relied on by the Board in its decision?

(b) Does the respondent's membership in the Mukhabarat justify his exclusion from Canada under Article 1F of the Convention?

[8] L'intimé est entré au Canada en 1990, et en 1991 la Commission a entendu sa revendication. Il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'il craignait avec raison d'être persécuté en Irak et en Tunisie, du fait de ses opinions politiques.

[9] La Commission a accueilli la revendication de l'intimé fondée sur ses opinions politiques, relativement à ses deux pays de nationalité. Elle s'est dite convaincue que les révélations qu'il a faites dans son livre au sujet de sa collaboration avec Israël l'exposeraient à un grave danger s'il devait retourner au Moyen-Orient. L'intimé satisfaisait donc à la première partie de la définition de «réfugié au sens de la Convention».

[10] Toutefois, la Commission a conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que l'intimé avait commis des crimes contre l'humanité. Cette conclusion se fondait sur les activités de l'intimé pour le compte du Mukhabarat au Royaume-Uni et en Irak, de même que sur sa participation volontaire à une vente d'armes à un terroriste connu. Bien qu'aucune preuve directe n'attestât qu'une des personnes dénoncées par l'intimé eut été assassinée, la preuve circonstancielle rendait cette conclusion probable (voir dossier d'appel, vol. IV, à la page 545). Par conséquent, la section F de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] s'appliquait et le statut de réfugié lui a été refusé.

[11] L'intimé a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission devant la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada et il a obtenu gain de cause. Le juge des requêtes a infirmé la décision de la Commission et lui a renvoyé l'affaire pour nouvel examen portant uniquement sur les points suivants:

a) Les membres de la cellule Al Da'wa de Manchester sont-ils des «civils» au sens donné à ce terme dans la définition des crimes contre l'humanité sur laquelle s'est appuyée la Commission pour rendre sa décision ?

b) L'appartenance de l'intimé au Mukhabarat justifie-t-elle son expulsion du Canada en vertu de la section F de l'article premier de la Convention?



(c) Does the respondent's participation in the arms sale to Abu al-Abbas justify his exclusion from Canada under the Convention?

### The appeal

[12] The appellant submits that the Motions Judge erred in holding that a crime against humanity cannot be perpetrated against a terrorist and in failing to recognize that there was ample evidence before the Board that the killing of opponents or presumed opponents by the Hussein regime extended also to non-terrorists and, therefore, to members of the civilian population.

[13] Article IF(a) of the UN Convention relating to the status of refugees excludes from the scope of its protection "any person with respect to whom there are serious reasons for considering that . . . he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes". In this instance, the Board referred to the London Agreement of August 8, 1945 and, more specifically, to Article 6(c) of the *Charter of the International Military Tribunal (Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis)* [82 U.N.T.S. 279] which reads:

#### *Article 6*

. . .

Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. [Emphasis added.]

[14] Basically, the definitions of crimes against humanity refer to serious crimes or other inhumane acts committed against "any civilian population". However, there is no definition of the words "civilian" or "civilian population" used in these definitions found

c) La participation de l'intimé à la vente d'armes à Abu al-Abbas justifie-t-elle son expulsion du Canada en vertu de la Convention?

### L'appel

[12] L'appelant fait valoir que le juge des requêtes a commis une erreur en statuant qu'un crime contre l'humanité ne peut être commis contre un terroriste et en ne reconnaissant pas que la Commission était saisie d'une preuve abondante attestant que l'assassinat par le régime Hussein des opposants réels ou présumés s'étendait également à des non-terroristes et, par conséquent, à des membres de la population civile.

[13] La section Fa) de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés exclut de la portée de sa protection les «personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] [q]u'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes». En l'espèce, la Commission a fait référence à l'Accord de Londres du 8 août 1945 et, plus précisément, à l'alinéa 6c) de la *Charte du Tribunal militaire international (Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe)* [82 N.U.R.T. 279] qui est rédigé comme suit:

#### *Article 6*

[. . .]

Les crimes contre l'humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. [Non souligné dans l'original.]

[14] Essentiellement, les définitions des crimes contre l'humanité font référence à des crimes graves ou à d'autres actes inhumains commis contre «toutes populations civiles». Toutefois, les termes «civil» ou «population civile» employés dans ces définitions, qui

in the various international agreements or, for that matter, in section 7(3.76) of the Canadian *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1)].

[15] At the hearing, counsel for the appellant made an extensive review of the provisions (sections 3 and 4) of the *Geneva Conventions Act* [R.S.C., 1985, c. G-3], the *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of the Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* [being Sch. V of the *Geneva Conventions Act* (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 6)] (Articles 50 and 75); and the *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)* [being Sch. VI of the *Geneva Conventions Act* (as am. *idem*)] to the said Conventions (Articles 2 and 4) in an effort to establish that, if in times of war fundamental rights and humane treatment are guaranteed to prisoners of war, to the civilian population and to persons who are not taking or have ceased to take part in hostilities, then a similar if not greater protection is to be given in times of peace to every person, including terrorists, from crimes against humanity. The appellant's contention is attractive, but I do not need to rule on it as I agree with his second submission that there was before the Board sufficient evidence of inhumane treatment of civilians to sustain a finding of crimes against humanity.

[16] As a matter of fact, the factual circumstances that the Board considered did not require it to adjudicate on the issue of whether terrorists could be "civilians" within the definition of such crimes. In finding that there had likely been victims of crimes against humanity, the Board not only referred to the Al Da'wa members, but also to their families within Iraq. This is made manifestly clear in the following passage of the Board's decision:

The claimant personally participated in exposing large numbers of persons and their families to probable torture

se retrouvent dans différents instruments internationaux et même, en fait, au paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1)] canadien, ne sont pas définis.

[15] À l'audience, l'avocat de l'appelant a longuement passé en revue les dispositions (articles 3 et 4) de la *Loi sur les conventions de Genève* [L.R.C. (1985), ch. G-3], du *Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)* [qui est l'annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève* (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 6)] (articles 50 et 75); et du *Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)* [qui est l'annexe VI de la *Loi sur les conventions de Genève* (mod., *idem*)] (articles 2 et 4) pour tenter d'établir que si, en temps de guerre les prisonniers de guerre, la population civile et les personnes qui ne prennent pas part aux hostilités, ou qui ont cessé d'y participer ont droit au respect de leurs droits fondamentaux et à un traitement humain, alors il faut accorder une protection similaire, sinon accrue, en temps de paix à toute personne, y compris à des terroristes, contre les crimes contre l'humanité. La prétention de l'appelant est attrayante, mais je n'ai pas besoin de me prononcer sur celle-ci étant donné que je souscris à son deuxième argument selon lequel la Commission était saisie d'une preuve suffisante concernant le traitement inhumain de civils pour conclure que des crimes contre l'humanité ont été commis.

[16] En fait, les circonstances de fait examinées par la Commission n'exigeaient pas qu'elle se prononce sur la question de savoir si des terroristes peuvent être considérés comme des «civils» au sens de la définition de ces crimes. En statuant qu'il y avait probablement eu des victimes de crimes contre l'humanité, la Commission ne faisait pas seulement référence aux membres du Al Da'wa, mais aussi à leurs familles en Irak. Cette conclusion ressort clairement du passage suivant tiré de la décision de la Commission:

[TRADUCTION] Le demandeur a personnellement participé à exposer un grand nombre de personnes et des membres de

and execution by providing information about the identity of 30 to 35 members of Al Da'wa in the U.K. to the Mukhabarat. He did this with wanton and callous disregard for the safety of these people and their families in Iraq. [Appeal Book, vol. IV, page 545]. [Emphasis added.]

[17] There was cogent evidence before the Board that Iraq's policy known to the respondent was to kill not only members of the Al Da'wa organization but also their relatives up to the third degree, through assassinations either in Iraq or abroad (see decision of the Board, Appeal Book, Vol. IV, at pages 537, 541 and 542).

[18] Moreover, the Al Da'wa group on whom the respondent informed was composed of University students (see decision of the Board, Appeal Book, Vol. IV, page 536). While it is true that there are members of the Al Da'wa organization who are involved in terrorism, it is very unlikely that all these dissenting and somehow activists students living in England were terrorists. Indeed, the Motions Judge acknowledged that the evidence "disclosed that the cells outside Iraq were not violent and were involved primarily in recruiting and organizing propaganda and anti-Hussein demonstrations" (Motions Judge's decision, at page 3). It is reasonable to infer that at least some of them were not terrorists and, therefore, were civilians.

[19] Thus, in my view, the Board's finding that civilians were targeted victims of the respondent's crimes against humanity referred to two classes of civilians: students in U.K. who were members of Al Da'wa and their families in Iraq. Such finding was sufficient to meet the definition of "crime against humanity". Although determining whether terrorists are members of the civilian population raises a theoretically interesting question, the factual circumstances of this case and the evidence before the Board were such that the resolution of that question was not material to a refugee status determination.

leurs familles à un risque probable de torture et d'assassinat en fournissant au Mukhabarat des renseignements sur l'identité de 30 à 35 membres du Al Da'wa en Angleterre. Il a agi de cette façon en ne tenant absolument aucun compte de la sécurité de ces personnes et de leurs familles en Irak [dossier d'appel, vol. IV, à la page 545]. [Non souligné dans l'original.]

[17] La Commission était saisie d'une forte preuve selon laquelle la politique irakienne, que connaissait bien l'intimé, était de tuer non seulement les membres de l'organisation Al Da'wa, mais aussi leurs parents jusqu'au troisième degré, que ce soit par des assassinats en Irak ou à l'étranger (voir la décision de la Commission, dossier d'appel, vol. IV, aux pages 537, 541 et 542).

[18] Qui plus est, le groupe Al Da'wa dont certains membres ont été dénoncés par l'intimé était composé d'étudiants de niveau universitaire (voir la décision de la Commission, dossier d'appel, vol. IV, à la page 536). Bien qu'il soit vrai que certains membres de l'organisation Al Da'wa se livrent à des actes terroristes, il est très peu probable que tous les étudiants dissidents et d'une façon ou d'une autre activistes qui vivent en Angleterre soient des terroristes. En fait, le juge des requêtes a reconnu que la preuve «révèle également que les cellules à l'extérieur de l'Irak étaient non violentes et s'occupaient principalement du recrutement et de l'organisation des manifestations de propagande et des manifestations contre Hussein» (décision du juge des requêtes, à la page 4). Il est donc raisonnable d'inférer qu'au moins certains de ces étudiants n'étaient pas des terroristes et qu'ils étaient donc des civils.

[19] Donc, à mon avis, la conclusion de la Commission selon laquelle des civils étaient les victimes ciblées des crimes contre l'humanité commis par l'intimé fait référence à deux catégories de civils: les étudiants se trouvant au Royaume-Uni qui étaient membres du groupe Al Da'wa et leurs familles en Irak. Une telle conclusion est suffisante pour satisfaire à la définition de «crime contre l'humanité». Même si la question de savoir si les terroristes sont membres de la population civile soulève une question théoriquement intéressante, les circonstances factuelles de l'espèce et la preuve dont était saisie la Commission

Consequently, the Motions Judge should not, on that basis, have interfered with the Board's finding that the respondent participated in crimes against humanity.

### The cross-appeal

[20] At the hearing, the respondent who cross-appealed from the Motions Judge's decision did not challenge her jurisdiction under paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] to issue directions to the Board as she was referring the matter back to it:

18.1 . . .

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

. . .

(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. [Emphasis added.]

[21] However, he contended that it was not appropriate for her to provide directions (a) and (b) previously cited. The only rationale for his contention was that the issues they relate to were not argued before her. I see no merit in this contention.

[22] Indeed, both issues to which the directions relate, i.e., the respondent's membership in the Mukhabarat and the arm deal with a PLO terrorist, were properly before the Board (see decision of the Board, Appeal Book, Vol. II, at pages 538, 539, and 542-545).

[23] The appellant had conceded before the judicial review hearing began that the Board had erred in its treatment of the arm sale issue. It would therefore be quite appropriate for the Board on a reconsideration of the matter to look anew at this matter and for the

sont telles que la réponse à cette question n'était pas essentielle à la détermination du statut de réfugié. Par conséquent, le juge des requêtes n'aurait pas dû, à partir de cela, modifier la conclusion de la Commission selon laquelle l'intimé a participé à des crimes contre l'humanité.

### L'appel incident

[20] À l'audience, l'intimé, qui a déposé un appel incident relativement à la décision du juge des requêtes, n'a pas contesté sa compétence, au regard de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], de donner des instructions à la Commission quand elle lui a renvoyé la question:

18.1 [. . .]

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

[. . .]

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. [Non souligné dans l'original.]

[21] Toutefois, il prétend qu'elle n'aurait pas dû donner les instructions a) et b) mentionnées ci-dessus. Cette prétention se fonde uniquement sur le fait que les questions auxquelles ces instructions se rapportent n'ont pas été débattues devant elle. Je ne vois aucun fondement à cette prétention.

[22] En fait, les deux questions auxquelles les instructions se rapportent, c.-à-d. l'appartenance de l'intimé au Mukhabarat et la vente d'armes à un terroriste de l'OLP, avaient régulièrement été portées à la connaissance de la Commission (voir la décision de la Commission, dossier d'appel, vol. II, aux pages 538, 539 et 542 à 545).

[23] L'appelant avait admis avant le début de l'audition du contrôle judiciaire que la Commission avait commis une erreur dans la façon dont elle avait traité la question de la vente d'armes. Il était donc tout à fait approprié que, dans le cadre d'un réexamen de la

Motions Judge to so direct.

[24] Direction (c) to the Board results from a change in the law after the Board's decision was rendered: this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.) held that mere membership in an organization principally directed to a brutal purpose, such as a secret police activity, may, by necessity, involve personal and knowing participation in the persecutorial acts performed by that organization. As the respondent's case was still in the judicial system when the change in the law occurred, it is appropriate that the reconsideration take such change into account and the Motions Judge made no error in so directing: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at pages 257-258.

[25] More serious and deserving of consideration is the respondent's submission that there was, before the Board, no evidence of his complicity in a crime against humanity in view of the absence of evidence that any harm befell the alleged victims or that any crime was committed against them. It will be recalled that Article 1F of the UN Convention relating to the status of refugees requires for the exclusion of a claimant that there be "serious reasons for considering that . . . a crime against humanity . . . has [been] committed. This means that, in terms of standard of proof, what is required is more than suspicion or conjecture, but less than proof on a balance of probabilities. Consequently, he argues that the appellant had to prove that the very persons on whom he informed to the Mukhabarat, i.e., the students in England or the members of their families in Iraq or elsewhere, were hurt, tortured or killed as a result of his activities. At best, the evidence on these issues, he submits, amounts to nothing more than speculation on behalf of the appellant and the Board.

[26] The respondent relies on the decision of this Court in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employ-*

question, la Commission examine à nouveau cette question et que le juge des requêtes lui donne instruction de le faire.

[24] L'instruction c) donnée à la Commission découle d'une modification du droit qui s'est produite après que la décision de la Commission eut été rendue: dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), la Cour a statué que la simple appartenance à une organisation qui poursuit principalement des fins brutales, comme celles d'une police secrète, peut impliquer la participation personnelle et consciente à des actes de persécution commis par cette organisation. Comme l'affaire de l'intimé était en cours quand ce changement s'est produit, il est approprié que le réexamen tienne compte de ce changement et le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en donnant une instruction dans ce sens: *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, aux pages 257 et 258.

[25] L'argument de l'intimé selon lequel la Commission n'était saisie d'aucune preuve de sa complicité dans un crime contre l'humanité, en raison de l'absence de preuve d'un préjudice causé aux victimes alléguées ou d'un crime commis contre elles, est un argument plus sérieux qui mérite examen. On se rappellera que la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés exige, pour l'exclusion d'un demandeur, qu'il y ait des «raisons sérieuses de penser [. . .] [qu'il a] commis [. . .] un crime contre l'humanité». En ce qui concerne la norme de preuve, cela signifie qu'il faut plus qu'un doute ou une conjecture, sans toutefois qu'il soit nécessaire d'avoir une prépondérance des probabilités. Par conséquent, il fait valoir que l'appellant devait prouver que les personnes mêmes qu'il a dénoncées au Mukhabarat, c.-à-d. les étudiants en Angleterre ou les membres de leurs familles en Irak ou ailleurs, ont été lésées, torturées ou assassinées par suite de ses activités. Au mieux, la preuve relative à ces questions, selon lui, n'équivaut à rien de plus qu'à de la spéculation de la part de l'appellant et de la Commission.

[26] L'intimé s'appuie sur la décision de la présente Cour dans *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi*

*ment and Immigration*), [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed [1994] 2 S.C.R. ix.

[27] More precisely, he refers to this passage at page 449 of the decision to support his contention:

The importance of providing findings of fact as to specific crimes against humanity which the refugee claimant is alleged to have committed cannot be underestimated in a case such as this where the Refugee Division determined that the claimant has a well-founded fear of persecution at the hands of the Sri Lankan government . . . . Given the seriousness of the possible consequences of the denial of the appellant's claim on the basis of section F(a) of Article 1 of the Convention to the appellant and the relatively low standard of proof required of the Minister, it is crucial that the Refugee Division set out in its reasons those crimes against humanity for which there are serious reasons to consider that a claimant has committed them. In failing to make the required findings of fact, I believe that the Refugee Division can be said to have made an error of law.

[28] With respect, I do not think that this excerpt replaced in its full and proper context sustains the position advanced by the respondent.

[29] In the *Sivakumar* case, the Board had failed to make a finding of fact as to the acts committed by the LTTE, whether those acts amounted to crimes against humanity and whether the refugee claimant knew of those acts and had a shared purpose with the LTTE. This appears clearly from the following excerpt of the decision of our Court [at page 448]:

The Refugee Division's reasons are deficient, however, because of the absence of factual findings of acts committed by the LTTE as well as of the appellant's knowledge of the acts and shared purpose with the LTTE, and the lack of findings in relation to whether those acts were crimes against humanity. The Refugee Division simply stated:

Therefore, the panel believes that there are serious reasons for considering that the claimant, in his leadership position, must be held individually responsible for crimes against humanity committed by the LTTE and documented elsewhere in these reasons.

*et de l'Immigration*), [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), dont l'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été refusée [1994] 2 R.C.S. ix.

[27] Plus précisément, il fait référence à ce passage de la décision à la page 449 pour appuyer sa prétention:

On ne saurait sous-estimer l'importance qu'il y a à articuler les conclusions sur les faits, c'est-à-dire sur les crimes contre l'humanité spécifiques que le demandeur aurait commis dans un cas comme celui-ci, où la section du statut a reconnu que le demandeur craignait avec raison d'être persécuté par les autorités sri-lankaises. [. . .] Vu la gravité des conséquences éventuelles du rejet, fondé sur la section Fa) de l'article premier de la Convention, de la revendication de l'appelant et la norme de preuve relativement peu rigoureuse à laquelle doit satisfaire le ministre, il est crucial que la section du statut rapporte dans ses motifs de décision les crimes contre l'humanité dont elle a des raisons sérieuses de penser que le demandeur les a commis. On peut dire que faute d'avoir tiré les conclusions nécessaires sur les faits, la section du statut a commis une erreur de droit.

[28] Avec respect, je ne crois pas que cet extrait re-placé dans le contexte global qui lui est propre puisse appuyer la position avancée par l'intimé.

[29] Dans l'affaire *Sivakumar*, la Commission n'avait pas tiré de conclusion de fait concernant les actes commis par les LTTE, quant à savoir si ces actes équivalaient à des crimes contre l'humanité et si le demandeur du statut de réfugié était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE. Cela ressort clairement de l'extrait suivant de la décision de notre Cour [à la page 448]:

Les motifs prononcés par la section du statut sont cependant défectueux, vu l'absence de conclusions sur les faits, savoir les actes commis par les LTTE et le fait que l'appelant était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE, ainsi que l'absence de toute conclusion sur la question de savoir si ces actes constituaient des crimes contre l'humanité. La section du statut s'est contentée de tirer la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Par conséquent, le tribunal estime qu'il existe des raisons sérieuses pour considérer que le demandeur, dans son rôle de dirigeant, doit être tenu personnellement responsable des crimes contre l'humanité commis par les LTTE, comme le prouvent certains documents ailleurs dans ces motifs.

[30] It is in this context that our Court concluded that it was necessary for the Board to make findings of fact as to what the alleged crimes against humanity are. It was not sufficient to speak of atrocities without further clarification. Linden J.A. wrote [at page 448]:

However, the closest the panel came to documenting the LTTE's actions, as well as the appellant's knowledge of and intent to share in the purpose of those acts, and to determining whether those acts constituted crimes against humanity were vague statements about "atrocities" and "abhorrent" tactics committed by all parties to the civil strife in Sri Lanka. . .

[31] Our Court never required in that case that a claimant be linked to specific crimes as the actual perpetrator or that the crimes against humanity committed by an organization be necessarily and directly attributable to specific acts or omissions of a claimant.

[32] Indeed, short of that kind of direct involvement and of evidence supporting it, our Court accepted the notion of complicity defined as a personal and knowing participation in *Ramirez* (see page 438 of the *Sivakumar* decision) as well as complicity through association whereby individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors (see pages 439-440 of the *Sivakumar* decision).

[33] Moreover, despite the Board's failure to make findings of fact as to specific crimes, our Court found therein that there was ample evidence that civilians were killed as part of a systematic attack on a particular group, that these killings constituted crimes against humanity, that the refugee claimant had knowledge of these crimes committed by the LTTE and that he had a shared common purpose with it evidenced by the "several positions of importance [that he held] within the LTTE . . . [and] from which it can be inferred that he tolerated the killings as a necessary, though perhaps unpleasant, aspect of reaching the LTTE's goal of Tamil liberation" (see page 450 of the decision).

[30] C'est dans ce contexte que notre Cour a conclu que la Commission devait nécessairement tirer des conclusions de fait concernant la nature des crimes contre l'humanité allégués. Il n'était pas suffisant de parler d'atrocités sans fournir plus de précisions. Le juge d'appel Linden a ajouté ceci [à la page 448]:

Cependant, si tant est que le tribunal ait documenté les actes des LTTE, de même que la connaissance qu'en avait l'appelant et son intention de partager les fins poursuivies au moyen de ces actes, et qu'il ait examiné si ces actes constituaient des crimes contre l'humanité, il n'y a en réalité que de vagues assertions au sujet des «atrocités» et des tactiques «répugnantes» de toutes les parties dans la guerre civile au Sri Lanka [. . .]

[31] Notre Cour n'a jamais exigé dans cette affaire qu'un demandeur soit lié à des crimes précis en tant que leur auteur réel ou que les crimes contre l'humanité commis par une organisation soient nécessairement et directement attribuables à des omissions ou à des actes précis du demandeur.

[32] En fait, en l'absence de cette participation directe et d'une preuve pour l'appuyer, notre Cour a accepté la notion de complicité définie comme une participation personnelle et consciente dans l'affaire *Ramirez* (voir la page 438 de l'arrêt *Sivakumar*), de même qu'une complicité par association qui s'entend du fait qu'un individu peut être tenu responsable d'actes commis par d'autres personnes en raison de son association étroite avec les auteurs principaux (voir pages 439 et 440 de l'arrêt *Sivakumar*).

[33] Qui plus est, malgré que la Commission n'ait pas tiré de conclusions de fait quant à des crimes précis, la Cour a jugé dans cette affaire qu'il y avait suffisamment de preuves que des civils avaient été tués dans le cadre d'une attaque systématique contre un groupe particulier, que ces assassinats constituaient des crimes contre l'humanité, que le demandeur du statut de réfugié était au courant de ces crimes commis par les LTTE et qu'il partageait les fins poursuivies par ceux-ci comme en témoignait le fait qu'il avait occupé «au sein des LTTE plusieurs postes importants [. . .] dont on peut conclure qu'il tolérait les exécutions à titre de moyen nécessaire, encore que désagréable, d'atteindre le but de libération tamoule des LTTE» (voir page 450 de l'arrêt).

[34] In that case, our Court thus found that the refugee claimant had committed crimes against humanity by virtue of his accomplice liability involving a shared purpose and knowledge. In reaching this finding, it satisfied the “specific crimes” standard it had alluded to not by requiring evidence pointing to specific victims that could be connected to the claimant, but by filling in the three lacunae found in the Board’s deficient reasons, i.e., a finding that the LTTE was connected to “incidents in which civilians were killed” (see page 450 of the decision), a finding that the claimant knew of these acts and shared the purposes of the LTTE and a finding that the acts of the LTTE amounted to crimes against humanity.

[35] In the present instance, there were no such lacunae in the Board’s reasons. The Board clearly specified the kind of acts that it considered as crimes against humanity: the torture and killing of Al Da’wa members and their families. The finding that these people were targeted for execution is fully supported by the documentary evidence and the respondent’s own testimony (see decision of the Board at pages 537, 539, 541 and 544). The Board also found as a fact supported by the documentary evidence and the respondent’s testimony that the respondent knew of these acts as well as of the Hussein regime’s policy in this regard, and shared a common purpose (see the decision at pages 536, 537, 539, and 541-544). Finally, it did a satisfactory analysis of killing and torture of civilians as crimes against humanity.

[36] In my view, in assessing the evidence before it and in coming to the conclusions it did, the Board anticipated the teachings of this Court in the *Sivakumar* case and I can find no fault with respect to its approach on the liability of the respondent as an accomplice who facilitated or intended to facilitate the persecution of targeted civilians by identifying to the persecuting authority those who should be persecuted. When an informant such as the respondent has

[34] Dans cette affaire, notre Cour a donc conclu que le demandeur du statut de réfugié avait commis des crimes contre l’humanité en raison de sa responsabilité complice attestée par le partage d’une fin commune et sa connaissance des faits. En parvenant à cette décision, elle a satisfait à la norme relative aux «crimes spécifiques» à laquelle elle avait fait allusion, non pas en exigeant une preuve identifiant des victimes précises qui pourraient être liées au demandeur, mais en comblant les trois lacunes des motifs incomplets de la Commission, c’est-à-dire la conclusion que les LTTE étaient liés à des «meurtres de civils» (voir page 450 de l’arrêt), la conclusion que le demandeur était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE et la conclusion que les actes commis par les LTTE équivalaient à des crimes contre l’humanité.

[35] En l’espèce, les motifs de la Commission ne comportent pas de telles lacunes. La Commission a clairement précisé le genre d’actes qu’elle considère comme des crimes contre l’humanité: la torture et l’assassinat des membres du Al Da’wa et de leurs familles. La conclusion que ces personnes ont été ciblées pour être exécutées est entièrement appuyée par la preuve documentaire et par le propre témoignage de l’intimé (voir la décision de la Commission aux pages 537, 539, 541 et 544). La Commission a également conclu que le fait que l’intimé connaissait ces actes aussi bien que la politique du régime Hussein à cet égard, et qu’il partageait une fin commune (voir la décision aux pages 536, 537, 539 et 541 à 544), était un fait étayé par la preuve documentaire et le témoignage de l’intimé. En définitive, elle a effectué une analyse satisfaisante de l’exécution et de la torture des civils pour en déduire qu’il s’agissait de crimes contre l’humanité.

[36] À mon avis, en évaluant la preuve dont elle était saisie et en parvenant aux conclusions auxquelles elle est arrivée, la Commission a devancé les enseignements de notre Cour dans l’affaire *Sivakumar* et je ne trouve aucune erreur dans la démarche qu’elle a suivie pour conclure à la responsabilité de l’intimé qui a agi comme complice ayant facilité ou ayant eu l’intention de faciliter la persécution de civils ciblés en dénonçant aux autorités qui se livraient à la persécution.



knowingly directed those at the most violent point in the chain of command to their victims, it hardly lies in his mouth to say “you can’t prove anyone I informed on was actually killed or tortured”.

[37] For these reasons, I would dismiss the cross-appeal. I would allow the appeal, quash the order of the Motions Judge issued on November 10, 1995 in file A-947-92 and restore the decision of the Board rendered on December 12, 1991. I would issue no order as to costs as none was sought.

STRAYER J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

tion les personnes qui devaient y être soumises. Quand un délateur comme l’intimé a sciemment livré aux personnes qui se trouvent à l’échelon le plus violent de la chaîne de commandement le nom de leurs victimes, il peut difficilement prétendre, comme il le fait: [TRADUCTION] «Vous ne pouvez pas prouver qu’une des personnes que j’ai dénoncées a en fait été tuée ou torturée».

[37] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter l’appel incident. Je suis d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler l’ordonnance du juge des requêtes rendue le 10 novembre 1995 dans le dossier A-947-92 et de rétablir la décision de la Commission rendue le 12 décembre 1991. Je ne rendrai aucune ordonnance concernant les dépens étant donné qu’elle n’a pas été demandée.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-121-99

**IN THE MATTER OF the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, and Section 108 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. C-1;**

**AND IN THE MATTER OF certain complaints received by the Office of the Privacy Commissioner of Canada in respect of the communication of personal information collected by the Department of National Revenue to the Canada Employment and Insurance Commission;**

**AND IN THE MATTER OF an application by way of special case stated for opinion of the Federal Court, Trial Division pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.**

**INDEXED AS: *PRIVACY ACT (CAN.) (RE) (C.A.)***

Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans J.J.A.—  
Ottawa, February 8 and 9, 2000.

*Privacy — Disclosure of information by Revenue Canada (Customs) to CEIC pursuant to memorandum of understanding regarding data capture and release of customs information on travellers (program aimed at catching those receiving EI benefits while out of Canada) authorized by Privacy Act, s. 8 and Customs Act, s. 108 — Privacy Act, s. 8(2) not restricting disclosure of personal information only to purpose for which collected — Under Privacy Act, s. 8(2)(b), Parliament may, by statute, confer on any Minister wide discretion as to disclosure of information his department has collected.*

*Customs and Excise — Customs Act — Disclosure of information by Revenue Canada (Customs) to CEIC pursuant to memorandum of understanding regarding data capture and release of customs information on travellers (program aimed at catching those receiving EI benefits while out of Canada) authorized by Privacy Act, s. 8 and Customs Act, s. 108 — In exercising discretion under Customs Act, s. 108, Minister duly took into consideration objectives of Privacy Act.*

A-121-99

**AFFAIRE INTÉRESSANT la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et l'article 108 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. C-1;**

**ET certaines plaintes reçues au Commissariat à la protection de la vie privée du Canada concernant la communication de renseignements personnels recueillis par le ministère du Revenu national à la Commission de l'assurance-emploi du Canada;**

**ET une demande d'avis présentée par voie de mémoire spécial à la Section de première instance de la Cour fédérale, aux termes de l'alinéa 17(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.**

**RÉPERTORIÉ: *LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (CAN.) (RE) (C.A.)***

Cour d'appel, juges Décary, Sexton et Evans, J.C.A.—  
Ottawa, 8 et 9 février 2000.

*Protection des renseignements personnels — La communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la CAEC aux termes du protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs (programme visant à identifier ceux qui reçoivent des prestations d'AE alors qu'ils sont à l'extérieur du Canada) est autorisée par l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnel et par l'art. 108 de la Loi sur les douanes — L'art. 8(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne limite pas la communication de renseignements personnels qu'aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis — En vertu de l'art. 8(2)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, le législateur peut conférer à tout ministre, au moyen d'une loi donnée, un large pouvoir discrétionnaire relativement à la communication de renseignements que son ministère a recueillis.*

*Douanes et accise — Loi sur les douanes — La communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la CAEC aux termes du protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs (programme visant à identifier ceux qui reçoivent des prestations d'AE alors qu'ils sont à l'extérieur du Canada) est autorisée par l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnel et par l'art. 108 de la Loi sur les douanes — En exerçant le pouvoir discrétionnaire que*

*Employment insurance — Disclosure of information by Revenue Canada (Customs) to CEIC pursuant to memorandum of understanding regarding data capture and release of customs information on travellers (program aimed at catching those receiving EI benefits while out of Canada) authorized by Privacy Act, s. 8 and Customs Act, s. 108 — In self-reporting scheme such as EI, Commission must be able to collect information from outside source when claimant fails to voluntarily report it.*

In an application by way of a special case stated for the opinion of the Federal Court Trial Division, the Motions Judge found that the disclosure of personal information by the Department of National Revenue to the Canada Employment Insurance Commission (CEIC) pursuant to an ancillary Memorandum of Understanding for data capture and release of customs information on travellers was not authorized by section 8 of the *Privacy Act* and section 108 of the *Customs Act*. This was an appeal from that opinion.

The CEIC used this data, at least some of which is “personal” within the meaning of the *Privacy Act*, to learn of residents who were outside of Canada when in receipt of EI benefits, contrary to the *Employment Insurance Act*. With this information, government officials were able to recover overpayments and impose penalties.

The stated question dealt solely with the interpretation of the relevant statutory provisions, the parties having chosen to bring Charter issues separately in a companion case.

*Held*, the appeal should be allowed and the stated question answered in the affirmative.

The Court (*per* Décary J.A.): The Motions Judge erred in answering the stated question in the negative for the reason that the blanket authorization given by the MNR in 1991 was an invalid exercise of discretion. The issue before the Motions Judge concerned the 1997 Memorandum of Understanding on data capture and release which constituted authorization independent from that given in 1991. The validity of the 1991 authorization was not in issue.

*lui confère l’art. 108 de la Loi sur les douanes, le ministre a dûment pris en considération les objectifs de la Loi sur la protection des renseignements personnels.*

*Assurance-emploi — La communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la CAEC aux termes du protocole d’entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs (programme visant à identifier ceux qui reçoivent des prestations d’AE alors qu’ils sont à l’extérieur du Canada) est autorisée par l’art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnel et par l’art. 108 de la Loi sur les douanes — Dans un régime de déclaration volontaire comme l’AE, la commission doit pouvoir recueillir des renseignements d’une source extérieure lorsque le prestataire fait défaut de les déclarer volontairement.*

Se prononçant sur une demande d’avis présentée par voie de mémoire spécial à la Section de première instance de la Cour fédérale, le juge des requêtes a conclu que la communication de renseignements personnels par le ministère du Revenu national à la Commission d’assurance-emploi du Canada (la CAEC) aux termes d’un protocole d’entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs n’était pas autorisée par l’article 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et l’article 108 de la *Loi sur les douanes*. Il s’agit d’un appel interjeté contre cet avis.

La CAEC a utilisé ces renseignements, dont certains sont «personnels» au sens de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, pour savoir quels résidents se trouvaient à l’extérieur du Canada alors qu’ils recevaient des prestations d’AE, contrairement à la *Loi sur l’assurance-emploi*. Avec ces renseignements, les fonctionnaires ont pu obtenir le remboursement des paiements en trop et imposer des pénalités.

La question soulevée portait uniquement sur l’interprétation des dispositions législatives pertinentes, les parties ayant décidé de soulever les questions liées à la Charte dans le cadre d’une affaire connexe.

*Arrêt*: l’appel est accueilli et la question soulevée doit recevoir une réponse affirmative.

La Cour (le juge Décary, J.C.A.): Le juge des requêtes a commis une erreur en répondant à la question soulevée par la négative pour le motif que l’autorisation générale donnée par le MRN en 1991 constituait un exercice non valide de son pouvoir discrétionnaire. La question dont était saisie le juge des requêtes portait sur le protocole d’entente de 1997 sur la collecte et la communication des données, qui constituait une autorisation distincte de celle donnée en 1991. La validité de l’autorisation de 1991 n’était pas en cause.

The argument that the *Privacy Act* requires that personal information be disclosed only for the purpose for which it was collected or for a use consistent with that purpose was without merit. The requirement that a government institution such as the Commission collect personal information intended to be used for an administrative purpose directly from the individual to whom it relates (subsection 5(1) of the Act) was not absolute. In a self-reporting scheme such as employment insurance, the Commission must be able to collect information from an outside source when a claimant fails to voluntarily report it. Second, the wide range of the exceptions permitted under subsection 8(2) unquestionably attests to the intention of Parliament to allow disclosure of personal information to persons who have no connection whatsoever with the disclosing institution and for purposes other than those for which the information was collected.

The *Privacy Act* clearly contemplates, and distinguishes between, the collection of information, which can only be for purposes related to the activity of the institution — in this case, direct collection by Customs of the information and indirect collection by the Commission, through Customs, of that part of the information which is relevant to the activity of the Commission — and the disclosure of information, which, in most cases, is for purposes other than those for which it was collected and for purposes related to the activity of the requesting institution.

Under paragraph 8(2)(b), Parliament may, by statute, confer on any Minister a wide discretion as to disclosure of information his department has collected, such discretion, of course, to be exercised, as it was herein, in conformity with the purpose of the *Privacy Act*. By using words of wide import in paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* and eventually in paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act*, Parliament left itself a considerable margin of manoeuvre with respect to its own legislation and took advantage of it.

#### 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].

*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 108(1) (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 28) (a),(b),(c).

*Department of Human Resources Development Act*, S.C. 1996, c. 11, s. 80.

L'argument selon lequel la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige que les renseignements personnels ne soient communiqués que pour les fins pour lesquelles ils ont été recueillis ou pour un usage compatible à ces fins était mal fondé. L'exigence qu'une institution fédérale comme la Commission recueille auprès de l'individu lui-même les renseignements personnels destinés à des fins administratives le concernant (paragraphe 5(1) de la Loi) n'était pas absolue. Dans un régime de déclaration volontaire comme l'assurance-emploi, la Commission doit pouvoir recueillir des renseignements d'une source extérieure lorsque le prestataire fait défaut de les déclarer volontairement. Deuxièmement, la vaste gamme d'exceptions permises par le paragraphe 8(2) témoigne incontestablement de l'intention du législateur de permettre la communication de renseignements personnels à des personnes qui n'ont absolument aucun lien avec l'institution qui les communique et pour des fins autres que celles pour lesquelles ces renseignements ont été recueillis.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise manifestement la collecte de renseignements, laquelle ne peut être faite qu'aux fins liées aux activités de l'institution, — en l'espèce, la collecte directe par Douanes Canada des renseignements et la collecte indirecte par la Commission, par l'intermédiaire de Douanes Canada, des renseignements qui sont pertinents pour les activités de la Commission — et fait une distinction entre cette collecte et la communication de renseignements, laquelle vise dans la plupart des cas des fins autres que celles pour lesquelles ces renseignements ont été recueillis ainsi que des fins liées aux activités de l'institution requérante.

En vertu de l'alinéa 8(2)b), le législateur peut conférer à tout ministre, au moyen d'une loi donnée, un large pouvoir discrétionnaire relativement à la communication de renseignements que son ministère a recueillis, ce pouvoir discrétionnaire devant naturellement être exercé, comme il l'a été en l'espèce, conformément à l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En utilisant des termes très larges à l'alinéa 8(2)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, par la suite, à l'alinéa 108(1)b) de la *Loi sur les douanes*, le législateur s'est manifestement laissé une marge de manoeuvre considérable relativement à ses propres lois, et en a profité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2)c) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(3)b).

*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 37(b).  
*Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, s. 55.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(3)(b).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2)(c) (as  
 am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 4, 5, 7,  
 8(1),(2)(a),(b),(d),(e),(f),(l),(m)(i), 11, Sch. (as am. by  
 S.C. 1996, c. 11, s. 80).

*Loi sur la protection des renseignements personnels*,  
 L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 4, 5, 7, 8(1),(2)(a),(b),(d),  
 e),(f),(l),(m)(i), 11, ann. (mod. par L.C. 1996, ch. 11,  
 art. 80).  
*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 37b).  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1,  
 art. 108(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 28)  
 a),(b),c).  
*Loi sur le ministère du Développement des ressources  
 humaines*, L.C. 1996, ch. 11, art. 80.  
*Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, art.  
 55.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## REFERRED TO:

*Smith v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No.  
 174 (C.A.) (QL).

APPEAL from the opinion of the Trial Division ([1999] 2 F.C. 543) that the disclosure of personal information by the Department of National Revenue to the Canada Employment Insurance Commission pursuant to an ancillary Memorandum of Understanding for data capture and release of customs information on travellers was not authorized by section 8 of the *Privacy Act* and section 108 of the *Customs Act*. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Brian J. Saunders* for Attorney General of  
 Canada, appellant.  
*Brian A. Crane, Q.C.* for Privacy Commissioner  
 of Canada, respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for Attorney  
 General of Canada, appellant.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for  
 Privacy Commissioner of Canada, respondent.

*The following are the reasons for judgment of the  
 Court delivered orally in English by*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION CITÉE:

*Smith c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F.  
 n° 174 (C.A.) (QL).

APPEL de l'avis de la Section de première instance ([1999] 2 C.F. 543) que la communication de renseignements personnels par le ministère du Revenu national à la Commission d'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs n'était pas autorisée par l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et par l'article 108 de la *Loi sur les douanes*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Brian J. Saunders* pour le Procureur général du  
 Canada, appellant.  
*Brian A. Crane, c.r.*, pour le Commissaire à la  
 protection de la vie privée du Canada, intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
 Procureur général du Canada, appellant.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour le  
 Commissaire à la protection de la vie privée du  
 Canada, intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs du  
 jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

[1] DÉCARY J.A.: This is an appeal from an opinion of the Trial Division reported at [1999] 2 F.C. 543 (T.D.). At issue in the Court below was an application by way of a special case stated for opinion of the Court pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. The question put to the Court was the following one [at page 561]:

Is the disclosure of “personal information” by the Department of National Revenue to the Canada Employment Insurance Commission pursuant to the Ancillary Memorandum of Understanding for data capture and release of customs information on travellers authorized by section 8 of the *Privacy Act* and section 108 of the *Customs Act*?

The answer given by the Motions Judge was “no”.

[2] The “personal information” referred to in the stated question is information disclosed in the E-311 Traveller Declaration Card which persons entering Canada by air must complete and submit on arrival to an officer of the Department of National Revenue. The specific information at issue consists of the traveller’s name, date of birth, postal code, purpose of travel, and dates of departure from and return to Canada. It is not disputed that at least some of this information is “personal” within the meaning of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21]. The information made available by the Department (Customs) to the Canada Employment Insurance Commission (the Commission) is electronically matched with the Commission’s database of employment insurance claimants. The Commission retains the information in respect of those Canadian residents who were outside Canada and who received employment insurance benefits. Claimants are not entitled to receive benefits under paragraph 37(b) of the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23] for any period during which they are not in Canada unless they come within an exception prescribed by section 55 of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332. The purpose of the program in issue is

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il s’agit d’un appel interjeté contre l’avis de la Section de première instance, qui a été publié à [1999] 2 C.F. 543 (1<sup>re</sup> inst.). La Cour de première instance était saisie d’une demande d’avis présentée par voie de mémoire spécial en vertu de l’alinéa 17(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. La question soumise à la Cour était la suivante [à la page 561]:

L’article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et l’article 108 de la *Loi sur les douanes* autorisent-ils la communication de «renseignements personnels» par le ministère du Revenu national à la Commission de l’assurance-emploi du Canada aux termes du protocole d’entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs?\*

Le juge des requêtes a répondu par la négative.

[2] Les «renseignements personnels» mentionnés dans la question soulevée sont les renseignements indiqués sur la Déclaration du voyageur E-311, que les personnes entrant au Canada par avion doivent remplir et remettre à leur arrivée à un agent du ministère du Revenu national. Les renseignements précis en cause sont le nom du voyageur, sa date de naissance, son code postal, le but de son voyage ainsi que la date de son départ du Canada et celle de son retour. Il n’est pas contesté qu’au moins certains de ces renseignements sont «personnels» au sens de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21]. Les renseignements auxquels le Ministère (Douanes Canada) permet à la Commission d’assurance-emploi du Canada (la Commission) d’avoir accès sont comparés électroniquement avec les renseignements contenus dans la banque de données de la Commission sur les prestataires d’assurance-emploi. La Commission conserve les renseignements relatifs aux résidents canadiens qui se trouvaient à l’extérieur du pays alors qu’ils recevaient des prestations d’assurance-emploi. En vertu de l’alinéa 37b) de la *Loi sur l’assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23], les prestataires n’ont pas droit aux prestations pour toute

\* N.D.T.: Le titre officiel du protocole d’entente est «Protocole d’entente connexe concernant la saisie de données et la divulgation de renseignements des douanes sur les voyageurs».

to identify employment insurance claimants who fail to report that they are outside Canada while receiving benefits with a view to recovering any resulting overpayment, and where appropriate, to imposing penalties.

[3] It is common ground that at the time of filing their initial claim for benefits, claimants are routinely informed of their rights and obligations while receiving benefits. These include the obligations: to be available for work at all times; to genuinely search for work at all times; and to report any absences from Canada immediately. Claimants are informed that they can discharge the last obligation by advising their Canada Employment Centre or by noting their absence on their bi-weekly report cards.

[4] Prior to April 1997 Form E-311 contained the words “We will use your answers to the following questions for customs control purposes, and to compile statistical data”. The form was amended in April 1997 to delete this sentence and replace it with: “The personal information declared on this form is maintained in information bank number RC PPU 043”.

[5] Personal information bank number RC PPU 043 refers to a Revenue Canada information bank. Personal information banks are maintained by government institutions pursuant to section 11 of the *Privacy Act*. The banks provide a summary of the personal information held by the institutions. They also describe the uses made of the information. At least once a year, a listing of personal information banks is published by the Treasury Board Secretariat in a document entitled *InfoSource*. The PC PPU 043 bank states that information provided on an E-311 Card may be used by Revenue Canada and by other government departments and investigative agencies for the administration and enforcement of Acts of Parliament.

période pendant laquelle ils ne sont pas au Canada à moins qu'ils ne soient visés par l'une des exceptions prévues par l'article 55 du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332. Le but du programme en cause est d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui omettent de déclarer qu'ils se trouvent hors du pays alors qu'ils reçoivent des prestations afin que les paiements en trop en résultant soient remboursés et que, dans les cas appropriés, des pénalités soient imposées.

[3] Il est bien établi qu'au moment de remplir leur première demande de prestations, les prestataires sont informés de façon routinière de leurs droits et obligations pendant qu'ils reçoivent des prestations. Ces obligations sont notamment: être disponible pour travailler en tout temps; faire des démarches réelles pour trouver du travail en tout temps; et déclarer immédiatement toute absence du Canada. Les prestataires sont informés qu'ils peuvent se conformer à cette dernière obligation en avisant leur centre d'emploi du Canada ou en indiquant leur absence sur leur carte de déclaration de quinzaine.

[4] Avant avril 1997, le formulaire E-311 contenait la phrase suivante: «Les réponses aux questions suivantes servent au contrôle douanier et à la compilation de statistiques». Le formulaire a été modifié en avril 1997 et cette phrase a été remplacée par: «Les renseignements personnels déclarés sur ce formulaire sont conservés dans le fichier de renseignements personnels numéro RC PPU 043».

[5] Le fichier de renseignements personnels numéro RC PPU 043 est un fichier de renseignements de Revenu Canada. Des fichiers de renseignements personnels sont tenus par les institutions fédérales en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les fichiers fournissent un résumé des renseignements personnels détenus par les institutions. Ils indiquent également les usages qui sont faits des renseignements. Au moins une fois par année, une liste des fichiers de renseignements personnels est publiée par le Secrétariat du Conseil du Trésor dans un document intitulé *InfoSource*. Le fichier PC PPU 043 indique que les renseignements inscrits sur la déclaration E-311 peuvent être utilisés par Revenu

[6] The stated question deals solely with the statutory interpretation of some provisions of the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1] and of the *Privacy Act*. The parties have chosen to bring Charter [*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]] issues separately in the companion case of *Smith v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 174 (C.A.) (QL) which involves a concrete dispute between a claimant and the Commission and which has been heard together with this appeal. That case is disposed of in separate reasons filed this very day.

[7] The provisions at issue read as follows:

*Privacy Act* [sections 4, 5(1), 7(a),(b), 8(1),(2)(a),(b),(d), (e),(f),(l),(m)(i)]

4. No personal information shall be collected by a government institution unless it relates directly to an operating program or activity of the institution.

5. (1) A government institution shall, wherever possible, collect personal information that is intended to be used for an administrative purpose directly from the individual to whom it relates except where the individual authorizes otherwise or where personal information may be disclosed to the institution under subsection 8(2).

...

7. Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be used by the institution except

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose; or

(b) for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under subsection 8(2).

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

Canada ainsi que par les autres ministères et par les organismes d'enquête pour les fins de l'application des lois.

[6] La question soulevée porte uniquement sur l'interprétation de certaines dispositions de la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les parties ont décidé de soulever les questions liées à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]] dans le cadre de l'affaire connexe *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n<sup>o</sup> 174 (C.A.) (QL), qui porte sur un litige concret entre une prestataire et la Commission et qui a été entendue conjointement avec le présent appel. Cette affaire est tranchée en vertu de motifs distincts prononcés en ce jour.

[7] Les dispositions pertinentes prévoient:

*Loi sur la protection des renseignements personnels* [articles 4, 5(1), 7a),b), 8(1),(2)a),b),d),e),f),l),m)(i)]

4. Les seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités.

5. (1) Une institution fédérale est tenue de recueillir auprès de l'individu lui-même, chaque fois que possible, les renseignements personnels destinés à des fins administratives le concernant, sauf autorisation contraire de l'individu ou autres cas d'autorisation prévus au paragraphe 8(2).

[. . .]

7. À défaut du consentement de l'individu concerné, les renseignements personnels relevant d'une institution fédérale ne peuvent servir à celle-ci:

a) qu'aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

b) qu'aux fins auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du paragraphe 8(2).

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.



(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

...

(d) to the Attorney General of Canada for use in legal proceedings involving the Crown in right of Canada or the Government of Canada;

(e) to an investigative body specified in the regulations, on the written request of the body, for the purpose of enforcing any law of Canada or a province or carrying out a lawful investigation, if the request specifies the purpose and describes the information to be disclosed;

(f) under an agreement or arrangement between the Government of Canada or an institution thereof and the government of a province, the government of a foreign state, an international organization of states or an international organization established by the governments of states, or any institution of any such government or organization, for the purpose of administering or enforcing any law or carrying out a lawful investigation;

...

(l) to any government institution for the purpose of locating an individual in order to collect a debt owing to Her Majesty in right of Canada by that individual or make a payment owing to that individual by Her Majesty in right of Canada; and

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

Customs Act [section 108(1) (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 28), (a),(b),(c)]

108. (1) An officer may communicate or allow to be communicated information obtained under this Act or the *Customs Tariff*, or allow inspection of or access to any book, record, writing or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Customs Tariff*, to or by

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

[ . . . ]

d) communication au procureur général du Canada pour usage dans des poursuites judiciaires intéressant la Couronne du chef du Canada ou le gouvernement fédéral;

e) communication à un organisme d'enquête déterminé par règlement et qui en fait la demande par écrit, en vue de faire respecter des lois fédérales ou provinciales ou pour la tenue d'enquêtes licites, pourvu que la demande précise les fins auxquelles les renseignements sont destinés et la nature des renseignements demandés;

f) communication aux termes d'accords ou d'ententes conclus d'une part entre le gouvernement du Canada ou un de ses organismes et, d'autre part, le gouvernement d'une province ou d'un État étranger, une organisation internationale d'États ou de gouvernements, ou un de leurs organismes, en vue de l'application des lois ou pour la tenue d'enquêtes licites;

[ . . . ]

l) communication à toute institution fédérale en vue de joindre un débiteur ou un créancier de Sa Majesté du chef du Canada et de recouvrer ou d'acquitter la créance;

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée,

Loi sur les douanes [article 108(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 28), (a),(b),(c)]

108. (1) L'agent peut communiquer ou laisser communiquer des renseignements obtenus en vertu de la présente loi ou du *Tarif des douanes* aux personnes suivantes, ou laisser celles-ci examiner les livres, dossiers, écrits ou autres documents obtenus par le ministre ou en son nom pour l'application de ces lois, ou y avoir accès:

(a) any officer or any person employed in the Department of National Revenue;

(b) any person, or any person within a class of persons, that the Minister may authorize, subject to such conditions as the Minister may specify; or

(c) any person otherwise legally entitled thereto.

a) les agents ou les personnes employées par le ministère du Revenu national;

b) les personnes autorisées par le ministre ou appartenant à une catégorie de personnes ainsi autorisées, sous réserve des conditions que celui-ci précise;

c) les personnes ayant, d'une façon générale, légalement qualité à cet égard.

[8] The Motions Judge answered the stated question in the negative [at page 560] essentially for the reason that a blanket authorization issued by the Minister of National Revenue on July 26, 1991 was [at page 560] “an invalid exercise of discretion” as an unlawful fetter on the future exercise of discretion and as based on irrelevant considerations. The issue before her, however, was not with respect to that blanket authorization, but to “the Ancillary Memorandum of Understanding for data capture and release of customs information on travellers” entered into on April 26, 1997, by the Department of National Revenue, on the one hand, and the Canada Employment Insurance Commission, on the other hand. That Ancillary Memorandum supplemented an existing Memorandum of Understanding on the Release of Information entered into by the parties on February 17, 1995, which Memorandum replaced a revised agreement of March 1992 between the same parties and was said to be made pursuant to the 1991 Ministerial Authorization. Nowhere in her reasons has the Motions Judge referred to the 1997 Ancillary Memorandum.

[9] While it is technically true that the Ministerial Authorization of 1991 was the first step in the process leading to the actual data-matching program, the fact is that the 1997 Ancillary Memorandum constitutes an authorization of its own, independent from that given in 1991, as is evident from its “Introduction” which states as follows:

**Recognizing** that Section 108 of the *Customs Act* allows for the release of customs information to any person that the Minister may authorize

. . .

Therefore, Revenue Canada hereby agrees to data capture information from the customs travellers information cards

[8] Le juge des requêtes a répondu à la question soulevée par la négative [à la page 560] essentiellement pour le motif que l'autorisation générale donnée par le ministre du Revenu national le 26 juillet 1991 constituait [à la page 560] «un exercice non valide de son pouvoir discrétionnaire» puisqu'elle était une entrave illicite à l'exercice ultérieur de son pouvoir discrétionnaire et qu'elle était fondée sur des considérations non pertinentes. La question dont elle était saisie, toutefois, ne portait pas sur cette autorisation générale, mais bien sur le «Protocole d'entente connexe concernant la saisie de données et la divulgation de renseignements des douanes sur les voyageurs», qui a été conclu le 26 avril 1997 entre le ministère du Revenu national et la Commission d'assurance-emploi du Canada. Ce protocole d'entente connexe était complémentaire au Protocole d'entente sur la divulgation de renseignements, actuellement en vigueur, qui a été conclu par les parties le 17 février 1995, qui remplaçait l'entente modifiée de mars 1992 intervenue entre les mêmes parties et qui aurait été conclu en vertu de l'autorisation ministérielle de 1991. Le juge des requêtes n'a nullement mentionné dans ses motifs le protocole d'entente connexe de 1997.

[9] Bien qu'il soit techniquement vrai que l'autorisation ministérielle de 1991 était la première étape du processus ayant mené au programme de comparaison des données, il n'en demeure pas moins que le protocole d'entente connexe de 1997 constitue une autorisation en soi, qui est distincte de celle donnée en 1991, comme cela ressort de son «introduction», qui indique:

**Reconnaissant** que l'article 108 de la *Loi sur les douanes* prévoit la communication de renseignements obtenus par les douanes à toute personne autorisée par le Ministre [. . .]

[. . .]

En conséquence, Revenu Canada accepte par les présentes de saisir les renseignements provenant des déclarations

and to release the information to the Commission for purposes of the administration and enforcement of the *Employment Insurance Act*. [A.B., Vol. 2, at pp. 256-257.]

For the purpose of answering the stated question, the 1991 Ministerial Authorization, in our respectful view, was either to be ignored or be read simply as background to the 1997 Ancillary Memorandum. The Motions Judge did neither. We express no view as to the validity of the 1991 Ministerial Authorization.

[10] The Privacy Commissioner raises a rather technical argument with respect to the validity of the 1997 Ancillary Memorandum. We doubt whether this argument can be raised in this case in view of the wording of the stated question but be that as it may, it has no merit. As the argument goes, paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act* requires an authorization to be given by the Minister and in the case at bar the 1997 Ancillary Memorandum is described as being an authorization by “Revenue Canada” and has been signed by the Deputy Minister of National Revenue “for and on behalf of the Department of National Revenue”. The latter issue is resolved by paragraph 24(2)(c) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89] which provides that “Words directing or empowering a minister of the Crown to do an act or thing . . . include . . . his . . . deputy”. As regards the use of the words “Revenue Canada” instead of the word “Minister”, the day has fortunately not come yet for this Court to give any credence to such a literal approach in a case such as this one.

[11] Another argument raised by the Privacy Commissioner is that paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act* is not what is contemplated by paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* because it refers to “information” and not to “personal information”. This argument also fails. Subsection 108(1) of the *Customs Act* refers to “information obtained under this Act” and there is simply no reason why the word “information” should not be interpreted in its plain, general, encompassing meaning rather than being restricted, as suggested by counsel, to the limited meaning of “commercial information”. An Act of Parliament authorizing the

douanières des voyageurs et de les divulguer à la Commission aux fins de l’administration et de l’application de la *Loi concernant l’assurance-emploi*. [D.A., vol. 2, aux p. 256 et 257.]

À notre humble avis, pour répondre à la question soulevée, il fallait ne pas tenir compte de l’autorisation ministérielle de 1991 ou l’interpréter simplement comme toile de fond du protocole d’entente de 1997. Le juge des requêtes n’a fait ni l’un ni l’autre. Nous n’exprimons aucune opinion quant à la validité de l’autorisation ministérielle de 1991.

[10] Le Commissaire à la protection de la vie privée soulève un argument plutôt technique relativement à la validité du protocole d’entente connexe de 1997. Nous doutons que cet argument puisse être invoqué en l’espèce à la lumière de la formulation de la question soulevée, mais, de toute manière, cet argument n’est pas fondé. Selon cet argument, l’alinéa 108(1)(b) de la *Loi sur les douanes* exige qu’une autorisation soit donnée par le ministre et, en l’espèce, le protocole d’entente connexe de 1997 est qualifié d’autorisation de «Revenu Canada» et a été signé par le sous-ministre du Revenu national «au nom du ministère du Revenu national». Cette dernière question est résolue par l’alinéa 24(2)(c) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89], qui prévoit que: «La mention d’un ministre [ . . . ] vaut mention [ . . . ] de son délégué». Concernant l’usage des mots «Revenu Canada» plutôt que du mot «ministre», le temps n’est heureusement pas encore venu pour la Cour d’accorder de la crédibilité à une interprétation si littérale dans une affaire de cette nature.

[11] Un autre argument soulevé par le Commissaire à la protection de la vie privée veut que l’alinéa 108(1)(b) de la *Loi sur les douanes* ne soit pas visé par l’alinéa 8(2)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* parce qu’il mentionne des «renseignements», et non pas des «renseignements personnels». Cet argument est également sans fondement. Le paragraphe 108(1) de la *Loi sur les douanes* mentionne «des renseignements obtenus en vertu de la présente loi», et il n’y a vraiment aucune raison pour laquelle le mot «renseignements» ne devrait pas être interprété selon son sens ordinaire, général et large,

disclosure of information may come within paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* even though it does not expressly designate the information in question as “personal information”.

[12] A more serious argument is raised by the Privacy Commissioner. It revolves around the purposes for which a federal institution may disclose personal information under its control. According to the Commissioner, paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act*, when read in the context of the entire Act and particularly of section 7, requires that personal information be disclosed only for the purpose for which it was collected or for a use consistent with that purpose. We do not read the Act in the same way as the Commissioner.

[13] Section 4 provides that “[n]o personal information shall be collected by a government institution unless it relates directly to an operating program or activity of the institution”. That obligation clearly relates to the collection of information, not to its disclosure.

[14] Subsection 5(1) requires a government institution such as the Commission<sup>1</sup> to “collect personal information that is intended to be used for an administrative purpose directly from the individual to whom it relates”. The requirement, however, is not absolute. First, it is qualified by the words “wherever possible”. Surely, in a self-reporting scheme such as the employment insurance scheme, the Commission must be able to collect information from an outside source when a claimant fails to voluntarily report it. Second, the requirement is expressly made subject to the provisions of subsection 8(2), which itself is “subject to any other Act of Parliament” and which enables the Commission to access personal information collected by another government institution—in this case, Customs—in a large number of circumstances. The wide range of the exceptions permitted under subsec-

plutôt que d’être restreint, comme l’a proposé l’avocat, au sens limité de [TRADUCTION] «renseignements commerciaux». Une loi autorisant la communication de renseignements peut être visée par l’alinéa 8(2)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* même si elle ne qualifie pas expressément ces renseignements de «renseignements personnels».

[12] Un argument plus sérieux est soulevé par le Commissaire à la protection de la vie privée. Cet argument repose sur les fins pour lesquelles une institution fédérale peut communiquer des renseignements personnels en sa possession. Le commissaire prétend que, lorsqu’il est interprété dans le contexte de la Loi dans son ensemble et de l’article 7 en particulier, l’alinéa 8(2)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige que les renseignements personnels ne soient communiqués que pour les fins pour lesquelles ils ont été recueillis ou pour un usage compatible à ces fins. Nous n’interprétons pas la Loi de la même manière que le commissaire.

[13] L’article 4 prévoit que «[l]es seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités». Cette obligation porte manifestement sur la collecte des renseignements, et non pas sur leur communication.

[14] Le paragraphe 5(1) oblige une institution fédérale comme la Commission<sup>1</sup> à «recueillir auprès de l’individu lui-même [. . .] les renseignements personnels destinés à des fins administratives le concernant». Cette exigence n’est toutefois pas absolue. Premièrement, elle est atténuée par les mots «chaque fois que possible». Dans un régime de déclaration volontaire comme le régime d’assurance-emploi, la Commission doit naturellement pouvoir recueillir des renseignements d’une source extérieure lorsque le prestataire fait défaut de les déclarer volontairement. Deuxièmement, cette exigence est expressément assujettie aux dispositions du paragraphe 8(2), qui s’applique lui-même «sous réserve d’autres lois fédérales» et qui permet à la Commission d’avoir accès à des renseignements personnels recueillis par d’autres institutions fédérales—en l’espèce, Douanes

tion 8(2) unquestionably attests to the intention of Parliament to allow disclosure of personal information to persons who have no connection whatsoever with the disclosing institution and for purposes other than those for which the information was collected.

[15] Section 7 prescribes two possible uses of personal information collected by a government institution. The first use, (a), is for the purpose for which the information was obtained or a use consistent with that purpose. The second use, (b), is for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under subsection 8(2). The first use is related to the purpose of the collection; the second use, clearly, is not.

[16] Subsection 8(2) contemplates three types of disclosure: that, allowed under paragraph (a), for the very purpose of the collection or a use consistent with that purpose; that, expressly allowed under paragraphs (b) and (m), for “any purpose”, and that, expressly allowed under paragraphs (c), (d), (e), (f), (g), (h), (i), (j), (k) and (l), for specific purposes therein described, some of which are totally unrelated to the purpose for which the information was collected.

[17] The *Privacy Act* therefore clearly contemplates, and distinguishes between, the collection of information, which can only be for purposes related to the activity of the institution—in this case, direct collection by Customs of the information found in Form E-311 and indirect collection by the Commission, through Customs, of that part of the information found in Form E-311 which is relevant to the activity of the Commission—and the disclosure of information, which, in most cases, is for purposes other than those for which it was collected and for purposes related to the activity of the requesting institution.

Canada—dans un grand nombre de cas. La vaste gamme d’exceptions permises par le paragraphe 8(2) témoigne incontestablement de l’intention du législateur de permettre la communication de renseignements personnels à des personnes qui n’ont absolument aucun lien avec l’institution qui les communique et pour des fins autres que celles pour lesquelles ces renseignements ont été recueillis.

[15] L’article 7 prévoit deux usages possibles des renseignements personnels recueillis par une institution fédérale. Le premier usage, prévu par l’alinéa a), est aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis de même que pour les usages compatibles avec ces fins. Le deuxième usage, prévu par l’alinéa b), est aux fins auxquelles ils peuvent être communiqués à l’institution en vertu du paragraphe 8(2). Le premier usage est lié aux fins de la collecte tandis que le deuxième usage ne l’est manifestement pas.

[16] Le paragraphe 8(2) vise trois types de communication: celle prévue par l’alinéa a), soit aux fins mêmes de la collecte ou pour les usages compatibles avec ces fins; celle expressément prévue par les alinéas b) («aux fins qui sont conformes») et m) («à toute autre fin»); ainsi que celle expressément prévue par les alinéas c), d), e), f), g), h), i), j), k) et l), pour les fins précises qui y sont énoncées, certaines d’entre elles n’étant aucunement liées aux fins pour lesquelles les renseignements ont été recueillis.

[17] La *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise donc manifestement la collecte de renseignements, laquelle ne peut être faite qu’aux fins liées aux activités de l’institution,—en l’espèce, la collecte directe par Douanes Canada des renseignements se trouvant sur le formulaire E-311 et la collecte indirecte par la Commission, par l’intermédiaire de Douanes Canada, des renseignements contenus dans ce formulaire qui sont pertinents pour les activités de la Commission—et fait une distinction entre cette collecte et la communication de renseignements, laquelle vise dans la plupart des cas des fins autres que celles pour lesquelles ces renseignements ont été recueillis ainsi que des fins liées aux activités de l’institution requérante.

[18] In this context, paragraph 8(2)(b) cannot but be interpreted as being a provision that enables Parliament to confer on any Minister (for example) through a given statute a wide discretion, both as to form and substance, with respect to the disclosure of information his department has collected, such discretion, of course, to be exercised in conformity with the purpose of the *Privacy Act*. Paragraph 8(2)(b) could obviously have been phrased differently and its interpretation might have been made easier had it expressly stated, as did paragraph (f) with respect to agreements or arrangements between a federal government institution on the one hand and a provincial government, a foreign government or an international organization on the other hand, that agreements or arrangements could be made between two federal government institutions for the purpose of administering or enforcing any law of Canada. But one can simply not conclude from Parliament's alleged failure, in paragraph 8(2)(b), to be specific when it clearly intended to be general, that federal government institutions cannot be authorized under that paragraph to disclose to other federal institutions personal information that, without any express restriction, they can disclose to foreign institutions. In using words of wide import in paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* and eventually in paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act*, Parliament clearly left itself a considerable margin of manoeuvre with respect to its own legislation and took advantage of it.

[19] To accept the interpretation suggested by the Privacy Commissioner would be to rob paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* and paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act* of most of their significance. We add in passing that subsection 108(1) of the *Customs Act* refers to "the purposes" of the Act when it deals with collection and does not do so when it deals with disclosure.

[20] In the end, therefore, we are of the view that paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* has a much wider meaning than that suggested by the Commissioner and

[18] Dans ce contexte, on ne peut pas faire autrement que d'interpréter l'alinéa 8(2)b) comme étant une disposition permettant au législateur de conférer à tout ministre (par exemple), au moyen d'une loi donnée, un large pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au fond relativement à la communication de renseignements que son ministère a recueillis, ce pouvoir discrétionnaire devant naturellement être exercé conformément à l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'alinéa 8(2)b) aurait manifestement pu être formulé différemment et son interprétation aurait été plus facile s'il avait expressément prévu que des accords ou des ententes pouvaient être conclus entre deux institutions fédérales en vue de l'application des lois canadiennes, comme le prévoit l'alinéa f) relativement aux accords ou aux ententes conclus d'une part entre une institution fédérale et, d'autre part, le gouvernement d'une province ou d'un État étranger ou une organisation internationale. Mais on ne peut tout simplement pas conclure, à partir de l'omission du législateur d'être précis à l'alinéa 8(2)b) alors qu'il désirait manifestement s'exprimer en termes généraux, que cet alinéa ne permet pas à une institution fédérale de communiquer à une autre institution fédérale des renseignements personnels qu'en l'absence d'interdiction expresse, elle peut communiquer à des institutions étrangères. En utilisant des termes très larges à l'alinéa 8(2)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, par la suite, à l'alinéa 108(1)b) de la *Loi sur les douanes*, le législateur s'est manifestement laissé une marge de manoeuvre considérable relativement à ses propres lois et en a profité.

[19] Accepter l'interprétation proposée par le Commissaire à la protection de la vie privée reviendrait à vider presque complètement de leur sens les alinéas 8(2)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et 108(1)b) de la *Loi sur les douanes*. Nous ajoutons en passant que le paragraphe 108(1) de la *Loi sur les douanes* mentionne «pour l'application» de la Loi lorsqu'il vise la collecte et qu'il ne le fait pas lorsqu'il vise la communication.

[20] En définitive, nous sommes d'avis que l'alinéa 8(2)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a un sens beaucoup plus large que celui

that paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act* gives the Minister of National Revenue the discretionary power to authorize the arrangement at issue with the Canadian Employment Insurance Commission.

[21] In exercising her discretion under paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act*, the Minister of National Revenue had to take into consideration the objectives of the *Privacy Act*. She satisfied herself that the disclosure sought by the Commission was for a permissible use and that no more information than that needed by the Commission would be disclosed. In the Ancillary Memorandum of Understanding dated April 26, 1997, the Commission agrees to use the information communicated by Customs solely for the purposes of the *Employment Insurance Act* and not to disclose the information to any third parties. The Commission also undertakes to protect the information provided in accordance with conditions set out in the 1995 Memorandum of Understanding. Those conditions, among other matters, require an adequate trail for auditing access to information provided, limit the personnel to whom the information could be released, set out procedures for a security audit at the request of Customs, and provide for the eventual destruction of the information. In the circumstances of this case, we are satisfied that the exercise by the Minister of her discretion is unimpeachable.

#### Disposition

[22] The appeal will therefore be allowed, the opinion of the Motions Judge will be set aside and the stated question will be answered in the affirmative. There will be no order as to costs.

---

<sup>1</sup> The Canada Employment Insurance Commission is a "government institution" for the purposes of the *Privacy Act*. See the Schedule to the Act, as amended by the *Department of Human Resources Development Act*, S.C. 1996, c. 11, s. 80.

proposé par le commissaire et que l'alinéa 108(1)(b) de la *Loi sur les douanes* donne au ministre du Revenu national le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'entente intervenue avec la Commission d'assurance-emploi.

[21] En exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 108(1)(b) de la *Loi sur les douanes*, le ministre du Revenu national devait tenir compte des objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il a estimé que la communication demandée par la Commission l'était pour un usage permis et qu'aucun renseignement autre que ceux dont la Commission avait besoin ne serait communiqué. Dans le protocole d'entente connexe daté du 26 avril 1997, la Commission accepte d'utiliser les renseignements communiqués par Douanes Canada uniquement pour les fins de la *Loi sur l'assurance-emploi* et de ne pas les communiquer à des tiers. La Commission s'engage également à protéger les renseignements fournis conformément aux modalités prévues par le protocole d'entente de 1995. Notamment, ces modalités exigent un suivi adéquat permettant la vérification des renseignements fournis, limitent le personnel à qui les renseignements peuvent être communiqués, établissent la procédure applicable aux vérifications de sécurité demandées par Douanes Canada et prévoient la destruction éventuelle des renseignements. Vu les faits de la présente affaire, nous sommes convaincus que la façon dont le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire est inattaquable.

#### Dispositif

[22] L'appel est donc accueilli, l'avis du juge des requêtes est annulé et la question soulevée reçoit une réponse affirmative. Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

---

<sup>1</sup> La Commission d'assurance-emploi du Canada est une «institution fédérale» aux fins de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Voir l'annexe de la Loi, telle qu'elle a été modifiée par la *Loi sur le ministère du Développement des ressources humaines*, L.C. 1996, ch. 11, art. 80.

A-45-98

**The Ship “Arctic Taglu”, The Owners and all Others Interested in the Ship “Arctic Taglu”, The Ship “Link 100”, The Owners and all Others Interested in the Ship “Link 100”, Sea-Link Marine Services Ltd., Malcolm Bruce Brophy, and Gary McKrae (*Appellants*)**

v.

**Birgit Kajat and Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Transport (*Respondents*)**

A-54-98

**Birgit Kajat (*Plaintiff*) (*Respondent*)**

v.

**The Ship “Arctic Taglu”, The Owners and all Others Interested in the Ship “Arctic Taglu”, The Ship “Link 100”, Sea-Link Marine Services Ltd., Malcolm Bruce Brophy, and Gary McKrae (*Defendants*) (*Respondents*)**

and

**Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Transport (*Defendant*) (*Appellant*)**

**INDEXED AS: KAJAT v. ARCTIC TAGLU (THE) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Sharlow and Malone J.J.A.—Vancouver, January 24, 25, 26; Ottawa, February 15, 2000.

*Maritime law — Torts — Collision between fishing vessel and tug/barge combination at night — Possibly confusing lighting arrangement on tug/barge and use of searchlight — Similar fact evidence of two fishermen’s encounter with tug/barge at night in same vicinity played critical role in ultimate decision on liability — However, Trial Judge’s failure to make clear evaluation as to whether witnesses’ evidence logically probative constituting error in law and new trial ordered.*

A-45-98

**Le navire «Arctic Taglu», les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Arctic Taglu», le navire «Link 100», les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Link 100», Sea-Link Marine Services Ltd., Malcolm Bruce Brody et Gary McKrae (*appelants*)**

c.

**Birgit Kajat et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Transports (*intimées*)**

A-54-98

**Birgit Kajat (*demanderesse*) (*intimée*)**

c.

**Le navire «Arctic Taglu», les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Arctic Taglu», le navire «Link 100», Sea-Link Marine Services Ltd., Malcolm Bruce Brophy et Gary McKrae (*défendeurs*) (*intimés*)**

et

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Transports (*défenderesse*) (*appelante*)**

**RÉPERTORIÉ: KAJAT c. ARCTIC TAGLU (L’) (C.A.)**

Cour d’appel, juges Strayer, Sharlow et Malone, J.C.A.—Vancouver, 24, 25 et 26 janvier; Ottawa, 15 février 2000.

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Abordage en pleine nuit entre un bateau de pêche et un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland — Confusion possible due à la disposition des feux de signalisation sur le remorqueur et le chaland et à l’utilisation d’un projecteur — La preuve de faits similaires concernant l’expérience de deux pêcheurs qui avaient déjà croisé la nuit le remorqueur relié au chaland dans le même voisinage a joué un rôle crucial dans la décision finale sur la responsabilité — Toutefois, l’omission du juge de première instance d’évaluer clairement si le témoignage des pêcheurs était logiquement*



*Evidence — Similar fact evidence — Collision possibly caused by confusing use of lights by tug/barge combination — Fishermen testifying as to own experiences encountering said combination at night — Where similar fact evidence adduced in civil case to prove fact in issue, reversible error for Trial Judge not to determine whether evidence sufficiently probative to be admissible.*

The *Arctic Taglu/Link 100*, a tug pushing barge combination, struck the fishing vessel *Bona Vista*, owned by Ms. Kajat's husband, killing him and five others. The Trial Judge found that the lighting arrangement used by the tug/barge, on the instructions of the responsible officials of the Crown, was incorrect and confusing for mariners who had never encountered that vessel at night before. Its owners and operators had adopted a practice of using a searchlight, mounted on the tug, to play forward along the length of the barge when vessels coming towards it seemed uncertain as to what they were encountering. The Trial Judge found that the collision was caused by the operator using the searchlight the way he did immediately before the accident. The Trial Judge's findings were based in part on the critical evidence of two fishermen who had encountered the tug/barge at night in the area where the collision occurred and who testified as to the confusion caused by the use of the searchlight. The Trial Judge found that fault for the collision was to be apportioned 15% to Mr. Kajat and the remainder to the Sea-Link parties and the Crown. As between them, liability was severally apportioned 70%/30%. This was an appeal from that decision, the Sea-Link parties and the Crown appealing the apportionment of liability and the assessment of costs, Ms. Kajat cross-appealing the finding of liability and seeking an order of joint and several liability.

*Held*, the appeal should be allowed.

The fishermen's evidence was similar fact evidence. However, "where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will evidence have sufficient probative value to be admitted": *R. v. Arp*, [1998]

*proband constitue une erreur de droit et un nouveau procès a été ordonné.*

*Preuve — Preuve de faits similaires — Un abordage a pu être causé par la confusion créée par l'utilisation des lumières par un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland — Des pêcheurs ont témoigné relativement à leur propre expérience quand ils ont croisé le remorqueur-chaland la nuit — Lorsqu'une preuve de faits similaires est produite dans une affaire civile pour prouver un fait en litige, l'omission du juge de première instance de déterminer si la preuve était suffisamment probante pour être admissible constitue une erreur justifiant l'infirmité de sa décision.*

L'*Arctic Taglu/Link 100*, un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland, a frappé le bateau de pêche *Bona Vista*, propriété de l'époux de M<sup>me</sup> Kajat, ce qui a entraîné le décès de ce dernier et celui de cinq autres personnes. Le juge de première instance a conclu que les feux de signalisation du remorqueur-chaland, correspondant aux instructions d'éclairage des responsables officiels de la Couronne, n'étaient pas appropriés et créaient de la confusion pour les navigateurs qui n'avaient jamais croisé ce bâtiment la nuit. Ses propriétaires et opérateurs avaient pris l'habitude d'utiliser un projecteur, installé sur le remorqueur, pour éclairer le chaland sur toute la longueur à l'approche de bateaux qui ne semblaient pas savoir vers quoi ils se dirigeaient. Le juge de première instance a conclu que l'abordage avait été causé par la façon dont l'opérateur s'était servi du projecteur immédiatement avant l'accident. Les conclusions du juge de première instance se fondaient en partie sur le témoignage crucial de deux pêcheurs qui avaient déjà croisé le remorqueur-chaland la nuit près du lieu où l'abordage s'est produit et qui ont témoigné concernant la confusion créée par l'utilisation du projecteur. Le juge de première instance a conclu que la responsabilité de l'abordage devait être partagée à raison de 15 % pour M. Kajat et le reste entre les parties Sea-Link et la Couronne. Entre ces dernières, la responsabilité a été attribuée individuellement dans une proportion de 70 %/30 %. Il s'agit d'un appel de cette décision, les parties Sea-Link et la Couronne contestant le partage de responsabilité et l'évaluation des dépens, et M<sup>me</sup> Kajat contestant dans un appel incident la conclusion relative à la responsabilité et demandant une ordonnance concluant à une responsabilité solidaire.

*Jugement*: l'appel doit être accueilli.

La preuve déposée par les pêcheurs est une preuve de faits similaires. Toutefois, «lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l'improbabilité objective d'une coïncidence a été établie. Ce n'est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante

3 S.C.R. 339. It is essential in both civil and criminal cases to determine whether the similar fact evidence in issue is logically probative. The Trial Judge's failure to make a clear evaluation as to whether the evidence of each of these witnesses was logically probative constituted an error of law and a new trial had to be ordered.

pour être admissible»: *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339. Il est essentiel, dans une cause au civil, comme dans une affaire criminelle, de déterminer si la preuve de faits similaires en cause est logiquement probante. L'omission du juge de première instance d'évaluer clairement si le témoignage de chacun de ces témoins était logiquement probant constitue une erreur de droit et la Cour d'appel a dû ordonner la tenue d'un nouveau procès.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 526.11 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 78; S.C. 1996, c. 31, s. 98.  
*Collision Regulations*, C.R.C., c. 1416, Sch. I, RR. 23(a)(i),(ii),(iii),(iv), 24(b),(n) (as am. by SOR/83-202, s. 3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mood Music Publishing Co Ltd v De Wolfe Ltd*, [1976] 1 All ER 763 (C.A.); *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; (1998), 166 D.L.R. (4th) 296; [1999] 5 W.W.R. 545; 58 B.C.L.R. (3d) 18; 129 C.C.C. (3d) 321; 20 C.R. (5th) 1; 232 N.R. 317.

##### REFERRED TO:

*Edwards v. Ottawa River Navigation Co.* (1876), 39 U.C.Q.B. 264; *Lampert v. Simpson-Sears Ltd.* (1986), 75 N.B.R. (2d) 128 (C.A.); *Brown v. Eastern and Midlands Railway Company* (1889), 22 Q.B.D. 391 (C.A.); *Hales v. Kerr*, [1908] 2 K.B. 601.

APPEAL and cross-appeal from a Trial Division decision (*Kajat v. Ship Arctic Taglu* (1997), 135 F.T.R. 161; 145 F.T.R. 102) apportioning liability for a collision between a tug pushing barge combination and a fishing vessel. Appeal allowed and expedited new trial ordered.

#### APPEARANCES:

*Robert J. McDonell* for respondent/appellant Her Majesty the Queen.  
*W. Gary Wharton* for appellant/respondent Sea-Link.  
*D. Ross Clark* and *Diana L. Dorey* for respondent/cross-appellant Birgit Kajat.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985) ch. S-9, art. 526.11 (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 78; L.C. 1996, ch. 31, art. 98.  
*Règlement sur les abordages*, C.R.C., ch. 1416, annexe I, Règles 23a(i),(ii),(iii),(iv), 24b,n) (mod. par DORS/83-202, art. 3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mood Music Publishing Co Ltd v De Wolfe Ltd*, [1976] 1 All ER 763 (C.A.); *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; (1998), 166 D.L.R. (4th) 296; [1999] 5 W.W.R. 545; 58 B.C.L.R. (3d) 18; 129 C.C.C. (3d) 321; 20 C.R. (5th) 1; 232 N.R. 317.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Edwards v. Ottawa River Navigation Co.* (1876), 39 U.C.Q.B. 264; *Lampert c. Simpson-Sears Ltd.* (1986), 75 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 128 (C.A.); *Brown v. Eastern and Midlands Railway Company* (1889), 22 Q.B.D. 391 (C.A.); *Hales v. Kerr*, [1908] 2 K.B. 601.

APPEL et appel incident d'une décision de la Section de première instance (*Kajat c. Navire Arctic Taglu* (1997), 135 F.T.R. 161; 145 F.T.R. 102) partageant la responsabilité d'un abordage entre un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland et un bateau de pêche. L'appel est accueilli et un nouveau procès accéléré est ordonné.

#### ONT COMPARU:

*Robert J. McDonell*, pour l'intimée-appelante Sa Majesté la Reine.  
*W. Gary Wharton*, pour l'appelante-intimée Sea-Link.  
*D. Ross Clark* et *Diana L. Dorey*, pour l'intimée-contre appelante Birgit Kajat.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, for respondent/appellant Her Majesty the Queen.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, for appellant/respondent Sea-Link.  
*Davis & Company*, Vancouver, for cross-appellant/respondent Birgit Kajat.

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

[1] MALONE J.A.: This is an appeal from a Trial Division judgment [(1997), 135 F.T.R. 161; 145 F.T.R. 102] apportioning liability for a maritime collision that occurred on July 21, 1993, at approximately 2:43 a.m., near the eastern entrance to Active Pass in the Strait of Georgia. The *Arctic Taglu/Link 100*, a tug pushing barge combination owned by the Sea-Link parties, struck the *Bona Vista*, a 13.5 meter fishing vessel owned by Ms. Kajat's husband, Henryk Kajat. Mr. Kajat perished in the collision, as did five other people aboard the *Bona Vista*.

[2] The learned Trial Judge found that fault for the collision was to be apportioned 15% to Mr. Kajat and the remainder to the Sea-Link parties and the Crown. As between them, liability was severally apportioned 70%/30%. Ms. Kajat was awarded costs, including increased costs against the Sea-Link parties for their conduct at trial. The Sea-Link parties and the Crown appeal the apportionment of liability and the assessment of costs. Ms. Kajat cross-appeals the finding of liability and seeks an order of joint and several liability. All parties now are agreed that the liability, if any, should be joint and several.

[3] On the night of the collision, the *Bona Vista* was returning to Vancouver Harbour. Mr. Kajat had taken four visitors from Germany, together with his son, on a trip to the west coast of Vancouver Island. They left Vancouver on the evening of July 14, 1993. On the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, pour l'intimée-appelante Sa Majesté la Reine.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, pour l'appelante-intimée Sea-Link.  
*Davis & Company*, Vancouver, pour l'appelante-contre intimée Birgit Kajat.

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

[1] LE JUGE MALONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Section de première instance [(1997), 135 F.T.R. 161; 145 F.T.R. 102] qui partageait la responsabilité d'un abordage qui s'est produit le 21 juillet 1993, à environ 2 h 43, près de l'entrée est d'Active Pass, dans le détroit de Georgia. L'*Arctic Taglu/Link 100*, un ensemble remorqueur-pousseur avec chaland qui était la propriété des parties Sea-Link, a frappé le *Bona Vista*, un bateau de pêche de 13,5 mètres dont était propriétaire l'époux de M<sup>me</sup> Kajat, Henryk Kajat. M. Kajat est mort dans l'accident, de même que cinq autres personnes à bord du *Bona Vista*.

[2] Le juge de première instance a conclu que la responsabilité de l'abordage devait être partagée à raison de 15 % pour M. Kajat, et le reste entre les parties Sea-Link et la Couronne. Entre ces dernières, la responsabilité a été partagée individuellement dans une proportion de 70 %/30 %. Les dépens ont été adjugés en faveur de M<sup>me</sup> Kajat, qui a aussi eu droit à des dépens additionnels en raison de la conduite adoptée par les parties Sea-Link au procès. Les parties Sea-Link et la Couronne ont formé un appel contre ce partage de responsabilité et l'évaluation des dépens. Dans son appel incident, M<sup>me</sup> Kajat conteste la conclusion relative à la responsabilité et demande une ordonnance concluant à une responsabilité solidaire. Toutes les parties conviennent maintenant que la responsabilité, le cas échéant, doit être solidaire.

[3] La nuit de l'abordage, le *Bona Vista* revenait au port de Vancouver. Monsieur Kajat avait emmené quatre visiteurs d'Allemagne, ainsi que son fils, faire une excursion sur la côte ouest de l'île de Vancouver. Ils ont quitté Vancouver dans la soirée du 14

evening of July 19, 1993, Mr. Kajat telephoned his wife from Ucluelet to say that they had finished their trip, and providing the weather was good, she should expect them home the following evening. The *Arctic Taglu/Link 100* was en route from Vancouver Harbour to Schwartz Bay on Vancouver Island, on its regularly scheduled voyage. It normally left Vancouver Harbour around 11 p.m., Monday to Friday nights, arriving in Schwartz Bay approximately four and a half to five hours later. It would then unload, reload and return to Vancouver Harbour.

[4] On the night of the collision, the *Arctic Taglu* bore two white mast lights, one above the other, a red sidelight on its port side and a green sidelight on its starboard side. The *Link 100* bore a red side light on its port side and a green side light on its starboard side. That lighting arrangement was adopted on the instructions of the responsible officials of the defendant, the Crown.

[5] Those instructions were to follow the Towing and Pushing—International rule section of the *Collision Regulations*<sup>1</sup> based on the understanding that the *Arctic Taglu* and *Link 100* were not rigidly connected. However, the Trial Judge found that the *Arctic Taglu* and the *Link 100* were rigidly connected, and that the Canadian Modifications should have been applied instead of the International Rules. If that is true, the *Arctic Taglu* tug should have borne two masthead lights in a vertical line, sidelights and a sternlight. The *Link 100* barge should have borne a white light fore and aft and sidelights at the foward end.<sup>2</sup> The *Link 100* lacked white lights fore and aft.

[6] Prior to the collision, the *Arctic Taglu/Link 100* was travelling on a generally southward course toward the eastern entrance to Active Pass. Its normal course to Schwartz Bay would require a starboard turn into Active Pass. The *Bona Vista* had emerged from the eastern entrance to Active Pass, in a generally north-easterly direction. The *Bona Vista*'s normal course to Vancouver would have required it to turn northward

juillet 1993. Le soir du 19 juillet 1993, M. Kajat a téléphoné à son épouse de Ucluelet pour lui dire qu'ils avaient terminé leur excursion et que, si le temps était clément, ils seraient de retour le lendemain soir. L'*Arctic Taglu/Link 100* avait quitté le port de Vancouver vers 23 h, comme il le faisait habituellement du lundi au vendredi, pour se rendre à Schwartz Bay, dans l'île de Vancouver, où il arrivait environ quatre heures et demie à cinq heures plus tard. Après avoir déchargé sa cargaison et en avoir repris une autre, il repartait de nouveau pour le port de Vancouver.

[4] La nuit de l'abordage, l'*Arctic Taglu* montrait deux feux blancs de tête de mât superposés, un feu rouge à bâbord et un feu vert à tribord. Le *Link 100* avait un feu rouge à bâbord et un feu vert à tribord. Ces feux correspondaient aux instructions d'éclairage des fonctionnaires responsables de la défenderesse, la Couronne.

[5] Ces instructions avaient été données par les responsables, qui croyaient que l'*Arctic Taglu* et le *Link 100* n'étaient pas liés par un raccordement rigide, pour assurer la conformité à la section Remorquage et poussage—Internationale de la règle internationale énoncée dans le *Règlement sur les abordages*<sup>1</sup>. Toutefois, le juge de première instance a conclu que l'*Arctic Taglu* et le *Link 100* étaient liés par un raccordement rigide, et que ce sont les Modifications canadiennes qui auraient dû être appliquées au lieu des règles internationales. Si cela est exact, le remorqueur *Arctic Taglu* aurait dû montrer deux feux de tête de mât superposés, des feux de côté et un feu de poupe. Le chaland *Link 100* aurait dû montrer un feu blanc à l'avant et à l'arrière et des feux de côté à son extrémité avant<sup>2</sup>. Le *Link 100* n'avait de feux blancs ni à l'avant, ni à l'arrière.

[6] Avant l'abordage, l'*Arctic Taglu/Link 100* se déplaçait vers le sud en direction de l'entrée est d'Active Pass. Son cap normal pour Schwartz Bay l'obligerait à virer à tribord à Active Pass. Le *Bona Vista* venait de sortir de l'entrée est d'Active Pass, se déplaçant en direction nord-est. La route normale du *Bona Vista* vers Vancouver l'aurait obligé à virer à bâbord (vers le nord) après avoir dépassé Active Pass.

(to port) once clear of Active Pass. For some minutes before the collision, the *Bona Vista* appeared on the starboard side of the *Arctic Taglu/Link 100*.

[7] The collision occurred when, as the two vessels were approaching each other, the *Bona Vista* suddenly made an abrupt turn to port across the bow of the *Link 100*. The *Bona Vista* was struck amidship on its starboard side by the bow of the *Link 100* and rolled underneath the barge.

[8] The Trial Judge found that the lighting arrangement used by the *Arctic Taglu/Link 100* was confusing for mariners who had never encountered that vessel at night before, and as a result its owners and operators had adopted a practice of using a searchlight, mounted on the tug, to play forward along the length of the barge when vessels coming towards it seemed uncertain as to what they were encountering.<sup>3</sup> The Trial Judge also found that if the tug/barge combination been lit as a composite unit, it would have been immediately recognizable by mariners, as a single vessel of large size.<sup>4</sup> Implicitly, this is a finding that the correct lighting on the *Arctic Taglu/Link 100* would have avoided confusion by approaching mariners.

[9] Mr. McKrae, the mate on the *Arctic Taglu/Link 100*, was the only witness to the accident still alive. He was the only person in the wheelhouse of the *Arctic Taglu* at the time of the accident. The Trial Judge found the evidence he gave at trial and on discovery was unreliable in some respects. Mr. McKrae said he did not discuss the accident with Mr. Brown, President of Sea-Link Marine Services Ltd., shortly after it occurred, but the Trial Judge did not believe him.

[10] Mr. Brown's evidence was that Mr. McKrae reported to him shortly after the incident that he had made two relatively small course alterations to starboard, totalling about 10 degrees, just before the accident. In response to these alterations the fish boat,

Quelques minutes avant l'abordage, le *Bona Vista* est apparu à tribord de l'*Arctic Taglu/Link 100*.

[7] L'abordage s'est produit quand, au moment où les deux bateaux approchaient l'un de l'autre, le *Bona Vista* a soudainement et abruptement viré et s'est retrouvé à bâbord en travers de la proue du *Link 100*. Le *Bona Vista* a été frappé en plein milieu à tribord par la proue du *Link 100* et il est passé sous le chaland.

[8] Le juge de première instance a conclu que vu que les feux de signalisation de l'*Arctic Taglu/Link 100* créaient de la confusion pour les navigateurs qui n'avaient jamais rencontré ce bâtiment la nuit, ses propriétaires et opérateurs avaient pris l'habitude d'utiliser un projecteur, installé sur le remorqueur, pour éclairer le chaland sur toute sa longueur à l'approche de bateaux qui ne semblaient pas savoir vers quoi ils se dirigeaient<sup>3</sup>. Le juge de première instance a également conclu que si le remorqueur et le chaland liés l'un à l'autre avaient montré les feux de signalisation d'une unité composite, les navigateurs auraient immédiatement su qu'il s'agissait d'un navire unique de grandes dimensions<sup>4</sup>. Implicitement, cela signifie qu'une signalisation adéquate sur l'*Arctic Taglu/Link 100* aurait évité de créer de la confusion chez les navigateurs s'approchant d'eux.

[9] M. McKrae, le second de l'*Arctic Taglu/Link 100*, est le seul témoin vivant de cet accident. Il était seul dans la timonerie de l'*Arctic Taglu* au moment de l'abordage. Le juge de première instance a conclu que son témoignage au procès et à l'étape de l'interrogatoire préalable n'était pas digne de foi à plusieurs égards. M. McKrae a déclaré qu'il n'avait pas discuté de l'accident avec M. Brown, président de Sea-Link Marine Services Ltd., peu après que celui-ci s'est produit, mais le juge de première instance ne l'a pas cru.

[10] Dans son témoignage, M. Brown a déclaré que M. McKrae lui avait dit peu après l'accident qu'il avait légèrement modifié son cap à tribord à deux reprises, d'environ 10 degrés au total, juste avant l'abordage. Par suite de ces légers changements de

the *Bona Vista*, just kept coming. Mr. Brown's evidence on discovery was that:

It appeared to Mr. McKrae that the fish boat was going to safely pass down his port side. When the fish boat was in the—or just—prior to the fish boat getting immediately forward and to port of the "Link 100". He shone the searchlight over the barge to show the barge and the cargo on it, which helps other vessels see what's there and what's coming, and that's a practice that has been used ever since we went into operation, help illuminate it. He did that. And immediately after that the "Bona Vista", who was now immediately off our port bow, swung across the bow of the "LINK 100", and the collision occurred.

Q Did Mr. McKrae tell you how far apart they were going to be when they passed?

A He figured at somewhere probably in the order of 100 feet-plus, as I recall.<sup>5</sup>

...

Q And did you ask him about any changes in his speed?

A I'd asked him if he slowed down and he said, no, he hadn't until the "BONA VISTA" made the manoeuvre that put him directly in front of the barge.

Q Did you ask him the time lapse between when he shone his searchlight down the barge and the "BONA VISTA" changing its course?

A Not specifically, but I gather it was in very close proximity to one another.

Q What did you gather that from?

A The fact that he told me that he had turned the searchlight on and shone it on the barge and it was very shortly after that the "BONA VISTA" made its course change and pulled up in front of the barge.<sup>6</sup>

[11] Searchlights are often used to attract another vessel's attention to impending danger. In her reasons for judgment the Trial Judge concluded that the tragedy was caused by the operator of the *Arctic Taglu/Link 100* using the searchlight to pan forward, up and down the length of the port side of the *Link 100* when the *Bona Vista* was close and approaching on a path that would pass the *Arctic Taglu/Link 100*

cap, le bateau de pêche *Bona Vista* a continué d'avancer. À l'étape de l'interrogatoire préalable, M. Brown a déclaré:

[TRADUCTION] Monsieur McKrae a cru que le bateau de pêche passerait en toute sécurité à bâbord. Quand le bateau de pêche était—ou juste—avant que le bateau de pêche continue d'avancer tout droit et ensuite à bâbord du «Link 100». Il a allumé le projecteur pour éclairer le chaland et la cargaison, ce qui d'habitude aide les autres navires à voir le bâtiment qui approche, et c'est une pratique qui est utilisée depuis que nous sommes en exploitation et qui aide à voir le chaland. C'est ce qu'il a fait. Et tout de suite après, le «Bona Vista», qui se trouvait alors bâbord avant, a viré en travers de la proue du «LINK 100» et c'est à ce moment-là que l'abordage s'est produit.

Q. Monsieur McKrae vous a-t-il dit à quelle distance les deux bâtiments seraient l'un de l'autre quand ils se croiseraient?

R. Il a estimé que la distance serait probablement de 100 pieds et plus, si je me souviens bien<sup>5</sup>.

[. . .]

Q. Et lui avez-vous demandé s'il avait modifié sa vitesse?

R. Je lui ai demandé s'il avait ralenti et il m'a répondu non, pas tant que le «BONA VISTA» n'a pas fait la manoeuvre qui l'a placé directement devant le chaland.

Q. Lui avez-vous demandé combien de temps s'était écoulé entre le moment où il a balayé le chaland avec le faisceau du projecteur et le changement de cap du «BONA VISTA»?

R. Pas précisément, mais je crois comprendre qu'ils étaient très proches l'un de l'autre.

Q. Qu'est-ce qui vous fait penser cela?

R. Il m'a dit qu'il avait allumé le projecteur pour éclairer le chaland et c'est très peu de temps après que le «BONA VISTA» a changé de cap et s'est retrouvé en face du chaland<sup>6</sup>.

[11] Les projecteurs sont souvent utilisés pour signaler un danger imminent à un autre bateau. Dans ses motifs, le juge de première instance a conclu que la tragédie avait été causée par l'opérateur de l'*Arctic Taglu/Link 100* qui s'est servi du projecteur pour éclairer le *Link 100* à bâbord de haut en bas et d'avant en arrière quand le *Bona Vista* se trouvait à proximité et suivait un cap qui lui aurait permis de croiser

on its port side. She concluded that the searchlight would have been perceived by the *Bona Vista* as signalling an unseen danger on the port side of the *Arctic Taglu/Link 100*, ahead of the *Bona Vista*, causing the *Bona Vista* to turn abruptly to port to attempt to avoid the danger.<sup>7</sup> As already indicated, liability of 15% was attributed to Mr. Kajat.

[12] In further apportioning liability between the Sea-Link parties and the Crown, the Trial Judge concluded that the failure of Coast Guard officials, specifically Captain Keeper, to adequately investigate whether or not the *Arctic Taglu/Link 100* constituted a composite unit, in its pushing mode, was a significant contributing factor to the accident. Mr. Brown of Sea-Link's less than candid representations to Captain Keeper also played a role. The misinterpretation by another Coast Guard employee, Mr. Wade, of the lighting requirements for barges being pushed by tugs and the alleged non-application of the Canadian Modifications likely also played some role in the collision, according to the Trial Judge.<sup>8</sup>

[13] During the course of the trial, counsel for Ms. Kajat called two commercial fishermen, David Kaverek and Andrew Parkin, to relate their experiences in encountering the *Arctic Taglu/Link 100* at night near Active Pass. Neither had been discovered nor had witness statements been provided in advance of their testimony. Counsel for the Sea-Link parties referred to them at trial as the "mystery witnesses" because he did not know what their evidence would be.

[14] At trial, counsel for the Sea-Link defendants objected to their testimony being admitted by challenging its relevance and its nexus to the case at bar. Counsel for the Crown took no objection on the admissibility issue. Counsel for the plaintiff compared their testimony to evidence led in other negligence cases to show that premises were dangerous. It was urged that this was not similar fact evidence intended

*l'Arctic Taglu/Link 100* à bâbord. Elle a conclu que le *Bona Vista* a dû croire que ce projecteur était utilisé pour lui signaler un danger qu'il n'avait pas vu à bâbord de *l'Arctic Taglu/Link 100*, et qui se trouvait juste devant lui, ce qui a amené le pilote du *Bona Vista* à virer brusquement à bâbord pour essayer d'éviter le danger<sup>7</sup>. Comme on l'a déjà indiqué, une responsabilité de 15 % a été attribuée à M. Kajat.

[12] En répartissant le reste de la responsabilité entre les parties Sea-Link et la Couronne, le juge de première instance a conclu que l'omission des responsables de la Garde côtière, plus précisément celle du capitaine Keeper, de faire les vérifications nécessaires pour déterminer si *l'Arctic Taglu/Link 100* constituait une unité composite, en mode de poussage, a contribué de façon importante à l'accident. Les déclarations moins qu'honnêtes de M. Brown de Sea-Link au capitaine Keeper ont également compté. La mauvaise interprétation par un autre employé de la Garde côtière, M. Wade, des exigences en matière de signalisation pour les chalands qui sont poussés par des remorqueurs et la non-application alléguée des modifications canadiennes ont probablement aussi joué un certain rôle dans cet accident, selon le juge de première instance<sup>8</sup>.

[13] Au cours du procès, l'avocat de M<sup>me</sup> Kajat a appelé à la barre deux pêcheurs commerciaux, David Kaverek et Andrew Parkin, afin qu'ils viennent raconter l'expérience qu'ils avaient déjà vécu en croisant *l'Arctic Taglu/Link 100* la nuit près d'Active Pass. Aucun de ces témoins n'avait fait l'objet d'un interrogatoire préalable ni fait de déclaration avant de venir déposer. Au cours du procès, l'avocat des parties Sea-Link a qualifié ces témoins de «témoins mystères», parce qu'il ne savait pas ce qu'ils diraient dans leurs témoignages.

[14] Au procès, l'avocat des défendeurs Sea-Link s'est opposé à ce que leurs témoignages soient admis en preuve en contestant la pertinence et le lien avec l'espèce. L'avocat de la Couronne n'a pas soulevé d'objection sur la question de l'admissibilité en preuve. L'avocat de la demanderesse a comparé leurs témoignages à la preuve déposée dans d'autres actions en négligence afin de démontrer qu'une situation était

to demonstrate what happened on the night in question but rather circumstantial evidence of a dangerous practice because of the way the *Arctic Taglu*'s use of the search light was interpreted by oncoming vessels. In the case of Parkin the Court admitted the evidence subject to weight while for Kaverek the ruling was to hear the evidence and argue admissibility later.

[15] David Kaverek testified about an occurrence in August of 1992 while Andrew Parkin gave evidence as to his experience on August 12, 1994. Each of them described an incident in which they were operating a small fishing boat, leaving the east entrance to Active Pass at night, when they encountered the *Arctic Taglu/Link 100*, engaging its search light on its port side. Both interpreted that use of the searchlight as a signal that there was a danger on the port side of that vessel; resulting in their both making an abrupt turn to port, full throttle ahead, across the bow of the *Arctic Taglu/Link 100*.

[16] The Trial Judge accepted their testimony as evidence that demonstrated that experienced mariners could interpret the use of the searchlight by the *Arctic Taglu/Link 100* as a signal that danger lay ahead on its port side and also to explain what would otherwise be seen as an irrational decision by the *Bona Vista* in turning to port at close quarters in front of the *Arctic Taglu/Link 100*.

[17] This was critical evidence, as the ultimate finding of liability was that this tragedy was caused by the operator of the *Arctic Taglu/Link 100* using its searchlight to pan forward, up and down the length of the port side of the *Link 100* when the *Bona Vista* was close and approaching along that side.

[18] On appeal all of the defendant parties took the position that the Trial Judge erred in admitting and

dangereuse. Il a fait valoir qu'il ne s'agissait pas d'une preuve de faits similaires ayant pour but de démontrer ce qui s'était produit la nuit en question, mais plutôt d'une preuve circonstancielle d'une pratique dangereuse en raison de la façon dont les navires venant en sens inverse interprétaient l'utilisation du projecteur faite par l'*Arctic Taglu*. Dans le cas de Parkin, la Cour a admis son témoignage sous réserve de son importance, alors que dans le cas de Kaverek, elle a décidé d'entendre le témoignage et de se prononcer ultérieurement sur son admissibilité.

[15] David Kaverek a raconté un incident qui s'est produit en août 1992, alors qu'Andrew Parkin a relaté son expérience du 12 août 1994. Chacun d'eux a décrit un incident au cours duquel, alors qu'ils pilotaient un petit bateau de pêche à la sortie de l'entrée est d'Active Pass la nuit, ils ont rencontré l'*Arctic Taglu/Link 100*, qui a allumé son projecteur à bâbord. Les deux témoins ont vu dans cette utilisation du projecteur le signal d'un danger à bâbord du bâtiment; par conséquent, ils ont tous deux mis les moteurs à pleine puissance et viré brusquement à bâbord, pour se retrouver en travers de la proue de l'*Arctic Taglu/Link 100*.

[16] Le juge de première instance a accepté leurs témoignages comme une preuve qui établissait que des navigateurs expérimentés pouvaient interpréter l'utilisation du projecteur par l'*Arctic Taglu/Link 100* comme un signal qu'il y avait un danger à bâbord et également pour expliquer ce qui pourrait autrement être considéré comme une décision irrationnelle du pilote du *Bona Vista* qui a viré à bâbord alors qu'il était en situation très rapprochée à l'avant de l'*Arctic Taglu/Link 100*.

[17] Ces témoignages sont essentiels, en raison de la conclusion finale en matière de responsabilité, selon laquelle cette tragédie a été causée par le pilote de l'*Arctic Taglu/Link 100* qui a utilisé son projecteur pour balayer à la verticale et à l'horizontale le côté bâbord du *Link 100* alors que le *Bona Vista* s'approchait.

[18] En appel, toutes les parties défenderesses ont déclaré que le juge de première instance avait fait



relying on this testimony because of the lack of notice<sup>9</sup> and because the other two encounters were sufficiently dissimilar so as to have no probative value.<sup>10</sup>

[19] Counsel for Ms. Kajat argued, as he had at trial, that the testimony of Mr. Kaverek and Mr. Parkin was circumstantial evidence, capable of proving that the searchlight practice adopted by the *Arctic Taglu/Link 100* had a tendency to create a dangerous situation because oncoming vessels interpreted it as a signal of impending and unseen danger. Their testimony was compared to evidence of other incidents in slip and fall cases offered to show the condition of flooring and its tendency to cause accidents.<sup>11</sup> Counsel for Ms. Kajat changed his position on appeal arguing in the alternative that if it was similar fact evidence, it was admissible by analogy to the similar fact evidence relied on in other cases to prove that previous incidents have occurred as a result of the state of a physical object, including its effect on others.<sup>12</sup>

[20] We do not accept that this evidence can be characterized as circumstantial evidence admitted to show the tendency of a physical object to produce a certain result. The cases in support of that proposition refer to instances where static physical dangers such as a slippery floor or a heap of earth beside an unlit public highway led to earlier incidents. In the case before us the evidence in issue concerns the movement of the *Arctic Taglu/Link 100* searchlight and its effect on approaching mariners.

[21] This is similar fact, sometimes referred to as similar act evidence. It is admissible in civil cases:

... if it is logically probative, that is if it is logically relevant in determining the matter which is in issue; provided that it is not oppressive or unfair to the other side; and also that the other side has fair notice of it and is able to deal with it.<sup>13</sup>

erreur en admettant ces témoignages et en s'appuyant sur eux, vu l'absence de préavis<sup>9</sup> et vu que les deux autres incidents étaient suffisamment différents pour n'avoir aucune valeur probante<sup>10</sup>.

[19] L'avocat de M<sup>me</sup> Kajat a fait valoir, comme il l'avait fait au procès, que les témoignages de M. Kaverek et de M. Parkin étaient une preuve circonstancielle susceptible d'établir que l'utilisation du projecteur par l'*Arctic Taglu/Link 100* avait tendance à créer une situation dangereuse parce que les bateaux venant en sens inverse pouvaient interpréter ce geste comme un signal d'un danger imminent qu'ils ne pouvaient déceler. Leurs témoignages ont été comparés à la preuve d'autres incidents dans des cas de chute, preuve qui est offerte pour démontrer l'état du revêtement de sol et sa tendance à causer des accidents<sup>11</sup>. L'avocat de M<sup>me</sup> Kajat a modifié sa position en appel en faisant valoir, subsidiairement, que s'il s'agissait d'une preuve de faits similaires, elle était admissible par analogie à la preuve de faits similaires sur laquelle on s'appuie dans d'autres causes pour établir que des incidents se sont produits antérieurement en raison de l'état d'un objet physique, notamment de son effet sur autrui<sup>12</sup>.

[20] Nous n'acceptons pas que ces témoignages puissent être qualifiés de preuve circonstancielle ayant pour but de démontrer la tendance d'un objet physique à produire un certain résultat. Les causes citées à l'appui de cette proposition renvoient à des cas où des dangers physiques statiques, comme un plancher glissant ou un tas de terre près d'une route publique non éclairée, avaient causé antérieurement des accidents. Dans l'affaire dont nous sommes saisis, la preuve en cause concerne le mouvement du projecteur de l'*Arctic Taglu/Link 100* et son effet sur les navigateurs venant en sens inverse.

[21] Il s'agit d'un fait similaire, que l'on qualifie parfois de preuve de faits similaires. Elle est admissible dans les affaires au civil:

[TRADUCTION] [. . .] si elle peut être logiquement probante, c'est-à-dire si elle est logiquement pertinente pour trancher la question litigieuse; à condition qu'elle ne soit pas abusive ou injuste pour l'autre partie, et aussi à condition que l'autre partie en ait un préavis raisonnable et soit en mesure de la réfuter<sup>13</sup>.

[22] While we accept that no advance notice of this evidence was given, we are not persuaded that the lack of notice by itself establishes that its admission was unfair or oppressive. The object of notice is to ensure that the opposing party has a fair opportunity to investigate the incidents that are alleged to be similar, to prepare for cross-examination and, where warranted, to adduce contrary evidence. No objection was taken at trial to the absence of notice, and no attempt was made to delay or adjourn the trial to give the defendants additional preparation time. There is no reason to believe that the Trial Judge would have failed to give such additional time if it had been requested. It is now too late for the defendants to complain of lack of notice.

[23] The question of whether the evidence was logically probative gives us more concern. The Supreme Court of Canada, *in obiter*, per Cory J., has recently decided that:

... where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted.<sup>14</sup> [Emphasis added.]

[24] While that evaluation was referred to in a criminal case, in our view, it is equally essential in civil cases to determine whether the similar fact evidence in issue is logically probative (following the reasoning in *Mood Music Publishing Co Ltd v De Wolfe Ltd*).<sup>15</sup> This is especially so in cases where the evidence sought to be adduced involves the manipulation of equipment by human operators such as different crews aboard a vessel.<sup>16</sup>

[25] As stated earlier, after the objection as to the admissibility of Mr. Parkin's testimony was raised, the Trial Judge ruled that the evidence would be heard and given the weight it deserves.<sup>17</sup> After the objection to Mr. Kaverek's testimony,<sup>18</sup> the Trial Judge ruled that the evidence would be heard and the issue of

[22] Même si nous acceptons qu'aucun préavis n'a été donné de ces témoignages, nous ne sommes pas convaincus que cette omission en soi prouve que leur admission en preuve a été injuste ou abusive. Le préavis a pour but d'assurer que la partie adverse a une possibilité raisonnable de faire enquête sur les incidents qui, selon les allégations, sont similaires, de préparer le contre-interrogatoire et, lorsque cela est justifié, de produire une preuve contraire. Au procès, aucune objection n'a été soulevée concernant l'absence de préavis, et l'avocat n'a pas non plus demandé d'ajournement pour donner aux défendeurs plus de temps pour se préparer. Il n'y a pas de raison de croire que le juge de première instance aurait refusé d'accorder ce délai supplémentaire si on le lui avait demandé. Il est maintenant trop tard pour les défendeurs de se plaindre de l'absence de préavis.

[23] La question de savoir si la preuve était logiquement probante pose plus de difficultés. Dans une remarque incidente, le juge Cory de la Cour suprême du Canada, a récemment décidé:

[...] lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l'improbabilité objective d'une coïncidence a été établie. Ce n'est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible<sup>14</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[24] Bien que l'on ait fait état de cette appréciation dans une affaire criminelle, nous sommes d'avis qu'elle est également essentielle dans les causes au civil pour déterminer si la preuve de faits similaires en cause est logiquement probante (suivant le raisonnement énoncé dans *Mood Music Publishing Co Ltd v De Wolfe Ltd*)<sup>15</sup>. Cela est particulièrement vrai dans des cas où la preuve que l'on cherche à produire porte sur la manipulation de matériel par des êtres humains, par exemple par différents membres d'équipage à bord d'un navire<sup>16</sup>.

[25] Comme nous l'avons dit précédemment, après que l'objection concernant l'admissibilité du témoignage de M. Parkin eut été soulevée, le juge de première instance a conclu que le témoignage serait entendu et qu'elle lui accorderait l'importance qu'il méritait<sup>17</sup>. Après l'objection concernant le témoignage

admissibility argued later.<sup>19</sup> The question we must decide is whether her reliance on the evidence, without more, is sufficient to establish that she determined that the evidence was logically probative, or as Cory J. said, that “the objective improbability of coincidence has been established”.<sup>20</sup>

[26] Clearly in the case of Parkin there was no such evaluation as the objection and ruling took place before any substantive evidence was heard. In the case of Kaverek, while her reliance on the evidence in question may imply that she considered it to be sufficiently probative to be admissible, we are unable to conclude from the record that she made a specific determination to that effect. The failure to make a clear evaluation as to whether the evidence of each of these witnesses was logically probative constitutes an error in law.

[27] It bears repeating that this evidence played a critical role in the ultimate decision on liability. Without it there would be no factual basis at all for the conclusion that the *Arctic Taglu's* use of the search light was a cause of the collision. In these circumstances we must reluctantly allow the defendants' appeals and order an expedited new trial.

[28] All parties will bear their own costs throughout as the Crown did not object to the admissibility of this similar fact testimony at trial and the argument by the Sea-Link parties on this issue was not well developed in the court below.

STRAYER J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

de M. Kaverek<sup>18</sup>, le juge de première instance a statué que le témoignage serait entendu et la question de son admissibilité débattue ultérieurement<sup>19</sup>. La question que nous devons trancher est de savoir si le fait qu'elle s'est fiée à ces témoignages, sans plus, est suffisant pour établir qu'elle a conclu que la preuve était logiquement probante, ou, selon les propos du juge Cory, si «l'improbabilité objective d'une coïncidence a été établie»<sup>20</sup>.

[26] Il est clair dans le cas de Parkin qu'aucune appréciation de ce genre n'a été faite, vu que l'objection a été soulevée et la décision prise avant que le témoignage de fond n'ait été entendu. Dans le cas de Kaverek, bien que le fait qu'elle s'est appuyée sur le témoignage en question puisse implicitement signifier qu'elle a considéré ce témoignage comme suffisamment probant pour être admissible, nous sommes dans l'impossibilité de conclure d'après le dossier qu'elle a pris une décision expresse à cet effet. L'omission d'évaluer clairement si le témoignage de chacun de ces témoins était logiquement probant constitue une erreur de droit.

[27] Il convient de répéter que ces témoignages ont joué un rôle essentiel dans la décision finale concernant la responsabilité. Sans eux, il n'y a pas de fondement factuel pour conclure que l'utilisation par l'*Arctic Taglu* de son projecteur a été la cause de l'abordage. Dans ces circonstances, c'est à regret que nous devons accueillir les appels des défendeurs et ordonner la tenue d'un nouveau procès accéléré.

[28] Toutes les parties assumeront leurs propres dépens dans toutes les instances étant donné que la Couronne ne s'est pas opposée à l'admissibilité de cette preuve de faits similaires au procès et que l'argument des parties Sea-Link sur ce point n'avait pas bien été débattu devant le tribunal de juridiction inférieure.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

<sup>1</sup> C.R.C., c. 1416, as amended by SOR/78-528, SOR/79-238, SOR/80-742, SOR/81-831, SOR/83-202, SOR/85-397, SOR/87-25, SOR/88-10, SOR/88-322, SOR/90-702, SOR/91-

<sup>1</sup> C.R.C., ch. 1416, modifié par DORS/78-528, DORS/79-238, DORS/80-742, DORS/81-831, DORS/83-202, DORS/85-397, DORS/87-25, DORS/88-10, DORS/88-322,

275, SOR/93-112, promulgated pursuant to s. 562.11 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 78; S.C. 1996, c. 31, s. 98].

<sup>2</sup> *Collision Regulations*, RR. 23(a)(i) and (iv), 24(b),(n) [as am. by SOR/83-202, s. 3]; agreed statement of Facts, para. 46.

<sup>3</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 25.

<sup>4</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 15.

<sup>5</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 28.

<sup>6</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 29.

<sup>7</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 34.

<sup>8</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 34.

<sup>9</sup> *Mood Music Publishing Co Ltd v De Wolfe Ltd*, [1976] 1 ALL ER 763 (C.A.).

<sup>10</sup> *Edwards v. Ottawa River Navigation Co.* (1876), 39 U.C.Q.B. 264.

<sup>11</sup> *Lampert v. Simpson-Sears Ltd.* (1986), 75 N.B.R. (2d) 128 (C.A.); *Brown v. Eastern and Midlands Railway Company* (1889), 22 Q.B.D. 391 (C.A.).

<sup>12</sup> *Hales v. Kerr*, [1908] 2 K.B. 601.

<sup>13</sup> *Supra*, note 9, at p. 766.

<sup>14</sup> *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at p. 367.

<sup>15</sup> *Supra*, note 9.

<sup>16</sup> *Supra*, note 10.

<sup>17</sup> Trial transcript, Vol. 4, at pp. 441-444.

<sup>18</sup> Trial transcript, Vol. 4, at pp. 474-478.

<sup>19</sup> Trial transcript, Vol. 4, at p. 481.

<sup>20</sup> *Supra*, note 14.

DORS/90-702, DORS/91-275, DORS/93-112, promulgué en vertu de l'art. 562.11 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 78; L.C. 1996, ch. 31, art. 98].

<sup>2</sup> *Règlement sur les abordages*, Règles 23a)(i) et (iv), 24b),(n) [mod. par DORS/83-202, art. 3]; énoncé conjoint des faits, par. 46.

<sup>3</sup> Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 25.

<sup>4</sup> Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 15.

<sup>5</sup> Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 28.

<sup>6</sup> Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 29.

<sup>7</sup> Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 34.

<sup>8</sup> Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 34.

<sup>9</sup> *Mood Music Publishing Co Ltd v De Wolfe Ltd*, [1976] 1 ALL ER 763 (C.A.).

<sup>10</sup> *Edwards v. Ottawa River Navigation Co.* (1876), 39 U.C.Q.B. 264.

<sup>11</sup> *Lampert c. Simpsons-Sears Ltd.* (1986), 75 R.N.-B. (2<sup>e</sup> 128) (C.A.); *Brown v. Eastern and Midlands Railway Company* (1889), 22 Q.B.D. 391 (C.A.).

<sup>12</sup> *Hales v. Kerr*, [1908] 2 K.B. 601.

<sup>13</sup> Précité, note 9, à la p. 766.

<sup>14</sup> *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, à la p. 367.

<sup>15</sup> *Supra*, note 9.

<sup>16</sup> *Supra*, note 10.

<sup>17</sup> Transcription du procès, vol. 4, aux p. 441 à 444.

<sup>18</sup> Transcription du procès, vol. 4, aux p. 474 à 478.

<sup>19</sup> Transcription du procès, vol. 4, à la p. 481.

<sup>20</sup> *Supra*, note 14.

IMM-5626-98

**Zamal Ahamad** (*Applicant*)

v.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**INDEXED AS: AHAMAD v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**

Trial Division, Lemieux J.—Montréal, September 30, 1999; Ottawa, February 25, 2000.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Abandonment of refugee claim — Applicant failing to appear at refugee claim hearing — Counsel invoking medical reasons, presenting doctor's certificates — CRDD denying adjournment, determining refugee claim abandoned — CRDD could not have reasonably concluded claim abandoned.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Standard of review — Applicant failing to appear at refugee claim hearing — Counsel invoking medical reasons, presenting doctor's certificates — CRDD denying adjournment, determining refugee claim abandoned — Applying standard of review in Baker v. Canada and Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., CRDD decision unreasonable.*

Three days before the hearing of his refugee claim before the CRDD, the applicant went to the hospital, complaining of chest pains. The medical certificate he obtained stated that he should return to work one week later. He was given a further hospital appointment for the same morning as his refugee hearing. The lawyer handling his refugee claim told him to keep this appointment and that he would seek an adjournment from the CRDD. The adjournment request was denied, but counsel did not advise his client of the refusal. The lawyer appeared on the hearing date, but the CRDD decided to hold an abandonment hearing at which the medical certificates (two additional medical certificates were filed at the abandonment hearing) were found insufficient to justify the failure to appear and the claim was declared to have been abandoned. This was an application for judicial review of that decision. The only issue considered was whether it was unreasonable.

IMM-5626-98

**Zamal Ahamad** (*demandeur*)

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)**RÉPERTORIÉ: AHAMAD c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**Section de première instance, juge Lemieux—  
Montréal, 30 septembre 1999; Ottawa, 25 février 2000.

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Désistement d'une revendication du statut de réfugié — Demandeur qui omet de se présenter à l'audition de sa revendication du statut de réfugié — L'avocat invoque des raisons médicales, présente des certificats de médecin — La SSR refuse d'ajourner l'audition et statue que le demandeur s'est désisté de sa revendication — La SSR ne pouvait raisonnablement conclure que le demandeur s'était désisté de sa revendication.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Norme de contrôle — Demandeur qui omet de se présenter à l'audition de sa revendication du statut de réfugié — L'avocat invoque des raisons médicales, présente des certificats de médecin — La SSR refuse d'ajourner l'audition et statue que le demandeur s'est désisté de sa revendication — Appliquant la norme de contrôle de Baker c. Canada, et Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., la Cour statue que la décision de la SSR était déraisonnable.*

Trois jours avant l'audition de sa revendication du statut de réfugié devant la SSR, le demandeur s'est rendu à l'hôpital, car il éprouvait des douleurs thoraciques. Le certificat médical qu'il a obtenu mentionnait qu'il devait retourner au travail une semaine plus tard. Il a obtenu un autre rendez-vous à l'hôpital le même jour auquel l'audition de sa revendication du statut de réfugié devait débiter. L'avocat qu'il avait chargé de s'occuper de sa revendication du statut de réfugié lui a dit de conserver son rendez-vous médical. Il a ajouté qu'il s'occuperait de la question de l'audition en demandant un ajournement à la SSR. La demande d'ajournement a été rejetée, mais l'avocat n'en a pas informé son client. L'avocat s'est présenté à l'audition à la date prévue, mais la SSR a décidé de tenir une audience sur le désistement, à laquelle il a été conclu que les certificats médicaux (deux autres certificats médicaux ont été déposés à l'audience sur le désistement) n'étaient pas suffisants pour justifier l'omission du demandeur de se présenter à l'audition et que ce dernier s'était désisté de sa revendication. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision. La seule question litigieuse qui a été examinée est celle de savoir si cette décision était déraisonnable.

*Held*, the application should be allowed.

Guidance as to the standard of review applicable to discretionary decisions such as the present one was found in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. In that case, the Supreme Court of Canada has integrated the substantive aspects of discretionary decisions into the “well-known practical and functional approach”—the creation of a spectrum with certain decisions being entitled to more deference, and others to less. Rather than classifying decisions as discretionary or non-discretionary, such an approach requires taking into account considerations such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision, the language of the provisions and the surrounding legislation. Taking these into account, the appropriate standard of review of the CRDD’s decision (of mixed law and fact) was one of reasonableness *simpliciter*.

In the case at bar, the most important factor was the nature of the decision: the determination that a refugee claim was abandoned for failure to appear. Such a decision has quite profound consequences for the claimant and had to be subjected to serious scrutiny.

The CRDD decision was unreasonable and could not stand because: (1) relevant factors had not been considered; (2) evidence was ignored; and (3) the reasons given did not stand up to a somewhat probing examination. The CRDD did not ask itself the right question: whether in all of the circumstances and taking into account all relevant facts, the applicant’s behaviour evidenced, in clear terms, a wish or intention not to proceed with his claim. Nor was there any basis for the conclusion that there were no medical reasons why the applicant could not testify and that the hearing should not be postponed. The CRDD ignored a doctor’s evidence as to who asked for the delay. It also illogically concluded that, although the applicant’s counsel had told him he did not have to appear, this was not an excuse because the applicant was aware of the hearing date. This was not the type of case where an applicant should be penalized because of counsel’s honest error.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, s. 32.

*Jugement*: la demande est accueillie.

L’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 répond à la question de savoir quelle norme de contrôle il convient d’appliquer à une décision discrétionnaire comme celle qui a été prise en l’espèce. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a intégré les aspects de fond des décisions discrétionnaires à la «démarche pratique et fonctionnelle bien connue», créant ainsi diverses catégories de décisions, certaines méritant plus de retenue que d’autres. Au lieu de classer les décisions selon leur nature discrétionnaire ou non discrétionnaire, une telle analyse ou démarche exige que l’on tienne compte de considérations telles l’expertise du tribunal, la nature de la décision, le libellé de la disposition, et le contexte législatif dans lequel elle s’inscrit. Compte tenu de ces considérations, la Cour a conclu que la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer à l’égard de la décision de la SSR (une décision à la fois de fait et de droit) est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

En l’espèce, le facteur le plus important était la nature de la décision qui a été prise: il s’agissait d’une conclusion selon laquelle un revendicateur du statut de réfugié s’était désisté de sa revendication vu son omission de se présenter à son audition. Une telle décision avait une grande incidence sur le revendicateur, et elle devait être examinée attentivement.

La décision de la SSR était déraisonnable et elle ne saurait être maintenue vu que: 1) il n’a pas été tenu compte des facteurs pertinents; 2) il n’a pas été tenu compte de la preuve; et 3) les motifs du désistement ne pouvaient résister à un examen assez poussé. Les membres de la formation de la SSR ne se sont pas posé la bonne question, savoir si, compte tenu de l’ensemble des circonstances et des facteurs pertinents, le comportement du demandeur suggérait clairement un désir ou une intention de ne pas poursuivre sa revendication. Aucun fondement ne permettait à la SSR de conclure qu’aucune raison médicale n’expliquait pourquoi le demandeur ne pouvait témoigner et pourquoi son audition ne devait pas être reportée. La SSR n’a pas tenu compte de l’élément de preuve du médecin concernant la question de savoir qui a demandé que l’audition soit reportée. Elle a en outre conclu, de façon illogique, que même si l’avocat du demandeur avait dit à son client qu’il n’était pas tenu de se présenter à l’audition, cela ne constituait pas une excuse valable, vu que le demandeur était au courant de la date de l’audition. Il ne s’agit pas du type d’affaire dans laquelle un demandeur doit être pénalisé en raison de l’erreur involontaire de son avocat.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(4)(d) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 35(1).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

## 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; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Cirahan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 138 F.T.R. 116 (F.C.T.D.); *Kavunzu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1141 (T.D.) (QL); *Pene Kitoyo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1945 (T.D.) (QL); *Lutra Nieves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 144 F.T.R. 224 (F.C.T.D.); *Siloch v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 285; 18 Imm. L.R. (2d) 239; 151 N.R. 76 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Perez v. Canada (Solicitor General)* (1994), 93 F.T.R. 256 (F.C.T.D.); *Izauierdo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1669 (T.D.) (QL); *Ressam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 50; 36 Imm. L.R. (2d) 99 (F.C.T.D.); *Alegria-Ramos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 150 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of a CRDD decision determining that the applicant had abandoned his refugee claim because of his failure to appear for

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(4)(d) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).  
*Règlement de 1978 sur l'immigration*, DORS/78-172, art. 35(1).  
*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, art. 32.

## 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; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Cirahan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 138 F.T.R. 116 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Kavunzu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1141 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Pene Kitoyo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1945 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Lutra Nieves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 144 F.T.R. 224 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Siloch c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 285; 18 Imm. L.R. (2d) 239; 151 N.R. 76 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Perez c. Canada (Solliciteur général)* (1994), 93 F.T.R. 256 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Izauierdo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1669 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ressam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 50; 36 Imm. L.R. (2d) 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Alegria-Ramos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 150 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que le demandeur s'était désisté de sa revendication du statut de réfugié

his hearing on the scheduled date. Application allowed.

APPEARANCES:

*Pia Zambelli* for applicant.  
*Edith Savard* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Pia Zambelli*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] LEMIEUX J.: This judicial review application concerns an October 29, 1998 abandonment hearing decision by the Immigration and Refugee Board, Refugee Division (CRDD), pursuant to subsection 69.1(6) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60)], determining the applicant's refugee claim abandoned because of the applicant's failure to appear on the scheduled date for his hearing, namely, September 24, 1998.

A. THE FACTS

[2] The applicant, Zamal Ahamad, is a citizen of Bangladesh who made a refugee claim immediately upon arriving in Canada on February 12, 1998.

[3] As noted, the applicant's claim was scheduled to be heard by the CRDD on September 24, 1998 in Montréal.

[4] On Monday, September 21, 1998, the applicant saw his family doctor after having experienced chest pains over the weekend. His family doctor sent him to see Dr. Brown at Montréal's St. Mary's Hospital Center that day. Dr. Brown, examined the applicant and ran an E.C.G; he issued a medical certificate dated September 21, 1998 stating the applicant should

vu qu'il avait omis de se présenter à l'audition de sa revendication à la date prévue. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Pia Zambelli* pour le demandeur.  
*Edith Savard* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Pia Zambelli*, Montréal, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE LEMIEUX: La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la décision, datée du 29 octobre 1998, que la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SSR) a rendue dans le cadre d'une audience sur le désistement, conformément au paragraphe 69.1(6) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60)]. Dans sa décision, la SSR a conclu que le demandeur s'était désisté de sa revendication du statut de réfugié vu qu'il n'a pas comparu à son audition, qui devait avoir lieu le 24 septembre 1998.

A. LES FAITS

[2] Le demandeur, Zamal Ahamad, est un citoyen du Bangladesh qui a revendiqué le statut de réfugié dès son arrivée au Canada, le 12 février 1998.

[3] Comme je l'ai déjà dit, la revendication du demandeur devait être entendue par la SSR le 24 septembre 1998, à Montréal.

[4] Le lundi 21 septembre 1998, le demandeur a consulté son médecin de famille après avoir eu des douleurs thoraciques pendant la fin de semaine. Son médecin de famille lui a dit de consulter le D<sup>r</sup> Brown ce jour-là à l'Hôpital St. Mary, à Montréal. Le D<sup>r</sup> Brown a examiné le demandeur et lui a fait subir un E.C.G.; il a délivré un certificat médical, daté du 21



return to regular work on September 28, 1998. In that certificate, under "Remarks" Dr. Brown wrote "Pt. requests delay in his hearings for immigration". Dr. Brown asked the applicant to return to the hospital for a further medical in four days. In fact, the applicant was given an appointment at St. Mary's Hospital Out-Patient Services for September 24, 1998 at 08:30 a.m., the date of his scheduled refugee claim hearing starting at 10:00 a.m.

[5] The applicant also saw Mr. Forget, his lawyer in Montréal handling his refugee claim, that Monday September 21st. Mr. Forget, after seeing the medical certificate, told the applicant to go home and rest as instructed by Dr. Brown. Mr. Forget told the applicant it was not necessary to be present at the hearing and he should keep his medical appointment on September 24, 1998; Mr. Forget told the applicant he would take care of the hearing matter by seeking an adjournment from the Refugee Division.

[6] On that same day, Mr. Forget wrote to the CRDD presiding panel member, Jacques Lasalle, for an adjournment. On September 23, 1998, Mr. Forget received a telephone call from the CRDD advising him that his adjournment request was refused. Mr. Forget immediately wrote back to the CRDD the following letter:

[TRANSLATION]

Dear Mr. Chair,

We have just received a telephone call from Ms. Marie-Claude Foucault, a case officer with the IRB, informing us that you refuse our request for adjournment.

This refusal was based, we are told, on the fact that:

*"the medical certificate does not state anywhere that the claimant is unable to come and testify for his hearing and does not refer to any inability to work.*

*Furthermore, the physician states that it is the claimant himself who is asking that his hearing be adjourned, this*

septembre 1998, attestant que le demandeur devrait retourner à son travail habituel le 28 septembre 1998. Dans ce certificat, sous la rubrique intitulée «Remarques», le D<sup>r</sup> Brown a écrit: «*Pt. requests delay in his hearings for immigration*» [TRADUCTION] «Le patient demande que l'audition de sa demande d'immigration soit reportée». Le D<sup>r</sup> Brown a dit au demandeur de revenir à l'hôpital dans quatre jours pour y subir un autre examen. Le demandeur a obtenu un rendez-vous aux services de consultation externe de l'Hôpital St. Mary le 24 septembre 1998, à 8 h 30, soit le même jour auquel l'audition de sa revendication du statut de réfugié devait débiter, à 10 h.

[5] Le demandeur a également consulté M<sup>e</sup> Forget, l'avocat qu'il avait chargé de s'occuper de sa revendication du statut de réfugié à Montréal, le lundi 21 septembre. M<sup>e</sup> Forget a dit au demandeur, après avoir pris connaissance de son certificat médical, d'aller se reposer à la maison, comme le D<sup>r</sup> Brown lui avait suggéré de faire. M<sup>e</sup> Forget a dit au demandeur qu'il n'était pas nécessaire qu'il se présente à l'audition et qu'il devrait conserver son rendez-vous médical du 24 septembre 1998; M<sup>e</sup> Forget a dit au demandeur qu'il s'occuperait de la question de l'audition en demandant un ajournement à la section du statut de réfugié.

[6] Cette journée là, M<sup>e</sup> Forget a écrit au président de la formation de la SSR, Jacques Lasalle, pour lui demander un ajournement. Le 23 septembre 1998, M<sup>e</sup> Forget a reçu un appel téléphonique de la SSR, qui l'avisait que sa demande d'ajournement avait été rejetée. M<sup>e</sup> Forget a alors immédiatement envoyé la présente lettre à la SSR:

Monsieur le président,

Nous venons à l'instant de recevoir un appel téléphonique de Madame Marie-Claude Foucault, agent préposé au cas à la CISR, nous informant que vous refusez notre demande de remise.

Ce refus étant basé sur le fait que, selon vous:

*«le certificat médical ne mentionne nullement que le revendicateur est incapable de venir témoigner pour son audience et ne fait état que d'une incapacité de travailler.*

*De plus, le médecin mentionne que c'est le revendicateur lui-même qui demande que son audience soit reportée,*

*recommendation does not at all emanate from the physician.*

*I therefore demand that the claimant come and appear in person at the hearing and explain to the panel why he is unable to testify."*

It is true that the physician mentions that the claimant is "unable to work" and indicates that he will be able to return to work on September 28, 1998.

But, with respect, we disagree that it is the claimant who is asking that his hearing be adjourned. In fact, if one reads the medical certificate carefully, one can see in the hearing "comments":

*"IT requests delay in his hearing for immigration."*

Accordingly, it is our understanding from this certificate that it is the claimant's state of health that necessitates a delay in the examination of his case, and not himself.

In our opinion, although we are not a physician, but simply aware of what this kind of symptoms represents, this type of pain should be considered with great circumspection and not lightly.

That is why we assume full responsibility for the absence of our client at the hearing of September 24, 1998 at 10:30 a.m.

Furthermore, since we thought our client's state of health was potentially serious, we cancelled our appointment with him for the preparation of his case. That is why we will not be prepared to proceed.

Our only hope is that the examinations our client will be undergoing on the morning of the 24th do not disclose anything serious.

Consequently, and in order to follow the physician's recommendations, we are asking you once again to be so kind as to adjourn this case to a later date.

Yours very truly

[7] After sending that letter of September 23, 1998, Mr. Forget did not, however, advise the applicant the adjournment request had been refused.

[8] On September 24, 1998, the applicant did not present himself at his refugee claim hearing; however, Mr. Forget made an appearance. There was a discussion between Mr. Forget and the presiding panel member. That discussion was transcribed and is part of the applicant's record.

*cette recommandation n'émane nullement du médecin.*

*J'exige donc que le revendicateur vienne se présenter en personne à l'audience et qu'il explique au tribunal pourquoi il ne peut témoigner.»*

Il est vrai que le médecin mentionne le fait que le revendicateur est «incapable de travailler» et qu'il indique que le retour au travail pourra se faire le 28 septembre 1998.

Mais, avec respect, nous sommes en désaccord sur le fait que c'est le revendicateur qui demande que son audience soit reportée. En effet, si on lit attentivement le certificat médical, on peut lire à la rubrique «remarques»:

*«IT requests delay in his hearing for immigration»*

Par conséquent, ce que nous comprenons de ce certificat, c'est que c'est l'état de santé du revendicateur qui nécessite un délai dans l'étude de son dossier et non lui-même.

À notre avis, par contre nous ne sommes pas médecin mais simplement au fait de ce que représente ce genre de symptômes, ce type de douleurs doit être considéré avec beaucoup de circonspection et non à la légère.

C'est pourquoi, nous prenons l'entière responsabilité de l'absence de notre client à l'audition du 24 septembre 1998, 10 heures 30 AM.

De plus, ayant, nous, considéré l'état de santé de notre client comme étant potentiellement grave, nous avons annulé nos rendez-vous avec lui pour la préparation de sa cause. C'est pourquoi nous ne serons pas prêt à procéder.

Le seul souhait que nous ayons, c'est que les examens que subira notre client le 24 au matin ne révéleront rien de sérieux.

En conséquence, et pour suivre les recommandations du médecin, nous vous demandons, encore une fois, de bien vouloir remettre cette cause à une date ultérieure.

Espérant le tout conforme, veuillez accepter, Monsieur le président, nos salutations distinguées.

[7] Après avoir envoyé cette lettre le 23 septembre 1998, M<sup>e</sup> Forget n'a cependant pas informé le demandeur que sa demande d'ajournement avait été rejetée.

[8] Le 24 septembre 1998, le demandeur ne s'est pas présenté à l'audition de sa revendication du statut de réfugié; cependant, M<sup>e</sup> Forget y a comparu. M<sup>e</sup> Forget et le président de la formation se sont entretenus. Cet entretien fait l'objet d'une transcription qui fait partie du dossier du demandeur.

[9] On September 24, 1998, the presiding member reiterated the reasons for the adjournment refusal:

[TRANSLATION] The medical certificate does not state anywhere that the claimant is unable to come and testify for his hearing and does not refer to any inability to work. Furthermore, the physician states that it is the claimant himself who is asking that his hearing be adjourned, this recommendation does not at all emanate from the physician. I therefore demand that the claimant come and appear in person at the hearing and explain to the panel why he is unable to testify. I remind counsel that this hearing begins at 10:30, which leaves the claimant enough time to attend at the IRB after his appointment with the physician, since it appears he had an appointment this morning at 8:30.

[10] The presiding member continued focussing on the interpretation Mr. Forget made of Dr. Brown's September 21, 1998 certificate. As noted, Mr. Forget read "Pt." as "IT" making the sentence read "IT requests delay in this hearing for immigration". The presiding member said this:

[TRANSLATION] The panel has another interpretation. It has before it the original text, and it is not "it" that is written but "pt" PT is an abbreviation for patient, and the panel has had to examine six—yes, six—medical certificates over the last 10 days from claimants from Bangladesh who, it appears, all had reasons not to attend at their hearing scheduled last week or this week. In some certificates, the panel saw this reference to "pt" and pt is apparently an abbreviation used in the medical community to indicate patient, and it is very clear from reading the document that it is not "it requests" but rather "pt" for "patient requests delay in the hearing for immigration."

So, as I mentioned, all this document tells us is that the gentleman is unable to work, that his return to regular work is scheduled for the 28th of the 9th, 1998, and that there is no indication to the effect that the gentleman is unable to come and testify here this morning. Furthermore, the panel believes that if the claimant were in a position to travel to go and see a doctor this morning, he is surely in a position to come and appear before the panel and tell it about his physical situation.

So that's it, I don't know if Mr. Forget and possibly Mr. Morin have anything to add. That is now our position at this stage.

[9] Le 24 septembre 1998, le président de la formation a exposé de nouveau les motifs qui ont étayé sa décision de refuser l'ajournement:

Le certificat médical ne mentionne nullement que le revendicateur est incapable de venir témoigner pour son audience, et ne fait état que d'une incapacité de travailler. De plus, le médecin mentionne que c'est le revendicateur lui-même qui demande que son audience soit reportée. Cette recommandation n'émane nullement du médecin, j'exige donc que le revendicateur vienne se présenter en personne à l'audience et qu'il explique au tribunal pourquoi il ne peut pas témoigner. Je rappelle à l'avocat que cette audience commence à 10 h 30, ce qui laisse suffisamment de temps au revendicateur pour se présenter à la CISR après son rendez-vous avec le médecin car semble-t-il, il aurait eu un rendez-vous ce matin à 8 h 30.

[10] Les motifs du président de la formation portaient toujours principalement sur la façon dont M<sup>e</sup> Forget interprétait le certificat du D<sup>r</sup> Brown daté du 21 septembre 1998. Comme il a été souligné, M<sup>e</sup> Forget a considéré que l'abréviation «Pt.» voulait dire «IT», de sorte que la phrase était la suivante: «*IT requests delay in this hearing for immigration*» [TRADUCTION] «l'audition de la demande d'immigration doit être reportée». Le président de la formation a dit:

Le tribunal a une autre interprétation. Il a devant lui le texte original, et ce n'est pas «it» qui est écrit mais bien «pt». PT est une abréviation de patient, et le tribunal ayant eu à examiner six—je dis bien six—certificats médicaux au cours des 10 derniers jours, de revendicateurs du Bangladesh qui semble-t-il, avaient tous des raisons pour ne pas se présenter à leur audience cédulée la semaine passée et cette semaine. Dans quelques certificats, le tribunal a vu cette mention «pt» et pt est une abréviation semble-t-il qui est utilisée dans le milieu médical pour indiquer patient, et il est très clair à la lecture du document qu'il ne s'agit pas de «it requests», mais bien «pt» pour «patient requests delay in the hearing for immigration».

Alors, comme je l'ai mentionné, tout ce que ce document nous dit c'est que monsieur est incapable de travailler, que son retour au travail régulier est fixé au 28 du 9, 1998, et qu'il n'y a aucune indication à l'effet que monsieur serait incapable de venir témoigner ici ce matin. De plus, le tribunal estime que si le revendicateur était en état de se déplacer pour aller voir un médecin ce matin, il est sûrement en état pour venir se présenter devant le tribunal et lui faire état lui-même de sa situation physique.

Alors voilà, je ne sais pas si M<sup>e</sup> Forget et éventuellement monsieur Morin ont des choses à ajouter. C'est actuellement notre position à ce stade-ci.

[11] Mr. Forget apologized to the CRDD for misreading “pt” as “it” and said he took the entire responsibility for this mistake. A heated exchange then took place between the presiding panel member and Mr. Forget with the presiding member’s decision to initiate a show cause abandonment hearing, as required by the Act and by section 32 of the *Convention Refugee Determination Division Rules* [SOR/93-45] (the Rules).

[12] Prior to the abandonment hearing held on October 29, 1998, the applicant filed two additional medical certificates. One certificate is dated September 23, 1998 from Dr. Z. Jast at the Van Horne Medical Centre. It said the applicant was advised to rest at home for one week due to his chest pains which were being investigated. The second medical certificate was issued by Dr. Gregson on September 24, 1998. Dr. Gregson is at the St. Mary’s Hospital Center. It was he who saw the applicant and not Dr. Brown on September 24, 1998. Under “Remarks” in that medical certificate, the following is noted:

Delay in immigration hearing for seven days was recommended at the time of his 21 Sep. 98 visit. The patient was seen in follow-up 24 Sep. 98 at 08:30.

[13] The applicant was present at the show cause abandonment hearing on October 29, 1998. Jacques Lasalle presided on behalf of the CRDD. The other panel member was Louise Robic.

[14] Mr. Forget made two preliminary objections. He challenged the propriety of the hearing because Louise Robic had not been present on September 24, 1998 when the issue first came up. Moreover, Mr. Forget asked Mr. Lasalle to recuse himself for two reasons: abuse of power concerning his decision to undertake a show cause abandonment hearing and second, an appearance of bias on Mr. Lasalle’s part in this file and in respect of refugee claimants from Bangladesh generally. Mr. Lasalle dismissed both objections.

[11] M<sup>e</sup> Forget s’est excusé auprès de la SSR d’avoir pris le «pt» pour un «it» et il a dit qu’il était pleinement responsable de cette erreur. Il y a ensuite eu un vif échange entre M<sup>e</sup> Forget et le président de la formation à propos de la décision de ce dernier d’entamer une audience de justification sur le désistement, comme l’exigent la Loi et l’article 32 des *Règles de la section du statut de réfugié* [DORS/93-45] (les Règles).

[12] Avant la tenue de l’audience sur le désistement le 29 octobre 1998, le demandeur a produit deux autres certificats médicaux. L’un des certificats, daté du 23 septembre 1998, a été délivré par le D<sup>r</sup> Z. Jast du centre médical Van Horne. Ce certificat mentionnait qu’il avait été conseillé au demandeur de se reposer à la maison pendant une semaine en raison de ses douleurs thoraciques, que l’on était en train d’étudier. Le deuxième certificat médical a été délivré par le D<sup>r</sup> Gregson, le 24 septembre 1998. Le D<sup>r</sup> Gregson travaille à l’Hôpital St. Mary. C’est lui qui a examiné le demandeur, et non le D<sup>r</sup> Brown, le 24 septembre 1998. Sous la rubrique de ce certificat médical intitulée «Remarques», il a écrit la note suivante:

[TRADUCTION] Il a été recommandé, à sa visite du 21 sept. 98, que l’audition de sa demande d’immigration soit retardée de sept jours. Le patient a subi un examen de suivi le 24 sept. 98, à 8 h 30.

[13] Le demandeur a assisté à l’audience de justification sur le désistement le 29 octobre 1998. Jacques Lasalle a présidé l’audience au nom de la SSR. L’autre membre de la formation était Louise Robic.

[14] M<sup>e</sup> Forget a présenté deux objections préliminaires. Il a contesté le bien-fondé de l’audition vu que Louise Robic n’était pas présente le 24 septembre 1998 quand la question a été soulevée pour la première fois. En outre, M<sup>e</sup> Forget a demandé à M. Lasalle de se récuser, et ce pour deux raisons, soit qu’il a fait un abus de pouvoir en décidant d’entamer une audience sur le désistement et, deuxièmement, qu’il a paru faire preuve de partialité dans le présent dossier et, de façon générale, à l’égard des revendicateurs du statut de réfugié provenant du Bangladesh. M. Lasalle a rejeté les deux objections.

[15] The show cause hearing continued on its merits. The claimant testified. He essentially reiterated the facts described above, namely: chest pains over the weekend; visit to the family doctor; instructions of the family doctor to go to the emergency ward at St. Mary's Hospital; his check-up with Dr. Brown; Dr. Brown's instructions to him that the applicant was to have a rest; his visit to his lawyer that same day; his September 24 follow-up appointment at 8:30 a.m. at St. Mary's Hospital.

[16] The applicant said he had mentioned to Dr. Brown on the 21st about his immigration hearing on the 24th to which Dr. Brown, according to the applicant, said to him:

Then he said okay, I will give you a letter so that you don't have to appear at the hearing. And I don't know what letter he wrote.

[17] The applicant also testified on his appointment with his lawyer the morning of the 21st; the applicant said he showed Mr. Forget the medical certificate; he testified Mr. Forget then said:

Then my lawyer told me, you don't have to worry, okay, you don't have to worry about your hearing, I will take care of that. You go and take rest. I also showed him the paper that I have an appointment on the 24th with the doctor. And he told me, you don't worry at all, you will have no problem, no difficulty, you just go home and rest. Then I went home.

[18] The applicant was cross-examined. He testified as to the medication he was taking, the instructions which the doctor gave him to take rest and to keep himself free from anxiety. The presiding member asked the applicant whether on September 24th, he told the doctor that he had a hearing in front of a board the same day and the applicant answered "yes".

[19] The presiding member gave the following oral decision and addressing the applicant, said this:

BY PRESIDING MEMBER (to person concerned)

[15] L'audience sur le désistement s'est poursuivie par l'étude du bien-fondé de celle-ci. Le revendicateur a témoigné. Il a essentiellement répété les faits que j'ai déjà décrits, soit qu'il avait subi des douleurs thoraciques pendant la fin de semaine, qu'il avait consulté son médecin de famille, que celui-ci lui avait dit de se rendre à l'urgence de l'Hôpital St. Mary, que le D<sup>r</sup> Brown l'avait examiné et lui avait dit de se reposer, qu'il avait consulté son avocat cette même journée, et qu'il avait pris un rendez-vous de suivi le 24 septembre, à 8 h 30, à l'Hôpital St. Mary.

[16] Le demandeur a dit qu'il avait mentionné au D<sup>r</sup> Brown, le 21 septembre, que son audition en matière d'immigration devait avoir lieu le 24 septembre, ce à quoi le D<sup>r</sup> Brown aurait répondu, selon le demandeur:

[TRADUCTION] Par la suite, il a dit d'accord, je vous donnerai une lettre mentionnant que vous n'êtes pas tenu de vous présenter à l'audition. J'ignore ce qu'il a écrit dans sa lettre.

[17] Le demandeur a également témoigné au sujet de la rencontre qu'il avait eue avec son avocat le 21 septembre au matin; le demandeur a dit qu'il avait montré le certificat médical à M<sup>e</sup> Forget; il a témoigné que ce dernier a alors dit:

[TRADUCTION] Par la suite, mon avocat m'a dit, vous n'avez pas à vous inquiéter, d'accord, vous n'avez pas à vous inquiéter au sujet de votre audition, je m'occuperai de cela. Allez vous reposer. Je lui ai également montré le document mentionnant que j'avais un rendez-vous avec le médecin le 24 septembre. Il m'a alors dit, ne vous inquiétez de rien, vous n'aurez aucun problème, aucune difficulté, allez vous reposer à la maison. Je suis alors rentré à la maison.

[18] Le demandeur a été contre-interrogé. Il a témoigné au sujet des médicaments qu'il prenait et des directives du médecin, qui lui avait dit de se reposer et d'éviter d'être anxieux. Le président de l'audience a invité le demandeur à lui dire si, le 24 septembre, il avait dit au médecin que son audition devant une commission était prévue pour cette journée-là, ce à quoi il a répondu «oui».

[19] Le président de l'audience a rendu la décision suivante à l'audience et, s'adressant au demandeur, a dit:

[TRADUCTION]

LE PRÉSIDENT DE L'AUDIENCE (à l'intéressé)

So sir, after examining all the evidence that was adduced here today and on the 24th of September, we have come to the conclusion that there was no evidence of major reason, medical reason to explain why you could not testify or why your hearing should have been postponed.

I will remind you that a postponement was asked by your counsel a few days before the hearing. That postponement was refused, explained clearly. After that, the tribunal required through your counsel that you would be here for your hearing the 24th September. The counsel admitted that he didn't inform you. But we consider that this is not a valid excuse to justify your absence, as you were well aware of the date of the hearing.

We have looked carefully at the two medical certificates that have been introduced as part of the evidence. What they state is that you asked for a delay of your hearing. And the two medical certificates don't give any medical reason justifying a failure to appear.

Besides that, I will remind you that on 24th you were healthy enough to go to the St. Mary's Hospital, West-end of Montreal, you were healthy enough to go to Jean Talon Street, Northern part of Montreal to go to the pharmacy, but you decided not to come to your hearing on the same date at the same time, even if you had been requested to come here. We find that a little strange.

So, I repeat, we have concluded that the two medical certificates don't provide any medical reason justifying your failure to appear on the said date of your hearing.

So, due to your failure to appear and to your default in prosecution of your claim on the date set for the hearing, the panel concludes that this claim is abandoned. Thank you. [Emphasis mine.]

## B. THE ISSUES

[20] Counsel for the applicant argued two grounds in this appeal: appearance of bias and unreasonable conclusion on the merits, i.e., whether the applicant had abandoned his refugee claim.

## C. ANALYSIS

### (a) The legislation

[21] Subsection 69.1(6) headed "Abandonment of claim" reads as follows:

Monsieur, après avoir examiné toute la preuve qui a été produite ici aujourd'hui de même que le 24 septembre, nous sommes parvenus à la conclusion qu'aucune preuve n'a été produite pour établir qu'une raison majeure, une raison médicale, explique pourquoi vous n'avez pu témoigner ni pourquoi votre audition aurait dû être reportée.

Je vous rappelle que votre avocat a demandé un ajournement quelques jours avant l'audition. Cette demande d'ajournement a été refusée pour des motifs qui ont été clairement exposés. Par la suite, la formation a exigé, par l'entremise de votre avocat, que vous assistiez à votre audition qui devait avoir lieu le 24 septembre. L'avocat admis qu'il ne vous a pas avisé. Cependant, nous estimons qu'il ne s'agit pas d'une excuse valable justifiant votre absence, comme vous étiez parfaitement au courant de la date de l'audition.

Nous avons soigneusement examiné les deux certificats médicaux qui ont été produits en tant que preuve. Ils mentionnent que vous avez demandé que votre audition soit reportée. De plus, les deux certificats médicaux ne fournissent pas de raison médicale justifiant votre omission de comparaître.

En outre, je vous rappelle que le 24 septembre, votre état de santé vous a permis de vous rendre à l'Hôpital St. Mary, dans la partie ouest de Montréal, et à la rue Jean-Talon dans la partie nord de Montréal pour aller à la pharmacie, mais que vous avez choisi de ne pas vous présenter à votre audition cette journée-là, même si vous aviez été convoqué. Nous trouvons cela un peu étrange.

Par conséquent, je le répète, nous avons conclu que les deux certificats médicaux ne fournissent pas de raison médicale justifiant votre omission de vous présenter à votre audition à cette date-là.

En conséquence, compte tenu de votre omission de vous présenter à l'audition et de faire valoir le bien-fondé de votre revendication à la date d'audition qui avait été prévue, la formation conclut que vous vous êtes désisté de votre revendication. Je vous remercie. [Non souligné dans l'original.]

## B. LES QUESTIONS LITIGIEUSES

[20] L'avocate du demandeur a invoqué deux motifs d'appel: l'apparence de partialité et la conclusion déraisonnable sur le bien-fondé, savoir que le demandeur s'est désisté de sa revendication du statut de réfugié.

## C. L'ANALYSE

### a) Les dispositions législatives

[21] Le paragraphe 69.1(6), intitulé «Désistement», prévoit:

## 69.1 . . .

(6) Where a person who claims to be a Convention refugee

(a) fails to appear at the time and place set by the Refugee Division for the hearing into the claim,

(b) fails to provide the Refugee Division with the information referred to in subsection 46.03(2), or

(c) in the opinion of the Division, is otherwise in default in the prosecution of the claim,

the Refugee Division may, after giving the person a reasonable opportunity to be heard, declare the claim to have been abandoned and, where it does so, the Refugee Division shall send a written notice of its decision to the person and to the Minister. [Emphasis mine.]

[22] Section 32 of the Rules makes it an obligation of the CRDD to give the applicant a reasonable opportunity to be heard in respect of abandonment. It states:

32. (1) Before declaring a claim to have been abandoned pursuant to subsection 69.1(6) of the Act or an application to have been abandoned pursuant to subsection 69.3(2) of the Act, the Refugee Division shall serve on the parties a notice to appear directing them to attend a hearing on the abandonment.

(2) The notice to appear shall also inform the parties that where, at the end of the hearing concerning an abandonment, the Refugee Division does not declare the claim or application to have been abandoned, the Refugee Division will forthwith commence or resume the hearing into the claim or application.

(b) The standard of review

[23] What is the standard for reviewing a decision of the CRDD declaring that a refugee claimant had abandoned his or her claim on the grounds that that person did not appear on the scheduled hearing date including on what substantive basis should such a decision be gauged or assessed? The Supreme Court of Canada's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 is instructive on the point and, in particular, the analysis L'Heureux-Dubé J. made commencing at page 852 of "The Approach to Review of Discretionary Decision-Making".

## 69.1 [. . .]

(6) La section du statut peut, après avoir donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, conclure au désistement dans les cas suivants:

a) l'intéressé ne comparaît pas aux date, heure et lieu fixés pour l'audience;

b) l'intéressé omet de lui fournir les renseignements visés au paragraphe 46.03(2);

c) elle estime qu'il y a défaut par ailleurs de sa part dans la poursuite de la revendication.

Si elle conclut au désistement, la section du statut en avise par écrit l'intéressé et le ministre. [Non souligné dans l'original.]

[22] L'article 32 des Règles prévoit que la SSR a l'obligation de donner au demandeur la possibilité de se faire entendre sur la question du désistement. En voici le libellé:

32. (1) Avant de conclure au désistement d'une revendication ou d'une demande conformément aux paragraphes 69.1(6) ou 69.3(2) de la Loi, la section du statut signifie aux parties un avis de convocation, les convoquant à une audience relative au désistement.

(2) L'avis de convocation signale aussi aux parties que, si la section du statut ne conclut pas au désistement au terme de l'audience relative au désistement, elle commencera ou reprendra sans délai l'audience relative à la revendication ou à la demande.

b) La norme de contrôle

[23] Quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer à une décision dans laquelle la SSR a conclu qu'un revendicateur du statut de réfugié s'était désisté de sa revendication au motif qu'il ne s'était pas présenté à la date prévue de l'audition, et en fonction de quelle considération de fond une telle décision doit-elle être appréciée? 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 est intéressant sur ce point, et, en particulier, l'analyse que le juge L'Heureux-Dubé a faite, à partir de la page 852, sous la rubrique «La démarche relative au contrôle de décisions discrétionnaires».

[24] Clearly, in this case, the CRDD's decision was a discretionary one, the Act providing "the Refugee Division may . . . declare the claim to have been abandoned"; the law did not dictate a specific outcome but left open a choice within a statutorily imposed set of boundaries (*Baker, supra*, at pages 852-853, paragraph 52).

[25] In short, as I read *Baker, supra*, the Supreme Court of Canada has integrated the substantive aspects of discretionary decisions into the "well-known practical and functional approach"—the creation of a spectrum with certain decisions being entitled to more deference, and others with less.

[26] Rather than classifying decisions as discretionary or non-discretionary ones, such an analysis or approach requires taking into account considerations such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision, the language of the provision and the surrounding legislation.

[27] L'Heureux-Dubé J., in *Baker, supra*, built upon that Court's decision in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (amended reasons at [1998] 1 S.C.R. 1222). Taking into account the analysis in both of these cases, the lack of a privative clause, the object of the judicial review (question of law vs. fact-finding expertise) and the purpose of the provision leads me to conclude that the appropriate standard of review of the CRDD's decision the applicant had abandoned his refugee claim is one of reasonableness *simpliciter*. As I see it, the basis upon which the CRDD's decision rests does not involve primarily legal considerations, for example, the interpretation of a statutory provision, nor findings of fact where paragraph 18(4)(d) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] would require greater deference. In this case, the basis of the decision is one of mixed law and fact.

[28] In applying these factors, I stress the nature of the decision being made: it is a determination that a

[24] En l'espèce, la décision de la SSR était clairement de nature discrétionnaire, la Loi prévoyant que la «section du statut peut [. . .] conclure au désistement»; le droit ne dicte pas une décision précise; il laisse le décideur devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi (*Baker*, précité, aux pages 852 et 853, paragraphe 52).

[25] En bref, selon mon interprétation de l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada a intégré les aspects de fond des décisions discrétionnaires à la «démarche pratique et fonctionnelle bien connue», créant ainsi diverses catégories de décisions, certaines méritant plus de retenue que d'autres.

[26] Au lieu de classer les décisions selon leur nature discrétionnaire ou non discrétionnaire, une telle analyse ou démarche exige que l'on tienne compte de considérations telles l'expertise du tribunal, la nature de la décision, le libellé de la disposition, et le contexte législatif dans lequel elle s'inscrit.

[27] Dans l'arrêt *Baker*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a ajouté à l'arrêt que la Cour suprême avait rendu dans l'affaire *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 [motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222]. Compte tenu de l'analyse qui a été faite dans ces deux arrêts, de l'absence d'une clause privative, de l'objet du contrôle judiciaire (question de droit par opposition à expertise d'enquête factuelle) et de l'objectif que vise la disposition, je conclus que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à l'égard de la décision dans laquelle la SSR a conclu que le demandeur s'était désisté de sa revendication du statut de réfugié est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. À mon avis, le fondement de la décision de la SSR ne suppose pas de considérations principalement juridiques, par exemple, l'interprétation d'une disposition législative, ni de conclusions de fait à l'égard desquelles l'alinéa 18(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] exigerait que l'on fasse preuve d'une plus grande retenue. En l'espèce, le fondement de la décision est une question à la fois de fait et de droit.

[28] En appliquant ces facteurs, je souligne la nature de la décision qui a été prise: il s'agit d'une conclu-



refugee claimant has abandoned his/her claim before the claimant has been heard on the merits for the reason of that person's failure to appear at the scheduled hearing. Bastarache J., in *Pushpanathan, supra*, said in the context of a finding that a refugee claimant was excluded under Article 1F(a) of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] such determination is "quite profound" for the claimant. This approach was echoed by my colleague, Muldoon J. in *Cirahan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 138 F.T.R. 116 (F.C.T.D.), at page 118, paragraph 5, a case involving a review of a CRDD decision deciding the applicant's claim had been abandoned. Muldoon J. said "[t]he discretion of the CRDD to find proceedings abandoned should be subject to serious scrutiny" [underlining added]. I agree.

[29] Secondly, the nature of the discretionary decision is one which Parliament has indicated should be exercised taking into classical administrative law indicia—not ones where policy factors weigh heavily. In this perspective, the often quoted statement by McIntyre J. in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at page 7 focussing on good faith, natural justice and relevant considerations are apt.

[30] The gauge of unreasonableness is that set out by Iacobucci J. in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at pages 776-777, paragraph 56:

I conclude that the third standard should be whether the decision of the Tribunal is unreasonable. This test is to be distinguished from the most deferential standard of review, which requires courts to consider whether a tribunal's decision is patently unreasonable. An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness

sion selon laquelle un revendicateur du statut de réfugié s'est désisté de sa revendication avant qu'il n'ait eu l'occasion d'exposer le bien-fondé de son omission de se présenter à son audition. Le juge Bastarache a dit, dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité, dans le contexte d'une conclusion selon laquelle un revendicateur du statut de réfugié était exclu en vertu de la section Fa) de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], qu'une telle conclusion avait une «grande incidence» sur le revendicateur. Cette approche a été reprise par mon collègue le juge Muldoon dans *Cirahan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 138 F.T.R. 116 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 118, paragraphe 5, une affaire qui portait sur le contrôle d'une décision dans laquelle la SSR avait conclu que le demandeur s'était désisté de sa revendication. Le juge Muldoon a dit que «[l]e pouvoir discrétionnaire de la SSR de conclure au désistement doit être examiné attentivement» [soulignement ajouté]. Je suis d'accord.

[29] Deuxièmement, le législateur a souligné que compte tenu de sa nature, on devait exercer ce pouvoir discrétionnaire en tenant compte d'indices classiques du droit administratif, et non d'indices à l'égard desquels des considérations de politiques ont un poids important. Dans cette perspective, les propos, souvent cités, du juge McIntyre dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, à la page 7, dans lesquels il met l'accent sur la bonne foi, la justice naturelle et des considérations pertinentes, sont très justes.

[30] La façon d'apprécier le caractère déraisonnable est celle que le juge Iacobucci a décrite dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux pages 776 et 777, paragraphe 56:

Je conclus que cette troisième norme devrait être fondée sur la question de savoir si la décision du Tribunal est déraisonnable. Ce critère doit être distingué de la norme de contrôle qui appelle le plus haut degré de retenue, et en vertu de laquelle les tribunaux doivent dire si la décision du tribunal administratif est manifestement déraisonnable. Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez

standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it. An example of the former kind of defect would be an assumption that had no basis in the evidence, or that was contrary to the overwhelming weight of the evidence. An example of the latter kind of defect would be a contradiction in the premises or an invalid inference. [Emphasis mine.]

## CONCLUSION

[31] Applying the standard expressed in *Baker and Southam, supra*, I am of the view the CRDD's decision the applicant had abandoned his refugee claim was an unreasonable decision and cannot stand because: (1) there was no consideration of relevant factors; (2) the evidence was ignored; and (3) the reasons given in support of abandonment cannot stand up to a somewhat probing examination.

### (a) No consideration of relevant factors

[32] The decided cases of the Court on a review of abandonment claim decisions by the CRDD indicate the test or question to be asked is whether the refugee claimant's conduct amounts to an expression of intention by that person, he or she did not wish or had shown no interest to pursue the refugee claim with diligence; this assessment is to be made in the context of the obligation of a claimant who breaches one of the elements of subsection 69.1(6) to provide a reasonable excuse (*Perez v. Canada (Solicitor General)* (1994), 93 F.T.R. 256 (F.C.T.D.), Joyal J.; *Izquierdo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1669 (T.D.) (QL), Rouleau J.; *Ressam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 50 (F.C.T.D.), Pinard J.; *Alegria-Ramos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 150 (F.C.T.D.), Dubé J.).

poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve. Un exemple du premier type de défaut serait une hypothèse qui n'avait aucune assise dans la preuve ou qui allait à l'encontre de l'essentiel de la preuve. Un exemple du deuxième type de défaut serait une contradiction dans les prémisses ou encore une inférence non valable. [Non souligné dans l'original.]

## LA CONCLUSION

[31] Appliquant la norme énoncée dans les arrêts *Baker* et *Southam*, précités, je suis d'avis que la décision de la SSR selon laquelle le demandeur s'est désisté de sa revendication du statut de réfugié était déraisonnable et qu'elle ne saurait être maintenue vu que: 1) il n'a pas été tenu compte des facteurs pertinents; 2) il n'a pas été tenu compte de la preuve; et 3) il ressort d'un examen assez poussé que les motifs qui ont été exposés pour prononcer le désistement ne sont pas valables.

### a) Il n'a pas été tenu compte des facteurs pertinents

[32] Il ressort de décisions que notre Cour a rendues dans le cadre d'examen de décisions de la SSR statuant que l'intéressé s'était désisté de sa revendication que le critère à appliquer ou la question à poser est de savoir si la conduite du revendicateur du statut de réfugié constitue une expression de l'intention de cette personne de ne pas souhaiter poursuivre sa revendication avec diligence ou de ne pas s'intéresser à sa revendication; cette appréciation doit être faite dans le contexte de l'obligation d'un revendicateur qui viole un des éléments du paragraphe 69.1(6), qui prévoit l'obligation de fournir une excuse raisonnable (*Perez c. Canada (Solliciteur général)* (1994), 93 F.T.R. 256 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Joyal; *Izquierdo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1669 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Rouleau; *Ressam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Pinard; *Alegria-Ramos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 150 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Dubé).

[33] The answer to the question is to be given in relation to the facts of a particular case but taking into account all of the relevant factors which bear upon the matter.

[34] Nadon J. in *Kavunzu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1141 (T.D.) (QL), outlined some of these considerations including the date of the claimant's arrival, whether a personal information form was filed, whether or not counsel was retained in a timely manner, whether one or more absences had previously occurred. Other factors include absences of contacts between the claimant and counsel (*Pene Kytoyo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1945 (T.D.) (QL), Teitelbaum J.) and medical reasons for not appearing on the scheduled date (*Lutra Nievas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 144 F.T.R. 224 (F.C.T.D.), Pinard J.).

[35] These factors are similar to the ones enumerated by Décary J.A. in *Siloch v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 285 (F.C.A.) dealing with the refusal of an adjudicator in an immigration matter to grant an adjournment. Décary J.A. stressed adjournments are a matter of discretion which must be exercised in a quasi-judicial manner. In that case, the Adjudicator was authorized by subsection 35(1) of the Regulation [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*] to "adjourn the inquiry at any time if the adjournment will not impede or unreasonably delay the proceedings".

[36] The relevant factors enumerated by Décary J.A. in his analysis were [at pages 287-289]:

It is also well settled that in exercising his discretion to grant an adjournment under subs. 35(1) of the Regulations, the Adjudicator must direct his attention to factors such as:

- a) where the applicant has done everything in her power to be represented by counsel;
- b) the number of previous adjournments granted;

[33] La réponse à la question doit tenir compte des faits de chaque affaire, mais elle doit considérer tous les facteurs pertinents qui ont une incidence sur l'affaire.

[34] Le juge Nadon, dans *Kavunzu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1141 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), a décrit certaines de ces considérations, dont la date de l'arrivée du revendicateur, la question de savoir s'il a produit ou non un formulaire de renseignements personnels, celle de savoir s'il a retenu les services d'un avocat en temps utile, et enfin la question de savoir combien de fois, le cas échéant, il avait été absent. Parmi les autres facteurs, on compte les absences de contacts entre le revendicateur et son avocat (*Pene Kytoyo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1945 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Teitelbaum) et les raisons médicales pour ne pas s'être présenté à la date prévue de l'audition (*Lutra Nievas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 144 F.T.R. 224 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Pinard).

[35] Ces facteurs sont semblables à ceux que le juge Décary a énumérés dans l'arrêt *Siloch c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 285 (C.A.F.) en traitant du refus d'un arbitre, dans une affaire d'immigration, d'accorder un ajournement. Le juge Décary a souligné que les ajournements relèvent d'un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé de manière quasi-judiciaire. Dans cette affaire, l'arbitre était autorisé, par le paragraphe 35(1) [*Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172*], à «ajourner [l'enquête] à tout moment si l'ajournement n'entravera pas le déroulement de l'enquête ni ne la retardera indûment».

[36] Voici les facteurs pertinents que le juge Décary a énumérés dans son analyse [aux pages 287 à 289]:

Il est également reconnu que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder un ajournement en vertu du paragraphe 35(1) du Règlement, l'arbitre doit tenir compte de facteurs comme ceux-ci:

- a) la question de savoir si la requérante a fait son possible pour être représentée par un avocat;
- b) le nombre d'ajournements déjà accordés;

- c) the length of time for which the adjournment is being sought;
- d) the effect on the immigration system;
- e) would the adjournment needlessly delay, impede or paralyse the conduct of the inquiry;
- f) the fault or blame to be placed on the applicant for not being ready;
- g) were any previous adjournments granted on a peremptory basis;
- h) any other relevant factors.

...

In the circumstances of this case, where the intention of the applicant to proceed was unquestionable, where the applicant had no reason to question the reliability of her counsel until the moment he did not show up, where the only adjournment granted in the case so far had been to allow the applicant to appoint counsel, where no fault or blame could be put on the applicant for not being ready, where the Adjudicator took into consideration a factor unknown to the applicant and therefore irrelevant as far as she was concerned, i.e. the actual experience of the Adjudicator that very same day in another case and the history of poor behaviour of counsel, where the Adjudicator did not enquire as to the length of the adjournment being sought nor offer the applicant a short adjournment to enable her to find new counsel; and where there is absolutely no indication that a short adjournment would affect the immigration system or needlessly delay, impede or paralyse the conduct of this particular inquiry, the Adjudicator, in denying the adjournment on March 4, 1991, deprived the applicant of her right to a fair hearing. It is clear, when one reads the transcript, that the applicant was being penalized by the Adjudicator for the previous poor behaviour of her counsel, of which she was not aware and which she had no reason to suspect. Simply put, the adjournment was refused because the applicant had the misfortune, the first time around, of retaining irresponsible counsel and the additional misfortune of facing an Adjudicator who had a long-standing dislike for that counsel. [My emphasis.]

[37] An examination of the reasons of the CRDD in this case clearly shows its members did not ask themselves the right question, namely, whether in all of the circumstances and taking into account all relevant facts, did the applicant's behaviour evidence, in clear terms, a wish or intention not to proceed with his claim. The CRDD analysis on the point is bereft of relevant considerations except one related to providing a lawful excuse.

- c) le délai pour lequel l'ajournement est demandé;
- d) l'effet de l'ajournement sur le système d'immigration;
- e) la question de savoir si l'ajournement retarde, empêche ou paralyse indûment la conduite de l'enquête;
- f) la faute ou le blâme à imputer à la requérante du fait qu'elle n'est pas prête;
- g) la question de savoir si des ajournements ont déjà été accordés péremptoirement;
- h) tout autre facteur pertinent.

[. . .]

Compte tenu des faits de l'espèce, étant donné que la requérante avait incontestablement l'intention de procéder, que rien ne lui permettait de douter de la fiabilité de son conseiller tant qu'il ne s'est pas présenté, que le seul ajournement accordé en l'espèce jusqu'à ce jour visait à permettre à la requérante de constituer un avocat, qu'aucune faute ni qu'aucun blâme ne pouvaient être imputés à la requérante du fait qu'elle n'était pas prête, que l'arbitre a pris en considération un facteur que la requérante ne connaissait pas et qui n'était donc pas pertinent, à savoir le fait que le même jour, dans une autre affaire, il avait eu une expérience similaire et le fait de la mauvaise réputation du conseiller, que l'arbitre ne s'est pas informé de la durée de l'ajournement demandé et n'a pas offert à la requérante un bref ajournement de façon à lui permettre de trouver un nouveau conseiller et qu'absolument rien n'indique qu'un bref ajournement influencerait sur le système d'immigration ou retarderait, empêcherait ou paralyserait indûment la conduite de cette enquête particulière, l'arbitre, en refusant l'ajournement le 4 mars 1991, a privé la requérante de son droit à une audience équitable. La lecture de la transcription montre clairement que l'arbitre a pénalisé la requérante pour la mauvaise conduite passée de son conseiller, dont elle ne savait rien et que rien ne lui permettait de soupçonner. Bref, l'ajournement a été refusé parce que la requérante avait eu le malheur, la première fois, de retenir les services d'un conseiller irresponsable et qu'elle avait en outre eu le malheur de faire face à un arbitre qui, depuis longtemps, n'aimait pas ce conseiller. [Non souligné dans l'original.]

[37] Il ressort clairement d'un examen des motifs de la SSR en l'espèce que les membres de la formation ne se sont pas posé la bonne question, savoir si, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des facteurs pertinents, le comportement du demandeur suggérait clairement un désir ou une intention de ne pas poursuivre sa revendication. L'analyse de la SSR sur ce point est dépourvue de considérations pertinentes, sauf celle qui était liée au fait d'avoir fourni une excuse légitime.

(b) Ignoring the evidence

[38] The CRDD in its decision said there was no evidence, no medical reason, to explain why the applicant could not testify and why the hearing should be postponed. There is no basis for this conclusion which could have only been arrived at if the CRDD ignored relevant evidence, namely the two medical reports received from Drs. Jast and Gregson.

[39] Furthermore, the CRDD went on to hold the medical certificates said that it is the applicant who asked for the delay not the medical doctors. Again, any confusion on the point was cleared up by Dr. Gregson. The CRDD ignored that evidence.

[40] Thirdly, the CRDD does not dispute the applicant's lawyer made an honest mistake in interpreting Dr. Brown's original medical report which lead him not to advise his client the adjournment had been refused. Yet, the CRDD concludes this is not a valid excuse "because the applicant was well aware of the hearing date". With respect, this conclusion simply does not stand up. Yes, the applicant was aware of the hearing date but his counsel told him he did not have to appear. There is an absence of logic in the Board's reasoning.

[41] In my view, this is not the type of case, given all of the other circumstances, where an applicant should be penalized because of counsel's honest error. It would take a much more egregious case to justify such a conclusion.

(c) No rational conclusion

[42] My assessment of all of the relevant factors in the context of the probative evidence in this case leads me to conclude as Dubé J. did in *Alegria-Ramos, supra*, as did Pinard J. in *Luttra Nievas, supra*. Simply put, the CRDD could not have reasonably concluded the applicant had abandoned his claim. Such a conclusion, as Iacobucci J. said in *Southam, supra*, is not

b) Il n'a pas été tenu compte de la preuve

[38] La SSR a dit, dans sa décision, qu'aucune preuve ou raison médicale n'expliquait pourquoi le demandeur ne pouvait témoigner et pourquoi son audition devait être reportée. La SSR n'a pu tirer cette conclusion, qui n'est pas fondée, que si elle a omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents, savoir les deux rapports médicaux qu'elle a reçus du D<sup>r</sup> Jast et du D<sup>r</sup> Gregson.

[39] En outre, la SSR a poursuivi en statuant que les certificats médicaux mentionnaient que c'est le demandeur qui a demandé que l'audition soit reportée et non les médecins. Encore une fois, toute confusion sur ce point a été éliminée par le D<sup>r</sup> Gregson. La SSR n'a pas tenu compte de cet élément de preuve.

[40] Troisièmement, la SSR ne conteste pas le fait que l'avocat du demandeur a fait une erreur involontaire lorsqu'il a interprété le rapport médical original du D<sup>r</sup> Brown, qui l'a mené à ne pas informer son client que la demande d'ajournement avait été refusée. Pourtant, la SSR a conclu que cela n'était pas une excuse valable [TRADUCTION] «vu que le demandeur était parfaitement au courant de la date de l'audition». Avec égards, cette conclusion n'est tout simplement pas fondée. Il est vrai que le demandeur était au courant de la date de l'audition, mais son avocat lui a dit qu'il n'était pas nécessaire qu'il s'y présente. Le raisonnement de la Commission manque de logique.

[41] À mon avis, il ne s'agit pas du type d'affaire, compte tenu de l'ensemble des autres circonstances, dans laquelle un demandeur doit être pénalisé en raison de l'erreur involontaire de son avocat. Il faudrait une affaire beaucoup plus grave pour justifier une telle conclusion.

c) L'absence de conclusion rationnelle

[42] Mon appréciation de tous les facteurs pertinents dans le contexte de la preuve probante en l'espèce m'amène à tirer la même conclusion que le juge Dubé dans l'affaire *Alegria-Ramos*, précitée, et le juge Pinard dans l'affaire *Luttra Nievas*, précitée. Pour le dire simplement, la SSR n'avait pu raisonnablement conclure que le demandeur s'était désisté de sa reven-

supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination.

[43] Given my conclusions, I need not deal with the issue of bias.

#### DISPOSITION

[44] This judicial review is allowed, the CRDD's decision the applicant's claim was abandoned is set aside, and the CRDD is directed to determine the applicant's refugee claim with a differently constituted panel.

dication. Une telle conclusion, comme l'a dit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam*, précité, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé.

[43] Vu les conclusions auxquelles je suis parvenu, il n'est pas nécessaire que je traite de la question de la partialité.

#### LE DISPOSITIF

[44] La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de la SSR selon laquelle le demandeur s'était désisté de sa demande est annulée, et l'affaire est renvoyée à une formation différemment constituée de la SSR pour qu'elle statue à son tour sur la revendication du statut de réfugié du demandeur.

T-1692-99

**Bayside Towing Ltd., Eugene Beckstrom and William Frizell (Plaintiffs)**

v.

**Canadian Pacific Railway, B.C. Tel and Rivtow Marine Ltd. (Defendants)**

**INDEXED AS: BAYSIDE TOWING LTD. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, January 28 and February 2, 2000.

*Maritime law — Practice — Motion to strike out portions of defence in limitation of liability action — Limitation of liability under Canada Shipping Act (CSA) and 1976 Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims — Damage caused by dumb barge, in tow of tug, to CPR bridge — Whether allegations of “wilful default” (as used in CSA) sufficiently close to “intent to cause loss or committed recklessly with knowledge of probable result” in Convention, Art. 4 — Whether, despite S.C.C. decision in The Rhône, limitation fund should be based, according to flotilla principle, on combined tonnages of tug, barge — Not obvious allegation of recklessness could not succeed — Allegation based on res ipsa loquitur struck as no longer applicable in Canada — Allegation of statutory breach struck as nominate tort of statutory breach not recognized in Canada.*

The chip barge *Rivtow 901*, a dumb barge, in tow of Bayside Towing Ltd.’s tug, *Sheena M*, struck a CPR bridge, causing damages estimated at \$5,000,000. An action to limit liability under the *Canada Shipping Act* and the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976* was commenced and a limitation fund constituted, based on the tonnage of the tug alone, in the amount of \$500,000. CPR has elected to challenge both the right to limit liability and the amount of the limitation fund, arguing, under Article 4 of the Convention, that the wrongdoers’ conduct was such that they were not entitled to limit their liability. CPR also submitted that, in spite of the Supreme Court of Canada decision in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, the limitation fund should be based on the flotilla principle of limitation on the combined tonnages of the tug and the barge. This was a motion to strike out various portions of the defence as disclosing no reasonable defences.

T-1692-99

**Bayside Towing Ltd., Eugene Beckstrom et William Frizell (demandeurs)**

c.

**Le Canadien Pacifique, B.C. Tel et Rivtow Marine Ltd. (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: BAYSIDE TOWING LTD. c. CANADIEN PACIFIQUE (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 28 janvier et 2 février 2000.

*Droit maritime — Pratique — Requête en radiation de certaines parties de la défense dans une action en limitation de responsabilité — Limitation de la responsabilité prévue par la Loi sur la marine marchande du Canada (la LMM) et par la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes — Dommage causé à un pont du CP par un chaland «non propulsé» tiré par un remorqueur — Question de savoir si les allégations d’«omission volontaire» (au sens de la LMM) se rapprochent suffisamment des actes «commis avec l’intention de provoquer un dommage ou commis témérement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement» au sens de l’art. 4 de la Convention — Question de savoir si, malgré la décision rendue par la C.S.C. dans l’arrêt *Le Rhône*, le fonds consigné doit être fondé, selon le principe de la flottille, sur les jauges totales du remorqueur et du chaland — Il n’est pas évident que l’allégation d’imprudence ne sera pas retenue — L’allégation fondée sur la maxime *res ipsa loquitur* est radiée car cette maxime ne s’applique plus au Canada — L’allégation relative à la violation d’une loi est radiée étant donné que le délit civil spécial de manquement à une obligation légale n’est pas reconnu au Canada.*

Le chaland à copeaux *Rivtow 901*, un chaland «non propulsé» qui était remorqué par le *Sheena M* appartenant à Bayside Towing Ltd., avait heurté un pont du CP et avait causé des dommages dont le montant était estimé à 5 000 000 \$. Une action en limitation de responsabilité a été intentée en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes* et un fonds consigné d’un montant de 500 000 \$ a été constitué, fondé sur la jauge du remorqueur seulement. Le CP a choisi de contester le droit de limiter la responsabilité ainsi que le montant du fonds consigné, en soutenant, en vertu de l’article 4 de la Convention, que la conduite des auteurs de la faute était telle qu’ils n’avaient pas le droit de limiter leur responsabilité. Le CP a également soutenu que, contrairement à ce que la Cour suprême du Canada avait décidé dans l’affaire *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, le fonds consigné devrait être fondé sur le principe de limitation dit

The test for motions to strike, set out in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, that it be plain and obvious that the pleading discloses no reasonable defence, places a heavy burden on the party seeking to strike out a pleading.

The part of the defence in which CPR refers to the actions of the crew and the owners of the tug, as being wilful defaults (the term used in subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*) will not be struck. Wilfulness may arguably be close to the test under Article 4 of the Convention, which is in terms of acts committed with intent to cause loss or acts committed recklessly with the knowledge of probable result. Although the argument may not be very strong, it is proper that Article 4 of the Convention be fully tested by the Court, with the assistance of counsel, so as to provide an important precedent.

However, the inclusion of allegations of wilful default on the part of the defendant, Rivtow Marine Ltd., cannot succeed. Rivtow's actions are irrelevant to the issue, in a limitation action, of whether the wrongdoers engaged in conduct which bars them from limiting their liability. Allegations of reckless and negligent navigation, management or operation are struck as the test set out in Article 4 of the Convention has nothing to do with negligence, but is phrased in terms of recklessness and knowledge.

CPR's submission that breaches of the standards in the *Collision Regulations* amount to recklessness and knowledge may be difficult to prove, but it is not clearly and obviously one which will not succeed. It should not be struck, except for the reference to the operators, master, officers and crew of the *Rivtow 901*, which has no relevance to the limitation proceeding.

The part of the pleading relying on the maxim *res ipsa loquitur* as *prima facie* evidence and proof of, among other things, wilful default and recklessness with intention to cause loss, or with knowledge that such loss would probably result, should be struck. First, the maxim merely raised a *prima facie* case of negligence, which is irrelevant in order to break limitation of liability under the 1976 Convention. Moreover, *res ipsa loquitur* is no longer applicable in Canada, even in respect of negligence: *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)*, [1998] 1 S.C.R. 424.

«de la flottille», c'est-à-dire sur la jauge totale du remorqueur et du chaland. Il s'agissait d'une requête visant à faire radier diverses parties de la défense pour le motif qu'elles ne révélaient aucun moyen raisonnable de défense.

Le critère à appliquer aux requêtes en radiation, énoncé dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à savoir qu'il doit être évident et manifeste qu'une plaidoirie ne révèle aucun moyen raisonnable de défense, impose un lourd fardeau à la partie qui demande la radiation d'une plaidoirie.

La partie de la défense dans laquelle le CP qualifie d'omissions volontaires (soit les mots employés au paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*) les actes de l'équipage et des propriétaires du remorqueur ne sera pas radiée. La notion de «caractère volontaire» se rapproche peut-être du critère prévu à l'article 4 de la Convention, qui parle d'actes commis avec l'intention de provoquer un dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement. Même si l'argument n'est peut-être pas très convaincant, il est opportun pour la Cour d'analyser l'article 4 de la Convention au complet, avec l'aide d'avocats, de façon à établir un précédent important.

Toutefois, l'inclusion d'allégations relatives à une omission volontaire de la part de la défenderesse Rivtow Marine Ltd. doit être rejetée. Les actions de Rivtow n'ont rien à voir avec la question qui se pose dans une action en limitation, c'est-à-dire si la conduite des auteurs de la faute fait obstacle à une limitation de leur responsabilité. Les allégations relatives à la façon imprudente et négligente dont la navigation, la conduite ou l'exploitation étaient assurées sont radiées puisque le critère énoncé à l'article 4 de la Convention n'a rien à voir avec la négligence, son libellé étant plutôt axé sur les notions d'imprudence et de connaissance.

L'argument du CP selon lequel la violation des normes établies dans les règlements sur les abordages prouve l'imprudence et la connaissance peut être difficile à établir, mais il n'est pas évident et manifeste qu'il sera rejetée. Il ne devrait pas être radié, sauf en ce qui concerne la mention des exploitants, du capitaine, des officiers et de l'équipage du *Rivtow 901*, qui n'est pas pertinente dans la procédure en limitation.

La partie de la plaidoirie se rapportant à la maxime *res ipsa loquitur*, en tant que preuve *prima facie*, entre autres choses, de l'omission volontaire et de l'imprudence visant à provoquer un dommage, ou en sachant qu'un tel dommage en résultera probablement, devrait être radiée. En premier lieu, la maxime donnait simplement lieu à une preuve *prima facie* de négligence, qui n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de modifier la limitation de responsabilité prévue par la Convention de 1976. En second lieu, la maxime *res ipsa loquitur* ne s'applique plus au Canada, même en matière de négligence: *Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424.



The part of the pleading relying on the concept of statutory breach should also be struck. Mr. Justice Dickson, in *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, stated that the nominate tort of statutory breach was not recognized in Canada, pointing out that breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence.

The part of the pleading challenging the purported demise of the flotilla principle in *Rhône (The)* should not be struck. That case was, to some degree, the product of the wording of section 647 of the *Canada Shipping Act* as it then was. That provision is no more, but, for vessels under 300 tons, as is the case of the *Sheena M*, it was replaced by section 577, which parallels, although it does not completely reflect, section 647. Also, the work by Davison and Snelson, *The Law of Towage*, was referred to as standing for the proposition that under the 1976 Convention, there is less reason to restrict the limitation fund to the tonnage of the tug alone. So, while the argument may be thin, it is not plainly and obviously one which will fail.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Canada Shipping Act (maritime liability)*, S.C. 1998, c. 6, ss. 2, 26.  
*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).  
*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 564(3), 574 (as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2), 577 (as am. *idem*), 647, Sch. VI (as enacted *idem*, s. 26).  
*Collision Regulations*, C.R.C., c. 1416.  
*Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*, being Sch. VI of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 (as enacted by S.C. 1998, c. 6, s. 26), Art. 4.  
*Maritime Conventions Act, 1914 (The)*, S.C. 1914, c. 13.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d)

La partie de la plaidoirie qui est fondée sur le concept de la violation d'une loi devrait également être radiée. Dans *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, le juge Dickson a dit que le délit civil spécial de manquement à une obligation légale n'était pas reconnu au Canada, en signalant que la violation d'une loi, lorsqu'elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la négligence.

La partie de la plaidoirie dans laquelle est contestée la présumée disparition du principe de la flottille énoncé dans l'arrêt *Rhône (Le)* ne devrait pas être radiée. Cet arrêt était fondé, dans une certaine mesure, sur le libellé de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, tel qu'il existait à ce moment-là. Cette disposition n'existe plus, mais en ce qui concerne les bâtiments de moins de 300 tonnes, comme c'est le cas du *Sheena M*, elle a été remplacée par l'article 577, qui est comparable à l'article 647, même s'il ne correspond pas complètement à cette disposition. De plus, on a cité l'ouvrage de Davidson et Snelson, *The Law of Towage*, à l'appui de la thèse selon laquelle, en vertu de la Convention de 1976, il est moins justifié de restreindre le fonds consigné à la jauge du remorqueur seulement. L'argument est peut-être peu convaincant, mais il n'est pas évident et manifeste qu'il sera rejeté.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, étant l'annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (édité par L.C. 1998, ch. 6, art. 26), art. 4.  
*Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13.  
*Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada (responsabilité en matière maritime)*, L.C. 1998, ch. 6, art. 2, 26.  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 564(3), 574 (mod. par L.C. 1998, ch. 6, art. 2), 577 (mod., *idem*), 647, ann. VI (édité, *idem*, art. 26).  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).  
*Règlement sur les abordages*, C.R.C., ch. 1416.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d)

105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Lawrence v. R.*, [1978] 2 F.C. 782; (1978), 42 C.C.C. (2d) 230 (T.D.); *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)*, [1998] 1 S.C.R. 424; (1998), 154 D.L.R. (4th) 577; 46 B.C.L.R. (3d) 1; 41 C.C.L.T. (2d) 36; 34 M.V.R. (3d) 165; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

## CONSIDERED:

*Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.); *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.); *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; 148 N.R. 349.

## REFERRED TO:

*R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; (1980), 109 D.L.R. (3d) 257; [1980] 2 W.W.R. 659; 51 C.C.C. (2d) 193; 19 C.R. (3d) 371; 31 N.R. 273; *Lower Similkameen Indian Band v. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (F.C.T.D.); *Copperhead Brewing Co. v. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317; 95 F.T.R. 146 (F.C.T.D.); *West Hill Redevelopment Co. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 310; (1987), 87 DTC 5210 (F.C.T.D.); *Comr. Of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.); *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510 (H.L.); *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.).

## AUTHORS CITED

Davison, Richard and Anthony Snelson. *The Law of Towing*, London: Lloyd's of London Press, 1990.  
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

MOTION to strike out various portions of the defence in an action by which the plaintiffs seek to limit their liability for the damages they caused when the *Rivtow 901*, a dumb barge, in tow of Bayside Towing Ltd.'s tug, *Sheena M*, struck a CPR bridge. Motion allowed in part.

## APPEARANCES:

*David F. McEwen* for plaintiffs.  
*William M. Everett* for defendant, Canadian Pacific Railway.

105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Lawrence c. R.*, [1978] 2 C.F. 782; (1978), 42 C.C.C. (2d) 230 (1<sup>re</sup> inst.); *Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424; (1998), 154 D.L.R. (4th) 577; 46 B.C.L.R. (3d) 1; 41 C.C.L.T. (2d) 36; 34 M.V.R. (3d) 165; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.); *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.); *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; 148 N.R. 349.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; (1980), 109 D.L.R. (3d) 257; [1980] 2 W.W.R. 659; 51 C.C.C. (2d) 193; 19 C.R. (3d) 371; 31 N.R. 273; *Bande indienne de Lower Similkameen c. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Copperhead Brewing Co. c. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317; 95 F.T.R. 146 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *West Hill Redevelopment Co. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 310; (1987), 87 DTC 5210 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Comr. Of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.); *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510 (H.L.); *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.).

## DOCTRINE

Davison, Richard et Anthony Snelson. *The Law of Towing*, London: Lloyd's of London Press, 1990.  
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

REQUÊTE en radiation de diverses parties de la défense dans une action par laquelle les demandeurs sollicitent la limitation de leur responsabilité à l'égard des dommages causés lorsque le *Rivtow 901*, un chaland non propulsé tiré par le remorqueur de Bayside Towing Ltd., le *Sheena M*, a heurté un pont du CP. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU:

*David F. McEwen* pour les demandeurs.  
*William M. Everett* pour le Canadien Pacifique, défendeur.

Doug G. Morrison for defendant, Rivtow Marine Ltd.

Doug G. Morrison pour Rivtow Marine Ltd., défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for plaintiffs.

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, for defendant, Canadian Pacific Railway.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for defendant, Rivtow Maritime Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les demandeurs.

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, pour le Canadien Pacifique, défendeur.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour Rivtow Maritime Ltd., défenderesse.

*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.: The plaintiffs have commenced an action by which they seek limitation of liability under the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] and under the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976, as amended by the Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976* [being Sch. VI of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 (as enacted by S.C. 1998, c. 6, s. 26)], which I will refer to as the 1976 Convention, adopted by Canada in legislation assented to 12 May 1998 [S.C. 1998, c. 6, s. 2].

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les demandeurs ont intenté une action par laquelle ils sollicitent la limitation de la responsabilité qui leur incombe en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9] et de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes* [étant l'annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (édité par L.C. 1998, ch. 6, art. 26)], que j'appellerai la Convention de 1976, adoptée par le Canada au moyen d'une loi qui a été sanctionnée le 12 mai 1998 [L.C. 1998, ch. 6, art. 2].

[2] The plaintiffs are said to have done some \$5,000,000 damage to the CPR bridge at Mission, British Columbia, when the chip barge *Rivtow 901*, a dumb barge, in tow of Bayside Towing Ltd's tug, *Sheena M*, struck the bridge on 2 June 1999.

[2] Les demandeurs auraient censément causé des dommages s'élevant à environ 5 000 000 \$ au pont du CP, à Mission (Colombie-Britannique), lorsque le chaland à copeaux *Rivtow 901*, un chaland non propulsé qui était remorqué par le *Sheena M* appartenant à Bayside Towing Ltd. a heurté le pont, le 2 juin 1999.

[3] The plaintiffs commenced this action in September of 1999 and subsequently constituted a limitation fund, an interim fund as the CPR expressed some concern over the appropriate amount of the fund, based on the tonnage of the tug alone, in the amount of \$500,000, pursuant to Court order on 2 November 1999.

[3] Les demandeurs ont intenté cette action au mois de septembre 1999; ils ont subséquemment constitué un fonds, un fonds provisoire, le CP ayant exprimé certaines réserves au sujet de la question de savoir si le montant du fonds devait être de 500 000 \$, calculé à partir de la jauge du remorqueur seulement, conformément à l'ordonnance rendue par la Cour le 2 novembre 1999.

[4] Many authors, and indeed some judges in other jurisdictions, have commented that the intent of the 1976 Convention is that, in return for the benefit to injured claimants of much higher limits of liability, the trade-off to wrongdoing shipowners and crew members is a limitation of liability that is, for practical purposes, unbreakable.

[5] The CPR had the option of accepting, with any other claimants, a prorata share of the fund. Instead the CPR has elected to challenge, among other things, both the plaintiffs' right to limit liability which may be lost pursuant to Article 4 of the 1976 Convention:

*Article 4*  
*Conduct barring limitation*

A person liable shall not be entitled to limit his liability if it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.

and the amount of the limitation fund. The CPR submits that the limitation fund should, contrary to *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, which was decided on the basis of the previous limitation legislation, be based on the flotilla principle of limitation on the combined tonnages of the active tug and the dumb barge.

[6] The plaintiffs now move to strike out various portions of the defence on the basis that they disclose no reasonable defences, but are pleadings which clearly and obviously will fail.

[7] These reasons confirm my determinations given at the hearing of this matter on 28 January 2000, as to some of the plaintiffs' motion to strike out portions of the defence of the Canadian Pacific Railway Company (the CPR) and set out reasons on those portions of the motion upon which I reserved.

[4] De nombreux auteurs et de fait certains juges dans d'autres ressorts ont fait remarquer que, selon l'esprit de la Convention de 1976, puisque les créanciers lésés bénéficient de limites de responsabilité beaucoup plus élevées, le compromis pour les propriétaires de navire et pour les membres d'équipage fautifs est une limitation de la responsabilité qui, à toutes fins utiles, ne peut pas être modifiée.

[5] Le CP avait le choix d'accepter, avec les autres créanciers, une partie du fonds au prorata. Il a plutôt choisi de contester, entre autres choses, le droit des demandeurs de limiter leur responsabilité, ce droit pouvant être perdu conformément à l'article 4 de la Convention de 1976:

*Article 4*  
*Conduite supprimant la limitation*

Une personne responsable n'est pas en droit de limiter sa responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement.

ainsi que le montant du fonds de limitations. Le CP soutient que, contrairement à ce qui a été décidé dans l'affaire *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497 sur la base de la législation antérieure en matière de limitation, le fonds de limitation devrait être établi sur le principe de limitation dit «de la flottille», c'est-à-dire sur la jauge totale du remorqueur en service et du chaland non propulsé.

[6] Les demandeurs sollicitent maintenant la radiation de diverses parties de la défense pour le motif qu'elles ne révèlent aucun moyen raisonnable de défense, mais qu'elles constituent plutôt des actes de procédure qui doivent clairement et de toute évidence être rejetés.

[7] Les présents motifs confirment les décisions que j'ai rendues à l'audition de cette affaire, le 28 janvier 2000, au sujet de certaines parties de la requête que les demandeurs avaient présentée en vue de faire radier des parties de la défense du Canadien Pacifique (le CP), et constituent mes motifs de décision au sujet des parties de la requête sur lesquelles j'ai reporté ma décision.

## ANALYSIS

[8] In determining whether various portions of the defence ought to be struck out I have kept in mind that the test in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980, that it be plain and obvious that a pleading discloses no reasonable cause of action, or no reasonable defence, places a heavy onus on the party seeking to strike out a pleading. It is a difficult test to satisfy. While other cases have provided a gloss on the term “plain and obvious”, including characterizing such a pleading as beyond doubt forlorn, or futile or a pleading leading to no result, those phrases are explanatory. Indeed, Madam Justice Wilson, in *Hunt*, also uses phrases such as “radical defect” and looks at a pleading to determine whether it is “fit to be tried”. These explanations add nothing to the test. Nor are they cumulative in effect. The plain and obvious test remains as the measure to apply. I have also kept in mind that a novel approach, or an argument upon which it is difficult to succeed, are not grounds for striking out. And all the more so when the proceeding is a limitation action, a well known concept in itself, but in this instance one of the first such proceedings under the new Canadian limitation of liability legislation. As such it may involve serious issues of law, or uncertain points of law, which ought not to be determined on an interlocutory motion to strike out a pleading.

[9] In paragraph 7 of the defence, in a plea which the CPR hopes might lead to a bar to limitation, the CPR refers to the actions of the plaintiffs, the crew and the owners of the tug, as being wilful defaults. A wilful default is not the term used in the 1976 Convention as constituting conduct barring limitation. Rather the 1976 Convention refers to acts or omissions committed with an intent to cause harm, and to actions taken recklessly with knowledge of the result. However, the CPR is able to point to subsec-

## ANALYSE

[8] Pour décider si diverses parties de la défense doivent être radiées, j’ai tenu compte du fait que le critère énoncé dans l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980, à savoir qu’il doit être évident et manifeste qu’un acte de procédure ne révèle aucune cause raisonnable d’action ou aucun moyen raisonnable de défense, impose un lourd fardeau à la partie qui demande la radiation d’un acte de procédure. Ce critère est difficile à respecter. D’autres décisions renferment des commentaires au sujet de l’expression «évident et manifeste»; il a notamment été dit que pareille acte de procédure doit être indubitablement désespéré ou futile ou qu’il doit s’agir d’un acte de procédure n’aboutissant à aucun résultat, mais ces caractéristiques sont suffisamment explicites. De fait, dans l’arrêt *Hunt*, M<sup>me</sup> le juge Wilson emploie également des expressions telles que «vice fondamental» et examine un acte de procédure en vue de déterminer s’il est «susceptible d’instruction». Ces explications n’ajoutent rien au critère. Elles n’ont pas non plus un effet cumulatif. Le critère relatif à la question de savoir si l’issue de l’affaire est évidente et manifeste est celui qui s’applique. J’ai également tenu compte du fait qu’une approche nouvelle, ou un argument qu’il est difficile de faire valoir avec succès, ne justifient pas la radiation, d’autant plus lorsque la procédure en cause est une action en limitation, un concept bien connu en soi, mais qui est ici l’une des premières procédures de ce genre à être engagées en vertu de la nouvelle législation canadienne sur la limitation de la responsabilité. Partant, cette procédure peut comporter de sérieuses questions de droit, ou des points de droit incertains, qui ne devraient pas être tranchés dans le cadre d’une requête interlocutoire visant à la radiation d’un acte de procédure.

[9] Au paragraphe 7 de la défense, dans une allégation qui, selon ce qu’espère le CP, pourrait entraîner la suppression de la limitation, le CP qualifie d’omissions volontaires les actes des demandeurs, de l’équipage et des propriétaires du remorqueur. Or, dans la Convention de 1976, il n’est pas fait mention de l’omission volontaire en tant que conduite supprimant la limitation. La Convention de 1976 parle plutôt d’actes ou d’omissions commis avec l’intention de provoquer un dommage, et d’actions commises

tion 564(3) of the *Canada Shipping Act* which, in certain circumstances, deems a breach of the collision regulations a wilful default.<sup>1</sup> Wilful has many dictionary meanings, including that something be done in a reckless manner, or a designed manner, purposely, intending the result which comes about. Wilful also has the connotation of a positive act, as opposed to a negative act leading to negligence which arises merely from heedlessness or nonfeasance. These concepts of wilfulness may be close to the test under Article 4 of the 1976 Convention which, as I say, is in terms of acts committed with intent to cause loss or acts committed recklessly with the knowledge of the probable result.

[10] Still dealing with the meaning of wilfulness I recognize that the wording used in Article 4 of the 1976 Convention differs from that set out in subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*, the latter being as follows:

564. . . .

(3) Where any injury to a person or damage to property arises from the non-observance by any vessel or raft of any of the Collision Regulations, the injury or damage shall be deemed to have been occasioned by the wilful default of the person in charge of that raft or of the deck of that vessel at the time, unless it is shown to the satisfaction of a court that the circumstances of the case made a departure from the regulation necessary. [Emphasis added.]

Counsel for the plaintiffs submits that, as a primary canon of construction, where different words are used in legislation, parliament must clearly have intended a different meaning or test in each case: see for example *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, at page 1135 and *Driedger on the Construction of Statutes*, Butterworths, 3rd ed. 1994, at pages 164-165. Yet, to be fair to the CPR, subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*, deeming wilful default, is Canadian legislation. The 1976 Convention is an international

témérement et avec conscience du résultat probable. Toutefois, le CP peut signaler le paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* en vertu duquel, dans certaines circonstances, une violation des règlements sur les abordages est censée constituer une omission volontaire<sup>1</sup>. Le mot «volontaire» est défini de bien des façons dans les dictionnaires et s'entend notamment de quelque chose qui est fait d'une façon imprudente, à dessein, par exprès, dans l'intention d'en arriver au résultat qui s'est de fait produit. Le mot «volontaire» connote également un acte positif, par opposition à une abstention menant à une négligence qui découle simplement de l'inattention ou d'une omission. Ces notions, en ce qui concerne le caractère volontaire, se rapprochent peut-être du critère prévu à l'article 4 de la Convention de 1976 qui, comme je l'ai dit, parle d'actes «commis avec l'intention de provoquer un dommage, ou commis témérement et avec conscience du résultat probable.

[10] En ce qui concerne le sens du mot «volontaire», je reconnais en outre que le libellé de l'article 4 de la Convention de 1976 est différent de celui du paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui se lit comme suit:

564. [. . .]

(3) Lorsqu'une personne est blessée ou que des biens subissent quelque dommage par suite de l'inobservation, par un bâtiment ou par un radeau, de l'un quelconque des règlements sur les abordages, la blessure ou le dommage sont censés avoir été causés par l'omission volontaire de la personne qui avait la direction du radeau ou par celle qui était de service sur le pont du bâtiment à ce moment-là, à moins qu'il ne soit prouvé, à la satisfaction du tribunal, que les circonstances nécessitaient une dérogation au règlement. [Non souligné dans l'original.]

L'avocat des demandeurs soutient qu'en vertu d'une règle fondamentale d'interprétation, lorsque des mots différents sont employés dans un texte de loi, le législateur doit clairement avoir voulu qu'un sens différent ou un critère différent s'applique dans chaque cas: voir par exemple, *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, à la page 1135 et *Driedger on the Construction of Statutes*, Butterworths, 3<sup>e</sup> édition 1994, aux pages 164 et 165. Pour rendre justice au CP, le paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du*

convention, arising out of a conference in London in 1976, which has set wording in it on a take or leave it basis, as to most provisions, including Article 4.

[11] It may be difficult for the CPR to convince a judge that a breach of the collision regulations and the application of subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*, leading to a deemed positive act of wilfulness, which can also mean an act done in a reckless manner, intending the result, bars limitation under Article 4. But it is proper that Article 4 be fully tested by the Court, with the assistance of top counsel, so as to provide an important precedent. This being said, there is a portion of paragraph 7 of the defence which plainly and obviously cannot succeed.

[12] The inclusion of allegations of wilful default on the part of the defendant, Rivtow Marine Ltd. (Rivtow), plainly and obviously cannot succeed. Certainly I must accept the facts set out in the defence to be true, but allegations based on facts, or allegations based on presumptions of law, are not similarly deemed to be true: see for example *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 455 and *Lawrence v. R.*, [1978] 2 F.C. 782 (T.D.), at page 784:

As a general rule, the Court is bound in an application such as this to assume the truth of the facts alleged in the statement of claim. That does not pertain when the allegation of fact is really a proposition of law. It is for the Court, not the pleader, to say what the law is.

[13] Returning to the place of Rivtow, in the present instance it is as a defendant. The plaintiffs do not allege that Rivtow contributed to the accident. Rivtow's actions are irrelevant to the issue, in a limitation action, of whether the plaintiffs in this action engaged in conduct which bars them from limiting their liability. Certainly Rivtow, which itself suffered damage to its dumb barge in the hands of the

*Canada*, portant sur l'omission volontaire réputée, est une disposition légale canadienne. La Convention de 1976 est une convention internationale, découlant d'une conférence qui a eu lieu à Londres en 1976 et dont le libellé ne peut faire l'objet d'aucun compromis en ce qui concerne la plupart des dispositions, dont l'article 4.

[11] Il peut être difficile pour le CP de convaincre un juge qu'une violation des règlements sur les abordages et l'application du paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, menant à une présomption d'acte positif volontaire, ce qui peut également signifier un acte que l'on a commis d'une façon imprudente dans l'intention d'aboutir au résultat obtenu, supprimant la limitation prévue par l'article 4. Cependant, il est opportun pour la Cour d'analyser l'article 4 au complet, avec l'aide d'éminents avocats, de façon à établir un précédent important. Ceci dit, le paragraphe 7 de la défense doit manifestement et de toute évidence être en partie rejeté.

[12] L'inclusion d'allégations relatives à une omission volontaire de la part de la défenderesse, Rivtow Marine Ltd. (Rivtow), doit manifestement et de toute évidence être rejetée. À coup sûr, je dois considérer les faits énoncés dans la défense comme vrais, mais les allégations fondées sur les faits, ou les allégations fondées sur des présomptions de droit, ne jouissent pas de la même présomption de véracité: voir par exemple *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 455, et *Lawrence c. R.*, [1978] 2 C.F. 782 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 784:

En règle générale, la Cour est tenue, dans un cas comme celui-ci, d'accepter la véracité des faits allégués dans la déclaration. Cette règle ne s'applique pas lorsque le fait allégué est en réalité un point de droit. Il n'appartient pas au plaideur, mais à la Cour, de dire le droit.

[13] Pour revenir à Rivtow, il s'agit en l'espèce d'une défenderesse. Les demandeurs n'allèguent pas que Rivtow a contribué à l'accident. Les actions de Rivtow n'ont rien à voir avec la question qui se pose dans une action en limitation, c'est-à-dire en l'espèce la question de savoir si la conduite des demandeurs supprime la limitation de leur responsabilité. À coup sûr, Rivtow, dont le chaland non propulsé a également

plaintiffs, may have a claim against the plaintiffs, but that is not a basis on which the CPR can allege, in the plaintiffs' limitation action, that Rivtow is unable to limit because of conduct. Perhaps, if liability can be brought home to Rivtow, through its dumb barge towed by a tug belonging to someone else, Rivtow might in the future bring its own limitation action. However, it is premature to try to break limitation as against Rivtow in the limitation action of Bayside Towing and the tug's master and mate.

[14] As I have already noted, part of paragraph 7 is good, however the aspect of allegations of wilful default against Rivtow can lead to nothing. Plainly and obviously they will not succeed in this proceeding. Therefore paragraph 7 is struck out, with liberty to the CPR to amend.

[15] In paragraph 8 of the defence the CPR alleges that the *Rivtow 901* struck and damaged the bridge as a result of the reckless and negligent navigation, management or operation of the defendant Rivtow and also by the reckless and negligent navigation, management or operation by the plaintiff Bayside. This paragraph suffers from two fatal flaws. First, it is primarily concerned with the actions of Rivtow which, as I have pointed out, are irrelevant. Second, the CPR alleges only reckless and negligent navigation. The test set out in Article 4 of the 1976 Convention not only has nothing to do with negligence, but also is phrased in terms of recklessness and knowledge. Paragraph 8 is struck out with leave to amend if the CPR believes it is able to show recklessness and knowledge, or an intended act on the part of Bayside and the crew members.

[16] In paragraph 10 of its defence the CPR sets the particulars of the conduct of the plaintiffs which it says constitutes conduct which is a bar to limitation of liability. For the most part the wording leading up to

été endommagé par les demandeurs, dispose peut-être d'une réclamation à l'encontre de ces derniers, mais cela ne permet pas pour autant au CP d'alléguer, dans l'action en limitation des demandeurs, que Rivtow ne peut pas limiter sa responsabilité à cause de sa conduite. Rivtow, dont le chaland non propulsé était tiré par un remorqueur appartenant à quelqu'un d'autre, pourrait peut-être dans l'avenir tenter sa propre action en limitation si une responsabilité lui était imputée. Toutefois, il est prématuré, dans l'action en limitation intentée par Bayside Towing ainsi que par le capitaine et le capitaine en second du remorqueur, d'essayer de modifier la limitation dont bénéficie Rivtow.

[14] Comme je l'ai fait remarquer, le paragraphe 7 est en partie justifié, mais les allégations d'omissions volontaires qui sont faites contre Rivtow ne peuvent aboutir à rien. Dans cette instance, elles seront manifestement et de toute évidence rejetées. Par conséquent, le paragraphe 7 est radié, le CP ayant la faculté de le modifier.

[15] Au paragraphe 8 de la défense, le CP allègue que le *Rivtow 901* a heurté et endommagé le pont à cause de la façon imprudente et négligente dont la navigation, la conduite ou l'exploitation étaient assurées par la défenderesse Rivtow ainsi que par la demanderesse Bayside. Ce paragraphe comporte deux erreurs fatales. En premier lieu, il se rapporte principalement aux actions de Rivtow qui, comme je l'ai signalé, ne sont pas pertinentes. En second lieu, le CP allègue uniquement que la navigation était assurée d'une façon imprudente et négligente. Or, le critère énoncé à l'article 4 de la Convention de 1976 n'a rien à voir avec la négligence, son libellé étant plutôt axé sur les notions d'imprudence et de connaissance. Le paragraphe 8 est radié, l'autorisation de le modifier étant accordée au CP s'il croit être en mesure de démontrer l'imprudence et la connaissance, ou un acte intentionnel de la part de Bayside et des membres d'équipage.

[16] Au paragraphe 10 de sa défense, le CP donne des précisions au sujet de la conduite des demandeurs, cette conduite supprimant selon lui la limitation de la responsabilité. En général, le libellé, dans lequel 37



37 specific particulars is drawn from Article 4 of the 1976 Convention. There is an allegation of negligence in paragraph 10, however, that, in my view, falls into the category of a mere surplus statement from which no prejudice flows: see for example *Lower Similkameen Indian Band v. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (T.D.), at page 311, there referring to *Copperhead Brewing Co. v. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (F.C.T.D.).

[17] Without being exhaustive in categorization, the particulars are, to a large extent, derived from the *Collision Regulations* [C.R.C., c. 1416], including the good seamanship aspect of the Regulations, while others relate to manning, maintenance and supervision. The plaintiffs say that breaches of any of the standards alleged in the particulars amount only to negligence and therefore such pleas plainly and obviously cannot succeed, here referring to Prothonotary Preston's reasons in *West Hill Redevelopment Co. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 310 (F.C.T.D.). To the contrary, the CPR submits that if the particulars are proven, they will establish recklessness and knowledge.

[18] Certainly, knowledge of the damage to the CPR bridge which might flow from the particular breaches set out by the CPR is a reasonable given. Whether these breaches amount to recklessness is more problematical.

[19] Mr. Justice Devlin, as he then was, dealt with a concept of recklessness in *Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.), at issue there being the reckless supply of an unseaworthy barge pursuant to the London Lighterage Clause, the barge, *Niagara*, being described by Mr. Justice Devlin [at page 467] as "elderly but not (if I may so put it) senile". Mr. Justice Devlin points out that recklessness is more than mere negligence or inadvertence and that while it is not necessarily a criminal or even morally

précisions sont données, est tiré de l'article 4 de la Convention de 1976. Toutefois, au paragraphe 10 figure une allégation de négligence qui, à mon avis, n'est qu'une déclaration faite en trop n'entraînant aucun préjudice: voir par exemple, le jugement *Bande indienne de Lower Similkameen c. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 311, dans lequel il est fait mention de la décision *Copperhead Brewing Co. c. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[17] Sans être exhaustives au point de vue de la catégorisation, les précisions sont dans une large mesure tirées du *Règlements sur les abordages* [C.R.C., ch. 1416], notamment les bons usages maritimes mentionnés dans les règlements, alors que d'autres se rapportent à la dotation en équipage, à la maintenance et à la supervision. Les demandeurs disent que la violation de l'une ou l'autre des normes mentionnées dans les précisions équivaut uniquement à une négligence et que pareilles plaidoiries doivent donc être manifestement et de toute évidence rejetées; à cet égard, ils mentionnent les motifs que le protonotaire Preston a prononcés dans l'affaire *West Hill Redevelopment Co. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 310 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). De son côté, le CP soutient que si les précisions sont prouvées, elles établiront l'imprudence et la connaissance.

[18] À coup sûr, il est raisonnable de considérer que l'on savait que les violations particulières mentionnées par le CP causeraient peut-être des dommages au pont du CP. Cependant, la question de savoir si ces violations équivalent à de l'imprudence pose plus de problèmes.

[19] Le juge Devlin (tel était alors son titre) a examiné la notion d'imprudence dans l'arrêt *Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.); dans cette affaire, on avait fourni d'une façon imprudente un chaland inapte à prendre la mer conformément au London Lighterage Clause, ce chaland, qui s'appelait le *Niagara*, étant décrit par le juge Devlin [à la page 467] comme étant [TRADUCTION] «ancien, sans être antique (si je puis m'exprimer ainsi)». Le juge Devlin signale que l'imprudence est plus qu'une simple

culpable matter, it does mean the deliberate running of an unjustified risk (at pages 475-476):

The term “recklessly,” I think, does not really give rise to much difficulty. It means something more than mere negligence or inadvertence. I think it means deliberately running an unjustifiable risk. There is not anything necessarily criminal, or even morally culpable, about running an unjustifiable risk; it depends in relation to what risk is run; it may be a big matter or it may be a small matter. If I go out on a cold afternoon and forget to take my overcoat with me, that may be mere inadvertence, and not recklessness at all; it may be carelessness and not recklessness. If I decide that I will not take my overcoat with me although I know quite well that I may catch cold if I do not, I run the risk of catching cold, and I run that risk deliberately, although it may not be a very serious matter. I think that is the sort of recklessness that has to be considered in this case. It does not involve, in the circumstances of this case, a reckless disregard of human life, or anything of that sort, but it is sufficient that in relation to the cargo which the barge is intended to carry, the company, or somebody in it who is in this connection responsible, should be deliberately running an unjustifiable risk of this kind of cargo being damaged.

In Mr. Justice Devlin’s examples there is a knowledge element. Recklessness was further considered by the House of Lords in *Comr. of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 and in *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510. In both instances the context was the criminal law. However, in the latter recklessness was said to contain two elements. First, acting in such a manner as to create an obvious and serious risk; and second, doing so without giving any thought to the possibility of there being any such risk, or having recognized that there was risk involved, nevertheless decided to take the risk. These definitions are not inconsistent with Mr. Justice Devlin’s view of recklessness

[20] I cannot say that the CPR’s case for recklessness, on the particulars set out in paragraph 10, is clearly and obviously one which will not succeed. It may well be a difficult argument to make. However,

négligence ou une simple inadvertance et que même si elle n’a peut-être rien de criminel ou même de moralement mauvais, l’imprudence signifie bel et bien que l’on a délibérément couru un risque injustifié (aux pages 475 et 476):

[TRADUCTION] À mon avis, l’expression «d’une façon imprudente» ne pose pas réellement de problème. Ce n’est pas une simple négligence ou une simple inadvertance. Je crois que cela veut dire que l’on court délibérément un risque injustifiable, ce qui n’est pas nécessairement criminel ou même moralement mauvais; cela dépend du risque en cause; cela peut avoir une grande importance ou cela peut avoir une importance minime. Si je sors quand il fait froid et si j’oublie d’apporter mon manteau, il s’agit peut-être d’une simple inadvertance sans être pour autant de l’imprudence; je fais peut-être preuve d’insouciance plutôt que d’imprudence. Si je décide de ne pas apporter mon manteau alors que je sais fort bien que j’attraperai peut-être le rhume si je ne le fais pas, je cours le risque d’attraper le rhume, et ce, délibérément, même si cela n’est pas très grave. Je crois qu’il s’agit du genre d’imprudence dont il faut tenir compte en l’espèce. Eu égard aux circonstances de l’affaire, cela ne dénote pas que l’on manque de respect, par imprudence, pour la vie des gens, ou quelque chose de ce genre, mais il suffit, en ce qui concerne la cargaison que le chaland doit transporter, que la société ou qu’un employé de la société qui est responsable à cet égard, courre délibérément un risque injustifiable ayant pour effet de causer des dommages à ce genre de cargaison.

Dans les exemples donnés par le juge Devlin, il y a un élément de connaissance. La notion d’imprudence a également été examinée par la Chambre des lords dans les décisions *Comr. of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 et *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510. Il s’agissait de deux affaires criminelles. Toutefois, dans la dernière affaire, il était allégué que l’imprudence comportait deux éléments: en premier lieu, le fait d’agir de façon à créer un risque évident et sérieux et, en second lieu, le fait d’agir ainsi sans songer à la possibilité de l’existence de pareil risque, ou si le risque était reconnu, le fait de décider néanmoins de le courir. Ces définitions ne sont pas incompatibles avec l’avis que le juge Devlin a exprimé au sujet de la notion d’imprudence.

[20] Compte tenu des précisions données au paragraphe 10, je ne puis dire que l’allégation du CP, en ce qui concerne la question de l’imprudence, sera clairement et de toute évidence rejetée. Il est peut-être

it is not a forlorn argument. Paragraph 10 will remain except as to the reference, immediately preceding the itemized particulars, “to the operators, master, officers or crew of the *Rivtow 90I*”, which shall be removed as neither the wilful default nor the recklessness of Rivtow has any relevance in this limitation proceeding.

[21] Paragraph 11 sets out the same particulars as are contained in paragraph 10, however the thrust of paragraph 11 is the relationship between wilful default and recklessness, on the one hand, and Rivtow on the other hand. As I have already pointed out the reference to Rivtow is irrelevant in these proceedings. It is a plea that will lead to nothing. It is a plea that plainly and obviously discloses no reasonable means by which to break limitation of liability as against the plaintiffs. Paragraph 11 is struck out.

[22] Paragraph 12 of the defence relies on the maxim of *res ipsa loquitur* as *prima facie* evidence and proof of, among other things, wilful default and recklessness with intention to cause loss, or with the knowledge that such loss would probably result.

[23] *Res ipsa loquitur*, as it applied at one time, merely raised a *prima facie* case of negligence. From this point of view, mere negligence being irrelevant in order to break limitation of liability under the 1976 Convention, so is the plea of that maxim. Moreover, in addition, *res ipsa loquitur* is no longer applicable in Canada, even in respect of negligence: see for example *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)*, [1998] 1 S.C.R. 424, at page 435:

Whatever value *res ipsa loquitur* may have once provided is gone. Various attempts to apply the so-called doctrine have been more confusing than helpful. Its use has been restricted to cases where the facts permitted an inference of negligence and there was no other reasonable explanation for the accident. Given its limited use it is somewhat meaningless to refer to that use as a doctrine of law.

difficile de faire valoir cet argument. Toutefois, il ne s’agit pas d’un argument désespéré. Le paragraphe 10 sera maintenu, sauf en ce qui concerne la mention précédant les précisions qui sont données, faite [TRADUCTION] «aux exploitants, au capitaine, aux officiers ou à l’équipage du *Rivtow 90I*», laquelle sera supprimée puisque ni l’omission volontaire ni l’imprudence de Rivtow ne sont pertinentes dans la présente action en limitation.

[21] Au paragraphe 11, sont énoncées les mêmes précisions que celles qui figurent au paragraphe 10, mais le paragraphe 11 traite du rapport qui existe entre l’omission volontaire et l’imprudence d’une part et Rivtow d’autre part. Comme je l’ai déjà dit, la mention de Rivtow n’est pas pertinente en l’espèce. Il s’agit d’une allégation qui ne mènera à rien. Il s’agit d’une allégation qui, manifestement et de toute évidence, ne révèle aucun moyen raisonnable permettant de modifier la limitation de responsabilité qui s’applique aux demandeurs. Le paragraphe 11 est radié.

[22] Le paragraphe 12 de la défense est fondé sur la maxime *res ipsa loquitur* en tant que preuve *prima facie* et, en tant que preuve entre autres choses, d’une omission volontaire et d’une imprudence visant à causer une perte, ou du fait que l’on savait que pareille perte serait probablement subie.

[23] La maxime *res ipsa loquitur*, telle qu’elle s’appliquait à un moment donné, donnait simplement lieu à une preuve *prima facie* de négligence. Cela étant, puisque la simple négligence n’est pas pertinente lorsqu’il s’agit de modifier la limitation de responsabilité prévue par la Convention de 1976, il en va de même pour l’allégation fondée sur cette maxime. En outre, la maxime *res ipsa loquitur* ne s’applique plus au Canada, même en matière de négligence: voir par exemple *Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424, à la page 435:

Quelle que soit la valeur que la maxime *res ipsa loquitur* a pu avoir dans le passé, elle ne l’a plus maintenant. Diverses tentatives d’appliquer cette prétendue règle ont été plus déroutantes qu’utiles. Son utilisation a été limitée aux cas où les faits permettaient de déduire la négligence et où on ne disposait d’aucune autre explication raisonnable de l’accident. Vu cet usage restreint, il est quelque peu exagéré de le qualifier de règle de droit.

It would appear that the law would be better served if the maxim was treated as expired and no longer used as a separate component in negligence actions. After all, it was nothing more than an attempt to deal with circumstantial evidence. That evidence is more sensibly dealt with by the trier of fact, who should weigh the circumstantial evidence with the direct evidence, if any, to determine whether the plaintiff has established on a balance of probabilities a *prima facie* case of negligence against the defendant. Once the plaintiff has done so, the defendant must present evidence negating that of the plaintiff or necessarily the plaintiff will succeed.

[24] Paragraph 12 also touches upon statutory breach. Again this does not help the CPR and here I would refer to *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at page 225, where Mr. Justice Dickson, as he then was, does not recognize the nominate tort of statutory breach, pointing out that it should be considered in the context of the general law of negligence:

For all of the above reasons I would be adverse to the recognition in Canada of a nominate tort of statutory breach. Breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence. Negligence and its common law duty of care have become pervasive enough to serve the purpose invoked for the existence of the action for statutory breach.

[25] As an alternative, the CPR offered to amend paragraph 12 to take out the reference to *res ipsa loquitur* as proof of wilful default and recklessness. This proposed amendment does not assist.

[26] I am not convinced that paragraph 12 can be amended so as to leave any substance, with the removal of the *res ipsa loquitur* and statutory breach concepts. However, here I will give the CPR the benefit of the doubt: while paragraph 12 is struck out, the CPR may attempt an amendment.

[27] Paragraph 13 sets out that as the result of wilful default, recklessness and several other things, which are surplus, committed with intent, or committed with

Il semblerait que le droit s'en porterait mieux si la maxime était tenue pour périmée et n'était plus utilisée comme une notion distincte dans les actions pour négligence. Après tout, elle ne représentait rien de plus qu'une tentative de traiter de la preuve circonstancielle. Il est plus logique que le juge des faits traite de cette preuve en la soupesant en fonction de la preuve directe, s'il en est, pour décider si le demandeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, une preuve *prima facie* de la négligence du défendeur. Une fois que le demandeur a fait cela, le défendeur doit produire une preuve réfutant celle du demandeur, sans quoi ce dernier aura nécessairement gain de cause.

[24] Le paragraphe 12 traite également du manquement à une obligation légale. Cela n'aide pas le CP non plus; je mentionnerai ici l'arrêt *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, à la page 225, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) n'a pas reconnu le délit civil spécial de manquement à une obligation légale et a signalé que la violation d'une loi doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence:

Pour tous ces motifs, je serais opposé à ce qu'on reconnaisse au Canada l'existence d'un délit civil spécial de manquement à une obligation légale. La violation d'une loi, lorsqu'elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence. La notion de négligence et celle d'obligation de diligence qui s'y rattache en *common law* sont assez fortes pour servir aux fins invoquées à l'appui de l'existence de l'action fondée sur l'infraction à une loi.

[25] Subsidiairement, le CP a offert de modifier le paragraphe 12 de façon que la maxime *res ipsa loquitur* ne soit plus mentionnée à titre de preuve de l'omission volontaire ou de l'imprudence. La modification envisagée ne nous aide pas.

[26] Si la maxime *res ipsa loquitur* et la notion de manquement à une obligation légale sont supprimées, je ne suis pas convaincu que le paragraphe 12 puisse être modifié sans en enlever toute substance. Toutefois, je laisse ici le bénéfice du doute au CP; le paragraphe 12 est radié, mais le CP peut essayer de le modifier.

[27] Au paragraphe 13, il est énoncé que, par suite de l'omission volontaire, de l'imprudence et de plusieurs autres actes (qui sont des déclarations faites

knowledge that a loss would result, the CPR has suffered loss, damage and expense estimated in excess of \$5,000,000. This paragraph would seem to refer back to paragraph 10 and as such, at least to the extent that paragraph 10 is viable, is a proper plea. It shall remain.

[28] In paragraph 14 the CPR says that, as a result of all of this, both the plaintiffs and the defendant Rivtow are barred from limiting their liability pursuant to the *Canada Shipping Act* or the 1976 Convention. As I have pointed out the ability of Rivtow to limit its liability has no place in this proceeding. Paragraph 14 shall be amended to omit any reference to Rivtow.

[29] Paragraph 15 is a challenge to the concept set out by the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, *supra*, which established that the relevant limitation tonnage is that of the tug alone and not tug and tow combined. In effect, *The Rhône* signalled the demise of the flotilla principle in Canada bringing the Canadian law into line with the English law.

[30] The Supreme Court of Canada reached this decision on the basis of *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.) in which Lord Denning, M.R. was of the view that where those on board the tug were negligent and those on the tow are not (or as in this instance the tow is a dumb barge) the cause of the damage is the improper navigation of the tug and not the tow. Lord Denning went on to say that he found there was no logical ground for the assessment of liability on the combined tonnage of tug and tow, even where both are commonly owned. This approach was followed by Mr. Justice Kerr in *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.). This, and other cases which Mr. Justice Iacobucci touched upon in *The Rhône*, led to his summation that the jurisprudence on the issue of appropriate limitation tonnage, in a towage context, never extended to the tonnage of all the vessels in the flotilla being taken into account in order to determine limitation of liability.

en trop) que l'on a commis intentionnellement ou en sachant qu'il en résulterait une perte, le CP a subi une perte et des dommages et a engagé des frais qui sont évalués à plus de 5 000 000 \$. Ce paragraphe semblerait se rapporter au paragraphe 10 et, partant, dans la mesure du moins où le paragraphe 10 peut subsister, il s'agit d'une plaidoirie appropriée. Ce paragraphe sera maintenu.

[28] Au paragraphe 14, le CP affirme que, cela étant, les demandeurs et la défenderesse Rivtow ne peuvent pas limiter leur responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ou de la Convention de 1976. Comme je l'ai signalé, la capacité de Rivtow de limiter sa responsabilité n'est pas pertinente en l'espèce. Le paragraphe 14 sera modifié de façon qu'il n'y soit pas fait mention de Rivtow.

[29] Au paragraphe 15, le CP conteste l'idée que la Cour suprême du Canada a énoncée dans l'arrêt *Le Rhône*, précité, à savoir que la jauge pertinente aux fins de la limitation est celle du remorqueur seulement plutôt que la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué. L'arrêt *Le Rhône* a entraîné la disparition du principe de la flotille au Canada et a ainsi aligné le droit canadien et le droit anglais.

[30] La Cour suprême du Canada est arrivée à sa décision en se fondant sur le jugement *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.), dans lequel lord Denning, M.R., a exprimé l'avis selon lequel, lorsque les personnes qui étaient à bord du remorqueur ont été négligentes et que celles qui étaient à bord du bâtiment remorqué ne l'ont pas été (ou lorsque comme dans ce cas-ci le bâtiment remorqué est un chaland non propulsé) le dommage est attribuable à la mauvaise navigation du remorqueur plutôt que du bâtiment remorqué. Lord Denning a ajouté qu'il concluait que rien ne permettait logiquement d'apprécier la responsabilité compte tenu de la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué, même si les deux bâtiments appartenaient au même propriétaire. Cette approche a été suivie par M. le juge Kerr dans la décision *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.). Cette décision ainsi que les autres affaires dont le juge Iacobucci a parlé dans l'arrêt *Le Rhône* ont servi de fondement aux conclusions finales que le

[31] *The Rhône* was, at least to some degree, the product of the wording of section 647 of the *Canada Shipping Act*, which, at the time, paralleled the English legislation which gave rise to the decisions in *The Bramley Moore* and in *The Sir Joseph Rawlinson*.

[32] *The Rhône* was decided on the basis of what was then subsection 647(2) of the *Canada Shipping Act* [R.S.C. 1970, c. S-9], the effect of which was to calculate the limit of liability using the tonnage of the vessel or vessels causing the damage. As I have already noted, Mr. Justice Iacobucci, who wrote the majority judgment, pointed out that the jurisprudence on the issue of limitation for tug and tow had never extended as far as to require all vessels within the flotilla belonging to an impugned shipowner, to be taken into account when computing tonnage. Rather the intent was to take into account only the tonnage of the vessels causing the alleged damage and that apart from the vessel responsible for the navigation of a flotilla, only vessels in the same ownership, which physically cause or contributed to damage, formed the unit for which liability was limited: see page 541.

[33] Section 647 of the *Canada Shipping Act* is no more. Yet, for vessels of under 300 tons, as is the case of the *Sheena M*, section 577 [as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2] of the *Canada Shipping Act* parallels, although it does not completely reflect, former section 647 of the *Canada Shipping Act*.

juge a énoncées, à savoir que dans la jurisprudence portant sur la question de savoir de quelle jauge il convenait de tenir compte aux fins de la limitation dans le contexte du remorquage, il n'a jamais été tenu compte de la jauge de tous les bâtiments de la flotille lorsqu'il s'est agi de déterminer la limitation de responsabilité.

[31] L'arrêt *Le Rhône* était fondé, du moins dans une certaine mesure, sur le libellé de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui, à ce moment-là, était comparable à la législation anglaise qui a donné lieu aux décisions *The Bramley Moore* et *The Sir Joseph Rawlinson*.

[32] Le jugement *Le Rhône* a été rendu compte tenu de ce qui était alors le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [S.R.C. 1970, ch. S-9], selon lequel la limite de responsabilité était fonction de la jauge du navire ou des navires qui avaient causé les dommages. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge Iacobucci, qui a rendu jugement au nom de la majorité, a souligné que la jurisprudence portant sur la question de la limitation de responsabilité applicable aux remorqueurs et aux bâtiments remorqués n'étaient jamais allés jusqu'à exiger que tous les navires de la flotille appartenant au propriétaire du bâtiment en cause entrent en ligne de compte aux fins du calcul de la jauge. Il fallait plutôt tenir uniquement compte de la jauge des bâtiments qui avaient causé les dommages allégués; à part le bâtiment qui était responsable de la navigation de la flotille, seuls les bâtiments appartenant au même propriétaire qui avaient matériellement causé les dommages ou qui y avaient matériellement contribué formaient l'unité à l'égard de laquelle la responsabilité était limitée: voir la page 541.

[33] L'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* n'existe plus. Cependant, en ce qui concerne les bâtiments de moins de 300 tonnes, comme c'est le cas du *Sheena M*, l'article 577 [mod. par L.C. 1998, ch. 6, art. 2] de la *Loi sur la marine marchande du Canada* est comparable à l'ancien article 647 de cette Loi, même s'il ne correspond pas complètement à cette disposition.

[34] This approach by the CPR, that the flotilla principle ought now to apply, is at least a thin argument. Yet, counsel for the CPR refers to a passage from Richard Davison and Anthony Snelson in *The Law of Towage*, Lloyd's of London Press, 1990, for the proposition that under the 1976 Convention there is less reason to restrict the limitation fund to the tonnage of the tug alone [at page 87]:

The change from a regime restricting the right to limit to damage caused by acts or omissions in the navigation or management of the ship to a regime where the right to limit exists "whatever the basis of liability may be" may have affected this issue. Although the principle stated by Lord Denning in *The Bramley Moore*, namely that limitation is a right based on policy and not on justice, undoubtedly holds good, the basis of the decision discussed above is the concept of causative negligence in the "navigation or management" of a vessel. Now that the party wishing to limit only has to show that liability arose "in direct connection with the operation of the ship" there may be less reason to restrict the fund to the tonnage of the tug alone. Indeed, both the Court of Appeal in *The Bramley Moore* and Kerr J. in *The Sir Joseph Rawlinson* were, in a sense, compelled to adopt a restrictive approach by the dilemma that if the crew of the tug were navigating both tug and tow and the causative negligence was negligence in the navigation of both, then it necessarily followed that there would be unlimited liability in respect of the navigation of the tow, unless tug and tow were in common ownership. That dilemma has been removed by the much more open wording of the 1976 Convention.

[35] Whether or not Davison and Snelson are correct in suggesting the flotilla principle might be very much alive under the 1976 Convention, the result is that counsel for the CPR would not be embarrassed to argue for a combined tonnage limitation fund, that is the combined tonnage of the *Sheena M* and of the *Rivtow 901*. Thus the plea for a combined tonnage limitation fund is not plainly and obviously one which will fail. Paragraph 15 shall remain.

[34] L'approche adoptée par le CP, à savoir que le principe de la flottille devrait maintenant s'appliquer, est pour le moins peu convaincante. Pourtant, l'avocat du CP cite un passage de Richard Davidson et Anthony Snelson dans *The Law of Towage*, Lloyd's of London Press, 1990, à l'appui de la thèse selon laquelle, en vertu de la Convention de 1976, il est moins justifié de restreindre le fonds constitué à la jauge du remorqueur seulement [à la page 87]:

[TRADUCTION] Le fait que l'on est passé d'un régime restreignant le droit de limiter la responsabilité aux dommages causés par des actes ou des omissions dans la navigation ou dans la conduite du navire à un régime dans lequel le droit de limiter pareille responsabilité existe, et ce, «quel que soit le fondement de la responsabilité» peut avoir influé sur cette question. Le principe énoncé par lord Denning dans la décision *The Bramley Moore*, à savoir que la limitation est un droit fondé sur l'intérêt public et non sur la justice, est indubitablement valable, mais la décision examinée ci-dessus est fondée sur la notion de négligence causale «dans la navigation ou dans la conduite» d'un navire. Maintenant que la partie qui veut limiter sa responsabilité doit uniquement démontrer que la responsabilité est «directement liée à l'exploitation du navire», il est peut-être moins justifié de restreindre le fonds à la jauge du remorqueur seulement. De fait, la Cour d'appel dans l'arrêt *The Bramley Moore* et le juge Kerr dans la décision *The Sir Joseph Rawlinson* ont dans un certain sens été contraints à adopter une approche restrictive compte tenu du dilemme résultant du fait que, si l'équipage du remorqueur conduit tant le remorqueur que le bâtiment remorqué et si la négligence causale est une négligence commise dans la navigation des deux bâtiments, il s'ensuit nécessairement qu'en ce qui concerne la navigation du bâtiment remorqué, la responsabilité serait illimitée à moins que le remorqueur et le bâtiment remorqué n'appartiennent au même propriétaire. Le libellé beaucoup plus explicite de la Convention de 1976 fait disparaître ce dilemme.

[35] Indépendamment de la question de savoir si Davidson et Snelson ont raison de soutenir que le principe de la flottille pourrait fort bien s'appliquer encore dans le cadre de la Convention de 1976, il reste que l'avocat du CP ne se mettrait pas dans une situation embarrassante en préconisant que le fonds de limitation devrait être fonction de la jauge totale, à savoir la jauge du *Sheena M* et du *Rivtow 901*. Par conséquent, l'allégation relative au fonds de limitation calculé en fonction de la jauge totale n'est pas une allégation qui doit manifestement et de toute évidence être rejetée. Le paragraphe 15 sera maintenu.

[36] Success having been mixed, costs are in the cause. I thank counsel for excellent and substantial argument.

---

<sup>1</sup> This section of the *Canada Shipping Act* and its predecessor in the *Merchant Shipping Act* gave the courts some difficulty for, if strictly applied, it could take away from the courts the discretion of apportioning liability. Fortunately, in the case of a collision between two ships, this deeming provision was rendered ineffective by the Brussel's Collision Convention of 1910, adopted in part by Canada as *The Maritime Conventions Act, 1914*, S.C. 1914, c. 13. However the *Maritime Conventions Act* only comes into play in the case of collision between ships. The statutory presumption of fault may still be in effect in the case of a collision between a ship and some other object where collision regulations are pertinent and are not observed.

[36] Puisque personne n'a eu complètement gain de cause, les dépens suivront l'issue de la cause. Je remercie les avocats, qui ont présenté d'excellents et de solides arguments.

---

<sup>1</sup> Cette disposition de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et la disposition qui la précédait, dans la *Merchant Shipping Act*, ont posé des problèmes aux tribunaux étant donné que, si elles étaient appliquées à la lettre, elles pouvaient avoir pour effet de retirer le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux en matière de partage de la responsabilité. Heureusement, dans le cas d'une collision entre deux navires, cette disposition déterminative a cessé de s'appliquer par suite de la Convention de 1910 de Bruxelles sur les abordages, qui a été en partie adoptée par le Canada au moyen de la *Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13. Toutefois, la *Loi des conventions maritimes* ne s'applique pas dans le cas d'une collision entre des navires. La présomption de faute que la loi crée peut encore s'appliquer dans le cas d'une collision entre un navire et un autre objet lorsque les règlements sur les abordages s'appliquent et qu'ils ne sont pas observés.



A-428-98

A-428-98

**John Labatt Limited and Labatt Brewing Company Limited** (*Appellants*)

**John Labatt Limitée et La Brasserie Labatt Limitée** (*appelantes*)

v.

c.

**Molson Breweries, A Partnership** (*Respondent*)

**Les Brasseries Molson, Société en nom collectif** (*intimée*)

**INDEXED AS: MOLSON BREWERIES v. JOHN LABATT LTD. (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: BRASSERIES MOLSON c. JOHN LABATT LTÉE (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac, Létourneau and Rothstein JJ.A.—Ottawa, October 28, 1999 and February 3, 2000.

Cour d'appel, juges Isaac, Létourneau et Rothstein, J.C.A.—Ottawa, 28 octobre 1999 et 3 février 2000.

*Administrative law — Statutory appeals — Appeal from F.C.T.D. judgment allowing appeal from Registrar's refusal to register trade-mark "Export" in association with brewed alcoholic beverages based largely on additional evidence filed (sales, advertising figures, application by Labatt's subsidiary to register "Export" as trade-mark) on appeal — Trade-marks Act, s. 56 providing for appeal to Federal Court from any decision of Registrar — S. 56(5) permitting evidence in addition to that adduced before Registrar to be adduced on such appeal, permitting Federal Court to exercise any discretion vested in Minister — S. 56 appeal partly involves review of Registrar's findings — In absence of additional evidence before F.C.T.D., Registrar's decisions, whether of fact, law or discretion, within area of expertise, to be reviewed on standard of reasonableness simpliciter — When additional evidence adduced in F.C.T.D. that would materially affect findings of fact or exercise of discretion, Judge must come to own conclusion as to correctness of Registrar's decision — Applying reasonableness simpliciter standard of review to Registrar's decision, and having regard to fact additional evidence adduced in F.C.T.D. not materially affecting findings of fact, exercise of discretion, Registrar's decision should stand.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel d'un jugement de la Section de première instance accueillant, principalement en raison de la preuve additionnelle soumise en appel (chiffres de vente et de publicité, demande d'enregistrement du mot «Export» comme marque de commerce présentée par une filiale de Labatt), l'appel du refus du registraire d'enregistrer la marque de commerce «Export» en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage — L'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce prévoit l'appel à la Cour fédérale de toute décision du registraire — L'art. 56(5) autorise la présentation d'éléments de preuve additionnels, lors de ces appels, et permet à la Cour fédérale d'exercer toute discrétion dont le registraire est investi — L'appel prévu à l'art. 56 implique, en partie, la révision des conclusions du registraire — En l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, les décisions du registraire, de fait, de droit ou résultant de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable simpliciter — Lorsqu'une preuve additionnelle pouvant influencer sur les conclusions de fait ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire est déposée devant la Section de première instance, le juge doit tirer ses propres conclusions quant à l'exactitude de la décision du registraire — L'application du critère de contrôle de la décision raisonnable simpliciter à la décision du registraire et le fait que la preuve supplémentaire déposée devant la Section de première instance n'aurait pas influé de façon significative sur ses conclusions de fait ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire auraient dû entraîner le maintien de la décision du registraire.*

*Trade marks — Registration — Appeal from F.C.T.D. judgment allowing appeal from Registrar's refusal to register trade-mark "Export" in association with brewed alcoholic beverages based largely on additional evidence (sales, advertising figures, application by Labatt's subsidiary to register "Export" as trade-mark) filed on appeal — Basis of opposition "Export" descriptive of quality of beer, not*

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel d'un jugement de la Section de première instance accueillant, principalement en raison de la preuve additionnelle soumise en appel (chiffres de vente et de publicité, demande d'enregistrement du mot «Export» comme marque de commerce présentée par une filiale de Labatt), l'appel du refus du registraire d'enregistrer la marque de commerce «Export»*

*distinctive of product in association with which used — Registrar holding even if “Export” acquiring distinctiveness in Ontario, Quebec no evidence of distinctiveness throughout Canada — F.C.T.D. Judge holding subsidiary’s application admission against interest — Concluding “Export” distinctive of Molson’s product in Ontario, Quebec, Molson entitled to registration pursuant to Trade-marks Act, s. 12(2) — Appeal allowed — Applicant under s. 12(2) must show proposed trade-mark, although descriptive, acquiring dominant secondary or distinctive meaning in relation to its wares, services — S. 32 permitting registration to be restricted to territorial area in which trade-mark shown to have become distinctive — Date of filing application for registration relevant date for determining distinctiveness by reason of long use under s. 12(2) — Scheme of s. 32 indicating territorially restricted trade-mark limited to cases to which ss. 12(2), 13 apply — Applying s. 32(2), Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd. approach, if distinctiveness of “Export” mark in Ontario, Quebec established, Molson entitled to registration under s. 12(2) — Whether exclusivity essential to prove distinctiveness moot question — Exclusivity not essential to distinctiveness — Little probative value in flawed survey, self-serving evidence of Molson executives as to public recognition of “Export” in association with Molson’s product — Sales, advertising evidence not proving “Export” alone distinctive of Molson product — Subsidiary’s application should not have been treated as admission against interest — Applying reasonableness simpliciter standard of review, and as additional evidence would not have materially affected findings of fact, exercise of discretion, F.C.T.D. Judge should have allowed Registrar’s decision to stand — Where evidence not proving, on balance of probabilities, acquired distinctiveness of descriptive term under s. 12(2) to Registrar’s satisfaction, application cannot be allowed.*

This was an appeal under *Trade-marks Act*, section 56 from the trial judgment allowing an appeal from the Registrar’s refusal to register the trade-mark “Export” in association with brewed alcoholic beverages, based largely on additional evidence filed on the appeal. Subsection 56(1) provides for an appeal to the Federal Court from any decision of the Registrar. Subsection 56(5) permits evidence

*en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage — L’opposition avait pour motif que le mot «Export» était descriptif de la qualité de la bière et qu’il n’était pas distinctif du produit en liaison avec lequel il était employé — Le registraire a conclu que même si le mot «Export» avait acquis un caractère distinctif en Ontario et au Québec, rien ne prouvait que c’était le cas pour le reste du pays — Le juge de la Section de première instance a déterminé que la demande soumise par la filiale était un aveu — Elle a conclu que la marque «Export» était distinctive du produit de Molson en Ontario et au Québec et que Molson avait droit à l’enregistrement en vertu de l’art. 12(2) — Appel accueilli — Sous le régime de l’art. 12(2), le requérant doit prouver que la marque de commerce qu’il veut enregistrer, même si elle est descriptive, a acquis une signification seconde et distinctive, prépondérante en liaison avec ses marchandises ou ses services — L’art. 32 permet de restreindre l’enregistrement à la région où la marque de commerce est, d’après la preuve, devenue distinctive — La date à laquelle il faut établir le caractère distinctif de la marque en raison de son emploi prolongé au Canada est la date du dépôt de la demande d’enregistrement — Le mécanisme de l’art. 32 indique que l’octroi d’une marque de commerce à portée territoriale restreinte est limité aux affaires relevant des art. 12(2) et 13 — Suivant l’art. 32(2) et la décision *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*, si Molson établit le caractère distinctif de sa marque «Export» en Ontario et au Québec, elle aura droit à l’enregistrement en vertu de l’art. 12(2) — La question de savoir si l’exclusivité est essentielle à l’établissement du caractère distinctif est sans objet — L’exclusivité n’est pas essentielle au caractère distinctif — Quant à la reconnaissance du terme «Export» par le public en liaison avec le produit Molson, le témoignage intéressé de deux cadres supérieurs de Molson et un sondage faussé n’ont pas de valeur probante significative — La preuve relative aux chiffres des ventes et aux dépenses publicitaires n’établit pas que le mot «Export» seul est distinctif de la bière Molson — La demande de la filiale n’aurait pas dû être considérée comme un aveu — Si l’on applique le critère de contrôle de la décision raisonnable simpliciter à la décision, comme la preuve supplémentaire déposée devant la Section de première instance n’aurait pas influé de façon significative sur les conclusions de fait ou sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire, le juge aurait dû maintenir la décision du registraire — Lorsque la preuve n’établit pas de façon prépondérante, à la satisfaction du registraire, que le terme descriptif a acquis un caractère distinctif conformément à l’art. 12(2), la demande ne peut être accueillie.*

Il s’agit de l’appel, fondé sur l’article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, de la décision de la Section de première instance d’accueillir, en s’appuyant principalement sur la preuve additionnelle qui lui a été soumise, l’appel formé contre le refus du registraire d’enregistrer la marque de commerce «Export» en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage. Le paragraphe 56(1) prévoit un

in addition to that adduced before the Registrar to be adduced on such an appeal, and permits the Federal Court to exercise any discretion vested in the Minister.

By reason of *Trade-marks Act*, paragraph 12(1)(b), a mark that is clearly descriptive of goods is not registrable. However, under subsection 12(2), if, by long use of the mark in association with the goods, it has become distinctive of the applicant's wares at the date of application for registration of the mark, such that the clearly descriptive connotation of the trade-mark is subordinated to its distinctiveness, the trade-mark may be registered. Molson's application for registration of "Export" for use in association with brewed alcoholic beverages did not refer to section 12. Labatt opposed the registration application on the basis that the word "Export" was clearly descriptive of a quality of beer under paragraph 12(1)(b), and was not distinctive of Molson's beer pursuant to paragraph 38(2)(d). In 1988 Molson amended its application to claim the benefit of subsection 12(2). The Registrar had before him an affidavit to which was exhibited a survey conducted at four locations in Ontario. The Registrar concluded that even if the affidavit proved that "Export" had acquired distinctiveness in Ontario, that proof did not extend to show that it had acquired distinctiveness throughout Canada. The Trial Division had before it sales and advertising figures, and an application by Labatt on behalf of its wholly owned subsidiary, Oland Breweries Ltd., to register "Export" as its trade-mark. This evidence had not been before the Registrar. The Trial Judge treated Labatt's attempt to register "Export" as a trade-mark on behalf of its subsidiary as an admission against interest from which Labatt should not be allowed to resile for the purposes of the Molson application. She made two determinations: (1) that Molson's "Export" mark had been distinctive in Ontario and Quebec at the date of the filing of the application for registration; and (2) that while the date of opposition was relevant for purposes of the opposition under paragraph 38(2)(d), the issue was moot as there was no change in market conditions between the date of application and the date of opposition. Thus Molson was entitled to registration of its mark pursuant to *Trade-marks Act*, subsection 12(2).

The issues were: (1) what is the nature of an appeal under section 56 and the standard of review; (2) what is the standard of proof under subsection 12(2); (3) what is the relevant date for determining distinctiveness under subsection 12(2); (4) whether distinctiveness must be established throughout Canada; (5) whether exclusivity is essential to prove distinctiveness; and (6) whether the Trial Judge's

droit d'appel à la Cour fédérale de toute décision du registraire. Le paragraphe 56(5) autorise la présentation d'éléments de preuve additionnels, lors de ces appels, et permet à la Cour fédérale d'exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

Aux termes de l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les marques de commerce*, une marque qui est clairement descriptive d'un bien n'est pas enregistrable. Toutefois, en vertu du paragraphe 12(2), si, par un emploi prolongé de la marque en liaison avec un bien, celle-ci est devenue distinctive des marchandises du requérant à la date de la demande d'enregistrement, de telle sorte que la connotation clairement descriptive de la marque de commerce est subordonnée à son caractère distinctif, la marque de commerce peut être enregistrée. La demande d'enregistrement de Molson visant la marque «Export», pour utilisation en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage ne renvoyait pas à l'article 12. Labatt s'est opposée à la demande au motif que le mot «Export» était, suivant l'alinéa 12(1)b), clairement descriptif de la qualité de la bière et qu'il n'était pas, suivant l'alinéa 38(2)d), distinctif de la bière de Molson. En 1988, Molson a modifié sa demande pour se prévaloir du paragraphe 12(2). Un affidavit, accompagné d'un sondage mené à quatre endroits en Ontario, a été déposé devant le registraire, lequel a conclu que même si l'affidavit prouvait que le mot «Export» avait acquis un caractère distinctif en Ontario, aucune preuve ne permettait d'en arriver à la même conclusion pour le reste du pays. La Section de première instance disposait d'un état des chiffres de ventes et des dépenses publicitaires de Molson ainsi que d'une demande faite par Labatt, au nom de sa filiale en propriété exclusive, Oland Breweries Limitée (Oland), en vue d'enregistrer le mot «Export» comme marque de commerce qui n'avaient pas été déposés devant le registraire. Le juge a estimé que la tentative de Labatt d'enregistrer «Export» comme marque de commerce pour le compte d'une filiale était un aveu que Labatt ne devait pas être autorisé à retirer pour les fins de la demande de Molson. Elle a conclu 1) que la marque «Export» de Molson était distinctive en Ontario et au Québec à la date du dépôt de la demande d'enregistrement et 2) que même si la date de l'opposition était pertinente pour les fins de l'opposition sous le régime de l'alinéa 38(2)d), la question était sans objet du fait qu'il n'y a eu aucun changement dans les conditions du marché entre la date de la demande et la date de l'opposition. Elle a donc statué que Molson avait droit à l'enregistrement de la marque en vertu du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Voici les questions en litige: 1) la nature de l'appel sous le régime de l'article 56 et la norme de contrôle; 2) la norme de preuve requise par le paragraphe 12(2); 3) la date pertinente pour la détermination du caractère distinctif sous le régime du paragraphe 12(2); 4) la question de savoir si le caractère distinctif doit être établi pour tout le Canada; 5) la question de savoir si le caractère exclusif est essentiel à la

decision was correct.

*Held* (Isaac J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Rothstein J.A.: (1) An appeal under section 56 involves, at least in part, a review of the findings of the Registrar. Even though the *Trade-marks Act* expressly provides for an appeal to the Federal Court, the Registrar's expertise has been recognized as requiring some deference. In the absence of additional evidence adduced in the Trial Division, the Registrar's decisions, whether of fact, law, or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar's decision.

(2) The cases often refer to a "heavy onus" in an application under subsection 12(2). "Heavy onus" would appear to be directed to the exceptional aspect of subsection 12(2). Because subsection 12(2) is an exception to non-registrability of clearly descriptive terms, evidence must be adduced that long use has caused a descriptive word to have become distinctive of the applicant's product. If such evidence is provided, it is to be assessed on a balance of probabilities. Subsection 12(2) does not require an applicant to demonstrate the elimination of the descriptiveness of a mark. The applicant under subsection 12(2) must show that the trade-mark it seeks to register, although it may be descriptive, has acquired a dominant secondary or distinctive meaning in relation to the wares or services of the applicant.

(3) The date on which the distinctiveness of a mark must be established by reason of long use in Canada is the date of filing of an application for its registration. Once it is advertised, there is not a two-stage approach in respect of applications under subsection 12(2). The opposition under paragraph 38(2)(d) and the question of whether a mark has acquired distinctiveness under subsection 12(2) involve the same determination. Indeed, the question of registrability is also part of the same determination because if the mark is found to be registrable by reason of subsection 12(2), such finding will have displaced non-registrability by reason of paragraphs 12(1)(a) or (b). Throughout, the onus is on the applicant to prove distinctiveness.

Under paragraph 18(1)(b) registration of a trade-mark is invalid if it is not distinctive at the time proceedings

preuve du caractère distinctif; 6) l'appréciation de la décision du juge de première instance.

*Arrêt* (le juge Isaac, J.C.A., est dissident): l'appel est accueilli.

Le juge Rothstein, J.C.A.: 1) Un appel sous le régime de l'article 56 implique, du moins en partie, une révision des conclusions du registraire. Même si la *Loi sur les marques de commerce* prévoit expressément le droit d'appel devant la Cour fédérale, il a été reconnu que les connaissances spécialisées du registraire méritent une certaine déférence. En l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, 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 ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire.

2) Relativement au paragraphe 12(2), la jurisprudence parle souvent de «charge lourde». Le terme «charge lourde» paraît tenir au caractère exceptionnel du paragraphe 12(2). Parce que le paragraphe 12(2) est une exception au principe de la non-enregistrabilité des termes clairement descriptifs, il doit être prouvé que l'emploi prolongé a fait qu'un mot descriptif est devenu distinctif du produit du requérant. Si une telle preuve est soumise, elle doit être évaluée suivant la probabilité la plus forte. Le paragraphe 12(2) ne requiert pas la démonstration de l'élimination du caractère descriptif de la marque. Le requérant doit prouver que la marque de commerce qu'il veut enregistrer, bien qu'elle puisse être descriptive, a acquis une signification seconde et distinctive, prépondérante en liaison avec ses marchandises ou ses services.

3) La date à laquelle il faut établir le caractère distinctif de la marque en raison de son emploi prolongé au Canada est la date de la production d'une demande d'enregistrement la concernant. Une fois la demande annoncée, les demandes visées au paragraphe 12(2) ne donnent pas lieu à la démarche en deux étapes. L'opposition déposée en vertu de l'alinéa 38(2)d) et la question de savoir si une marque a acquis un caractère distinctif suivant le paragraphe 12(2) impliquent la même décision. En réalité, la question de l'enregistrabilité fait également partie de la même décision parce que si la marque est jugée enregistrable en application du paragraphe 12(2), cette conclusion aura pour effet de supplanter l'interdiction d'enregistrement prévue aux alinéas 12(1)a) ou b). Pendant tout le processus, c'est au requérant qu'il incombe de prouver le caractère distinctif.

Aux termes de l'alinéa 18(1)b), l'enregistrement d'une marque de commerce n'est pas valide si elle n'est pas

bringing the validity of the registration into question are commenced. Paragraph 18(1)(b) applies where there has been a registration granted and subsequently proceedings are taken to invalidate the registration. Paragraph 38(2)(d) provides for opposition to be filed based on non-distinctiveness. The filing of an opposition under paragraph 38(2)(d) is not a proceeding bringing the validity of an already registered trade-mark into question under paragraph 18(1)(b). Therefore the filing of the opposition in this case did not create a second date for the determination of distinctiveness.

(4) Section 19 provides that registration gives to the owner the exclusive right to use “throughout Canada” of the trade-mark. Subsection 32(1) provides that an applicant who claims that his trade-mark is registrable under subsection 12(2), or section 13 shall furnish the Registrar with evidence establishing the extent and time during which the mark has been used in Canada. Subsection 32(2) permits the Registrar to restrict the registration to the defined territorial area in which the trade-mark is shown to have become distinctive. Thus the legislation appears to contemplate a general registration throughout Canada, subject, in certain circumstances, to restriction by the Registrar to defined territorial areas where the evidence only supports distinctiveness having been acquired in those areas. In *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*, Cattanaich J. held that a trade-mark is distinctive if it actually distinguishes the wares or services of its owner from those of others in a restricted area of Canada and need not distinguish those wares throughout Canada. A number of Trade-marks Opposition Board cases have disapproved of or distinguished that finding. The *Great Lakes* finding on this issue should be limited to applications under subsection 12(2) or section 13. The scheme of section 32 in its entirety supports the view that territorially restricted trade-marks are limited to cases to which subsection 12(2) or section 13 apply. Subsection 32(2) is not an independent provision applicable to all trade-mark applications, but rather only to those to which subsection 32(1) applies, namely applications under subsection 12(2) or section 13. Thus subsection 32(2) and *Great Lakes* can be applied to the present case, so that if Molson establishes distinctiveness in Ontario and Quebec of its “Export” mark, it will be entitled to registration under subsection 12(2).

(5) Having determined that the relevant date for determining distinctiveness is the date of filing the application for registration, and that such application may be restricted to a defined territorial area, the question of whether exclusivity is essential to prove distinctiveness was moot. As of the date of filing of the application, there was no other use of the

distinctive à l’époque où les procédures soulevant la validité de l’enregistrement ont commencé. L’alinéa 18(1)b) reçoit application dans les cas où on a fait droit à l’enregistrement et que, subséquemment, des procédures sont prises pour faire invalider cet enregistrement. L’alinéa 38(2)d) prévoit le dépôt d’une opposition fondée sur le caractère non distinctif. Le dépôt d’une opposition en vertu de l’alinéa 38(2)d) n’est pas une instance soulevant la question de la validité d’une marque de commerce déjà enregistrée comme le prévoit l’alinéa 18(1)b). Par conséquent, le dépôt d’une opposition en l’espèce n’a pas eu pour effet de créer une seconde date pour la détermination du caractère distinctif.

4) L’article 19 prévoit que l’enregistrement confère au propriétaire le droit exclusif à l’emploi de la marque «dans tout le Canada». Suivant le paragraphe 32(1), le requérant qui prétend que sa marque est enregistrable en vertu du paragraphe 12(2) ou en vertu de l’article 13 doit fournir au registraire une preuve établissant dans quelle mesure et pendant quelle période la marque a été employée au Canada. Le paragraphe 32(2) permet au registraire de restreindre l’enregistrement à la région où la marque de commerce est, d’après la preuve, devenue distinctive. La Loi semble donc envisager un enregistrement général dans tout le Canada bien que, dans certaines circonstances, il puisse être restreint par le registraire à certaines régions définies lorsque la preuve établit que le caractère distinctif n’est acquis que dans ces régions. Dans l’affaire *Great Lakes Hotels Ltd. v. Noshery Ltd.*, le juge Cattanaich a statué qu’une marque est distinctive si elle fait réellement une distinction entre les marchandises et services de son propriétaire et ceux d’une autre personne dans une région définie au Canada sans faire une distinction dans tout le Canada. Des décisions de la Commission des oppositions des marques de commerce ont rejeté cette conclusion ou lui ont apporté des distinctions. La décision *Great Lakes* ne devrait s’appliquer qu’aux demandes faites en vertu du paragraphe 12(2) ou de l’article 13. Le mécanisme de l’article 32 dans son ensemble paraît étayer l’interprétation selon laquelle l’octroi d’une marque de commerce à portée territoriale restreinte est limité aux affaires relevant de ces dispositions. Le paragraphe 32(2) ne semble pas être une disposition autonome applicable à toutes les demandes d’enregistrement de marque de commerce; il s’applique plutôt aux demandes visées par le paragraphe 32(1), savoir les demandes présentées sous le régime du paragraphe 12(2) ou de l’article 13. Par conséquent, le paragraphe 32(2) et la décision *Great Lakes* peuvent s’appliquer en l’espèce, de sorte que, si Molson peut établir le caractère distinctif de sa marque «Export» en Ontario et au Québec, elle aura droit à l’enregistrement en vertu du paragraphe 12(2).

5) Vu la conclusion voulant que la date pertinente pour déterminer le caractère distinctif soit celle du dépôt de la demande d’enregistrement et que l’enregistrement puisse être restreint à une région définie, la question de savoir si l’exclusivité est essentielle à l’établissement du caractère distinctif devient sans objet. À la date du dépôt de la

word "Export" in association with brewed alcoholic beverages in Ontario and Quebec. Proof of exclusive use of a trade-mark by an applicant is not required to demonstrate distinctiveness for the purpose of registration. While use of the same mark by others in association with similar wares is relevant in determining whether a mark is distinctive, exclusivity is not essential in proving distinctiveness.

(6) The Court of Appeal was in as good a position as the Trial Judge to determine what conclusions should be drawn from this evidence. The word "Export" never appears alone, but only in conjunction with the word "Molson" or "Molson's" on bottles or cartons. Therefore extensive sales or advertising expenditures did not prove that the word "Export" alone was distinctive of Molson's beer. "Molson Export" is distinctive, but the evidence did not lead to the conclusion that the term "Export" of itself is distinctive of the product.

The self-serving evidence of Molson senior executives that there was public recognition of the term "Export" in association with the Molson product, and a survey, which the Trial Judge found was flawed, did not have significant probative value.

That Labatt's subsidiary was seeking the same kind of recognition of "Export" with respect to one of its products was not evidence that "Export" in relation to Molson's product had acquired distinctiveness. Distinctiveness is to be determined from the point of view of an everyday user of the wares and the trade-mark must be considered in its entirety and as a matter of first impression. The subsidiary's application was irrelevant. It did not discredit Labatt's opposition in the Molson proceedings. The obvious inference was that the subsidiary's application for registration of "Export" was a response to the earlier Molson application. The subsidiary was trying to protect its use of "Export" in the face of the Molson application. The Trial Judge should not have treated the subsidiary's application as an admission against interest. Applying the reasonableness *simpliciter* standard of review to the Registrar's decision, and having regard to the fact that the additional evidence adduced in the Trial Division would not have materially affected his findings of fact or exercise of discretion, the Trial Judge should have allowed the Registrar's decision to stand. By reason of subsection 32(1), a decision under subsection 12(2) must be supported by evidence satisfactory to the Registrar. Where the evidence does not prove, on a balance of probabilities, acquired distinctiveness of a descriptive term under subsection 12(2) to the satisfaction of the Registrar, the application cannot be allowed.

*Per Isaac J.A. (dissenting):* The critical question was whether Molson had discharged the onus imposed by subsection 12(2) of showing that at the date of the filing of its application for registration, the trade-mark had been "so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to have become distinctive".

demande, il n'y avait, en Ontario et au Québec, aucun autre emploi du terme «Export» en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage. Bien que l'emploi par d'autres de la même marque en liaison avec des marchandises similaires soit pertinent pour établir si une marque est en fait distinctive, l'exclusivité n'est pas essentielle à cette démonstration.

6) La Cour d'appel est en aussi bonne position que le juge de première instance pour déterminer quelles conclusions il faut tirer de la preuve. Le mot «Export» n'est jamais employé seul, il l'est toujours en relation avec le mot «Molson» ou «Molson's» sur les bouteilles ou les cartons porte-bouteilles. En conséquence, l'importance des chiffres de vente et des dépenses publicitaires ne prouve pas que le mot «Export» seul est distinctif de la bière Molson. L'expression «Molson Export» est distinctive, mais la preuve n'établit pas que le mot «Export» seul l'est.

Quant à la reconnaissance du terme «Export» par le public en liaison avec le produit Molson, le témoignage intéressé de deux cadres supérieurs de Molson et le sondage, qui était faussé selon le juge de première instance, n'ont pas de valeur probante significative.

Le fait que la filiale de Labatt a cherché à obtenir la même forme de reconnaissance du terme «Export» pour un de ses produits ne prouve pas que ce terme a acquis un caractère distinctif en liaison avec un produit de Molson. Le caractère distinctif s'établit du point de vue de l'utilisateur régulier, et la marque de commerce doit être considérée de façon globale et sous l'angle de la première impression. La demande de la filiale n'a aucune pertinence, et elle ne porte pas ombrage à l'opposition de Labatt. La conclusion évidente est que la filiale a demandé l'enregistrement du mot «Export» en réaction à la demande de Molson. Elle cherchait à protéger l'utilisation qu'elle faisait de ce mot, face à la demande de Molson. Le juge de première instance n'aurait pas dû conclure que cette demande constituait un aveu à l'encontre des intérêts de Labatt. Si l'on applique le critère de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* à la décision du registraire, et considérant que la preuve supplémentaire déposée devant la Section de première instance n'aurait pas influé de façon significative sur ses conclusions de fait ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge aurait dû maintenir la décision du registraire. En raison du paragraphe 32(1), une décision rendue sous le régime du paragraphe 12(2) doit être fondée sur une preuve qui satisfait le registraire. Lorsque la preuve n'établit pas selon la probabilité la plus forte et à la satisfaction du registraire, que le terme descriptif a acquis un caractère distinctif conformément au paragraphe 12(2), la demande ne peut être accueillie.

Le juge Isaac, J.C.A. (*dissident*): La question cruciale est de déterminer si Molson s'est acquittée du fardeau, imposé par le paragraphe 12(2), d'établir qu'à la date du dépôt de la demande d'enregistrement, la marque de commerce avait été «employée au Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive».

The Registrar's conclusion was one of fact. The Trial Division was therefore free to review it and to reach its own conclusion. More significantly, the Court had before it additional evidence which had not been before the Registrar.

The Trial Division did not place reliance on the subsidiary's application for proof of the distinctiveness of the Molson trade-mark. Rather it correctly concluded that the subsidiary's application was an admission against interest which tended to weaken the credibility of the appellant's opposition to the respondent's application. After reviewing all the evidence, the Court was satisfied that Molson had established the distinctiveness of the "Export" trade-mark in Ontario and Quebec. That conclusion was open to the Trial Division on the evidence which it considered. Absent palpable and overriding error which affected the Court's view of the facts, there was no reason to interfere with that conclusion.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 37(2)(b).  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "distinctive", "trade-mark", 12(1)(a),(b),(2), 13, 18(1)(b), 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 32, 38(2)(b),(d), 56.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207; 25 F.T.R. 151 (F.C.T.D.); aff'd (1992), 41 C.P.R. (3d) 67; 139 N.R. 319 (F.C.A.); *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207; *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3; (1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.); *Kellogg Company of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1940] Ex. C.R. 163; [1939] 3 D.L.R. 65; *Crosfield (Joseph) & Sons Ltd. — In the Matter of an Application to Register a Trade Mark ("Perfection")* by (1909), 26 R.P.C. 837 (C.A.); *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 622; (1968), 56 C.P.R. 165; *Battle Pharmaceuticals v. The British Drug Houses Ltd.*, [1946] S.C.R. 50; [1946] 1 D.L.R. 289; (1945), 5 C.P.R. 71.

##### DISTINGUISHED:

*Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.*, [1971] F.C. 106; (1971), 1 C.P.R. (2d) 155

La conclusion du registraire était une conclusion de fait. La Section de première instance pouvait donc réviser cette décision et y substituer ses propres conclusions. Qui plus est, la Section de première instance avait une preuve additionnelle qui n'avait pas été présentée au registraire.

La Section de première instance ne s'est pas fondée sur la demande d'enregistrement présentée par la filiale pour conclure que Molson avait établi le caractère distinctif de sa marque. Elle a plutôt correctement conclu que cette demande était un aveu tendant à diminuer la crédibilité de l'opposition de l'appelante à la demande de l'intimée. Après avoir examiné la preuve, la Cour s'est déclarée convaincue que Molson avait établi le caractère distinctif de la marque de commerce «Export» en Ontario et au Québec. La Section de première instance pouvait arriver à cette conclusion. Comme il n'y a pas d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, je ne vois pas de motifs de modifier cette conclusion.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «distinctive», «marque de commerce», 12(1)a),b) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 59), (2), 13, 18(1)b), 19 (mod., *idem*, art. 60), 32, 38(2)b),d), 56.

*Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10, art. 37(2)b).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207; 25 F.T.R. 151 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); conf. par (1992), 41 C.P.R. (3d) 67; 139 N.R. 319 (C.A.F.); *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*, [1969] R.C.S. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207; *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3; (1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.); *Kellogg Company of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1940] R.C.É. 163; [1939] 3 D.L.R. 65; *Crosfield (Joseph) & Sons Ltd. — In the Matter of an Application to Register a Trade Mark («Perfection»)* by (1909), 26 R.P.C. 837 (C.A.); *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*, [1968] 2 R.C.É. 622; (1968), 56 C.P.R. 165; *Battle Pharmaceuticals v. The British Drug Houses Ltd.*, [1946] R.C.S. 50; [1946] 1 D.L.R. 289; (1945), 5 C.P.R. 71.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Standard Coil Products Can. Ltd. c. Standard Radio Corp.*, [1971] C.F. 106; (1971), 1 C.P.R. (2d) 155

(T.D.); affd [1976] 2 F.C. iv; (1976) 26 C.P.R. (2d) 288 n (C.A.).

## CONSIDERED:

*Carling Breweries Ltd. v. Molson Companies Ltd.*, [1984] 2 F.C. 920; (1984) 1 C.P.R. (3d) 191 (T.D.); *Carling Breweries Ltd. v. Molson Cos. Ltd.* (1988), 16 C.I.P.R. 157; 19 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.); *Robinson's Camera Centre Ltd. v. Black Photo Corp.* (1990), 34 C.P.R. (3d) 439 (T.M.O.B.); *Morris et al. trading as Happy Cooker Catering v. Lisko* (1982), 70 C.P.R. (2d) 254 (T.M.O.B.); *DeCaria Hair Studio Ltd. v. Massimo De Berardinis et al. trading as De Berardinis* (1984), 2 C.P.R. (3d) 309 (T.M.O.B.).

## REFERRED TO:

*Molson Breweries, a Partnership v. Swan Brewery Co.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 303 (T.M.O.B.); *Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; affg (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.); *Muffin Houses Inc. v. Muffin House Bakery Ltd.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 272 (T.M.O.B.); *Imperial Group plc and Another v Philip Morris Limited and Another*, [1984] R.P.C. 293 (Ch.D.); *Moore Dry Kiln Co. of Canada v. U.S. National Resources Inc.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 40; 12 N.R. 361 (F.C.A.); *Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et al. v. Marketing International Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 99; (1979), 105 D.L.R. (3d) 423; 9 B.L.R. 327; 44 C.P.R. (2d) 16; 29 N.R. 515; *Mr. P's Mastertune Ignition Services Ltd. v. Tune Masters* (1984), 82 C.P.R. (2d) 128 (F.C.T.D.); *All Canada Vac Ltd. v. Lindsay Manufacturing Inc.* (1990), 28 C.P.R. (3d) 385; 32 F.T.R. 259 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "trial de novo".  
Clark, Joan. "The Distinctiveness Required for the Validity of a Trade Mark" (1971), 2 C.P.R. (2d) 239.  
Fox, H. G. *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1972.

APPEAL from a Trial Division judgment (*Molson Breweries, a Partnership v. John Labatt Ltd.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 1; 148 F.T.R. 281 (F.C.T.D.)) allowing an appeal from the Registrar's refusal to register the

(1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1976] 2 C.F. iv; (1976), 26 C.P.R. (2d) 288 n (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Carling Breweries Ltd. c. Molson Companies Ltd.*, [1984] 2 C.F. 920; (1984), 1 C.P.R. (3d) 191 (1<sup>re</sup> inst.); *Brasseries Carling Ltée. c. Cies Molson Ltée* (1988), 16 C.I.P.R. 157; 19 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.); *Robinson's Camera Centre Ltd. c. Black Photo Corp.* (1990), 34 C.P.R. (3d) 439 (C.O.M.C.); *Morris et al. trading as Happy Cooker Catering v. Lisko* (1982), 70 C.P.R. (2d) 254 (C.O.M.C.); *DeCaria Hair Studio Ltd. v. Massimo De Berardinis et al. trading as De Berardinis* (1984), 2 C.P.R. (3d) 309 (C.O.M.C.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Brasseries Molson, société en nom collectif c. Swan Brewery Co.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 303 (C.O.M.C.); *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd. (no 1)* (1987), 17 C.P.R. 289 (C.A.F.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; conf. (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.); *Muffin Houses Inc. c. Muffin House Bakery Ltd.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 272 (C.O.M.C.); *Imperial Group plc and Another v Philip Morris Limited and Another*, [1984] R.P.C. 293 (Ch.D.); *Moore Dry Kiln Co. of Canada c. U.S. National Resources Inc.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 40; 12 N.R. 361 (C.A.F.); *Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et autre c. Marketing International Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 99; (1979), 105 D.L.R. (3d) 423; 9 B.L.R. 327; 44 C.P.R. (2d) 16; 29 N.R. 515; *Mr. P's Mastertune Ignition Services Ltd. c. Tune Masters* (1984), 82 C.P.R. (2d) 128 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *All Canada Vac Ltd. c. Lindsay Manufacturing Inc.* (1990), 28 C.P.R. (3d) 385; 32 F.T.R. 259 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul (Minn.): West Group, 1999 «trial de novo».  
Clark, Joan. «The Distinctiveness Required for the Validity of a Trade Mark» (1971), 2 C.P.R. (2d) 239.  
Fox, H. G. *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto; Carswell, 1972.

APPEL d'un jugement de la Section de première instance (*Brasseries Molson, société en nom collectif c. John Labatt Ltée* (1998), 82 C.P.R. (3d) 1; 148 F.T.R. 281 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) accueillant, principalement



trade-mark "Export" (*John Labatt Ltd. v. Molson Breweries, A Partnership*, [1995] T.M.O.B. No. 223 (QL)) based largely on additional evidence filed on the appeal. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Nicholas H. Fyfe, Q.C.* and *Kohji Suzuki* for appellants.

*Elizabeth G. Elliott* and *John S. Macera* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Ottawa, for appellants.

*Macera & Jarzyna*, Ottawa, for respondent.

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

[1] ISAAC J.A. (*dissenting*): I have had the privilege of reading, in draft, the reasons for judgment which Mr. Justice Rothstein proposes to deliver in this appeal. I regret that I am unable to subscribe to them or to the manner of his proposed disposition of the appeal.

[2] The reasons for my conclusion follow.

[3] I do not find it necessary to express an opinion on the first five issues with which Justice Rothstein has dealt, namely: the nature of and appeal under section 56 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (the Act), and the standard of review; the standard of proof under subsection 12(2) of the Act; the relevant date for determining distinctiveness under subsection 12(2) of the Act; whether distinctiveness must be established throughout Canada; and whether exclusivity is essential to prove distinctiveness, since those issues have been dealt with either in existing jurisprudence or in legislation.

[4] To my mind, the critical question in this appeal is whether the Court at first instance was right in concluding on the facts placed before it, that the

en raison de la preuve additionnelle soumise à la Cour, l'appel du refus du registraire d'enregistrer la marque de commerce «Export» (*John Labatt Ltée c. Brasseries Molson, société en nom collectif*, [1995] C.O.M.C. n° 223 (QL)). Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Nicholas H. Fyfe, c.r.* et *Kohji Suzuki* pour les appelantes.

*Elizabeth G. Elliott* et *John S. Macera* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Smart & Biggar*, Ottawa, pour les appelantes.

*Macera & Jarzyna*, Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE ISAAC, J.C.A. (*dissident*): J'ai eu le privilège de lire le projet de jugement du juge Rothstein en l'espèce. Je regrette de ne pouvoir souscrire à ses motifs ni à la façon dont il entend disposer de l'appel.

[2] Les motifs de mes conclusions suivent.

[3] Je ne trouve pas qu'il soit nécessaire d'exprimer une opinion sur les cinq premiers points traités par le juge Rothstein à savoir: la nature de l'appel sous le régime de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi) et la norme de contrôle, la norme de preuve requise par le paragraphe 12(2) de la Loi, la date pertinente pour la détermination du caractère distinctif sous le régime du paragraphe 12(2) de la Loi, la question de savoir si le caractère distinctif doit être établi dans tout le Canada et la question de savoir si le caractère exclusif est essentiel pour établir le caractère distinctif; ces sujets ont en effet été traités dans la jurisprudence existante ou dans la loi.

[4] Selon moi, la question cruciale soulevée par le présent appel est de déterminer si la Cour en première instance pouvait à bon droit conclure, d'après les faits

respondent, Molson Breweries, A Partnership (Molson), had discharged the onus imposed by subsection 12(2) of the Act of showing that at the date of the filing of its application for registration, the trade-mark had been “so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to have become distinctive” [(1998), 82 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.)].

[5] The relevant portions of section 12 of the Act read:

12. (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

...

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or . . .

...

(2) A trade-mark that is not registrable by reason of paragraph (1)(a) or (b) is registrable if it has been so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of filing an application for its registration. [Emphasis added.]

[6] This proceeding was commenced in the Trial Division of this Court as an appeal brought by the respondent, pursuant to section 56 of the Act, from a decision of the Registrar of Trade-marks (the Registrar) dated 22 November 1995 [[1995] T.M.O.B. No. 223 (QL)], denying its application to register the trade-mark “Export” for use in association with “brewed alcoholic beverages.”

[7] Before the Registrar, the respondent filed the affidavit of David J. Pye, a research methodologist, to which was exhibited a survey conducted for the respondent at four locations in Ontario. The Registrar found that this evidence did not meet the evidentiary burden which subsection 12(2) of the Act had imposed on the respondent. He concluded that, even if the Pye affidavit proved that the word “Export” had acquired distinctiveness in Ontario, that proof did not extend to

qui lui ont été présentés, que l’intimée, Les Brasseries Molson, société en nom collectif (Molson), s’était acquittée du fardeau, imposé par le paragraphe 12(2) de la Loi, d’établir que, à la date du dépôt de la demande d’enregistrement, la marque de commerce avait été «employée au Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive» [(1998), 82 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)].

[5] Les extraits pertinents de l’article 12 de la Loi se lisent comme suit:

12. (1) Sous réserve de l’article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l’un ou l’autre des cas suivants:

[. . .]

b) qu’elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l’égard desquels on projette de l’employer ou [. . .]

[. . .]

(2) Une marque de commerce qui n’est pas enregistrable en raison de l’alinéa (1)a) ou b) peut être enregistrée si elle a été employée au Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive à la date de la production d’une demande d’enregistrement la concernant. [Soulignements ajoutés.]

[6] La présente affaire a commencé devant la Section de première instance de cette Cour alors que l’intimée interjetait, en vertu de l’article 56 de la Loi, appel d’une décision du registraire des marques de commerce (le registraire), en date du 22 novembre 1995 [[1995] T.M.O.B. n° 223 (QL)], rejetant la demande d’enregistrement de la marque «Export» pour une utilisation en liaison avec «des boissons alcoolisées brassées».

[7] Devant le registraire, l’intimée a déposé l’affidavit de David J. Pye, expert en méthodologie de recherche, auquel était annexé un sondage mené pour l’intimée à quatre endroits en Ontario. Le registraire a estimé que la preuve ne satisfaisait pas au fardeau que le paragraphe 12(2) de la Loi impose à l’intimée. Il en a conclu que, même si l’affidavit de Pye établit que le mot «Export» a acquis un caractère distinctif en Ontario, cette preuve n’indique pas qu’il a acquis un

show that it had acquired distinctiveness in the remainder of the country. Such a showing was, in his judgment, mandated by the provisions of the Act. Accordingly, he refused the respondent's application.

[8] As I have already said, the respondent appealed from that refusal to the Trial Division pursuant to section 56 of the Act which reads, in relevant parts:

56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

...

(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar.

[9] On the authority of subsection 56(5) of the Act, the respondent filed before the Court at first instance the affidavit of two of its senior officers together with a certified copy of the record in the Trade-marks Office respecting an application by Oland Breweries Ltd. (Oland), a wholly owned subsidiary of the appellant, John Labatt Limited and Labatt Brewing Company Limited (Labatt), to register the word "Export" as a trade-mark. This evidence was new and was not considered by the Registrar in reaching his conclusion.

[10] It should be noticed here that Labatt had opposed the respondent's application before the Registrar pursuant to paragraphs 38(2)(b) and (d) of the Act. As a consequence, the Registrar heard evidence and conducted opposition proceedings as required by that section of the Act. It is from his refusal of the respondent's application that the respondent appealed to the Trial Division, pursuant to subsection 56(1) of the Act.

[11] In *McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.*<sup>1</sup> (*McDonald's Corp.*), Strayer J. (as he then was) reviewed the role of the Court on an appeal from a decision of the Registrar in opposition proceedings. He said, in part:

tel caractère dans le reste du pays. À son avis, une telle preuve était requise par les dispositions de la Loi. En conséquence, il a rejeté la demande de l'intimée.

[8] Comme je l'ai déjà dit, l'intimée a interjeté appel de ce refus à la Section de première instance en vertu de l'article 56 de la Loi, dont les extraits pertinents se lisent comme suit:

56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l'avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l'expiration des deux mois.

[. . .]

(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

[9] Alléguant le paragraphe 56(5) de la Loi, l'intimée a déposé devant la Section de premier instance de la Cour les affidavits de deux de ses cadres supérieurs avec une copie certifiée du dossier du Bureau des marques de commerce concernant une demande présentée par Olan Breweries Ltd. (Oland), filiale en part entière de l'appelante, John Labatt Limitée et La Brasserie Labatt Compagnie Limitée (Labatt), en vue de l'enregistrement du mot «Export» comme marque de commerce. Cette nouvelle preuve n'avait pas été soumise à la considération du registraire.

[10] Il faut souligner que Labatt s'est opposée à la demande de l'intimée devant le registraire en alléguant les alinéas 38(2)(b) et (d) de la Loi. Conséquemment, le registraire a entendu la preuve et présidé aux procédures d'opposition tel que requis par cet article de la Loi. L'intimée en a appelé du rejet de sa demande devant la Section de première instance, en vertu du paragraphe 56(1) de la Loi.

[11] Dans l'affaire *McDonald's Corp. c. Silcorp Ltd.*<sup>1</sup> (*McDonald's Corp.*), le juge Strayer (alors juge punin) s'est prononcé sur le rôle du tribunal qui entend l'appel d'une décision du registraire rendue dans des procédures d'opposition. Il a entre autre dit:

It seems clear that in opposition proceedings where the issue is essentially one of fact concerning . . . distinctiveness the decision of the registrar or the Board represents a finding of fact and not the exercise of discretion. Therefore the court should not impose upon itself the same degree of restraint, in reviewing that decision, as it would if the decision were essentially an exercise of discretion. It is thus free to review the facts to determine whether the decision of the registrar or Board was correct, but that decision should not be set aside lightly considering the expertise of those who regularly make such determinations: see *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.* (1968), 57 C.P.R. 1 at p. 8, 1 D.L.R. (3d) 462, [1969] S.C.R. 192, at pp. 199-200 (S.C.C.). While different panels of the Federal Court of Appeal have variously expressed the duty of this court on appeal to be to determine whether the registrar has “clearly erred”, or whether he has simply “gone wrong”, it appears that it is the duty of a judge sitting on an appeal such as this to come to his own conclusion as to the correctness of the finding of the registrar. In doing that he must, however, take into account the special experience and knowledge of the registrar or the Board, and more importantly have regard to whether new evidence has been put before him that was not before the Board. The parties agree that in the present case that there was no new evidence before me which was not before the Opposition Board . . . .<sup>2</sup> [Emphasis added.]

[12] Here, then, the conclusion of the Registrar was one of fact. The Court below was, therefore, free to review it and to reach its own conclusion. More significantly, unlike *McDonald's Corp.*, the Court had before it, as I have already noticed, additional evidence which was not before the Registrar.

[13] The Trial Judge reviewed this new evidence, as well as the record before the Registrar, and concluded that the respondent had discharged the onus imposed on it by subsection 12(2) of the Act, to demonstrate by proof to the requisite degree, that the word “Export” actually distinguished Molson’s beer from that of others, over time, such that, in the words of that subsection, it had “been so used in Canada by [Molson] . . . as to have become distinctive at the date of filing an application for its registration.”

[14] The evidence which the respondent put before the Court was the only relevant new evidence to

Il semble clair qu’en matière d’opposition, lorsque le litige porte essentiellement sur des faits relatifs [. . .] au caractère distinctif, la décision du registraire ou de la Commission constitue une conclusion de fait et non l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, la Cour ne devrait pas réviser cette décision avec autant de retenue que s’il s’agissait de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. La Cour est donc libre d’examiner les faits afin d’établir si la décision du registraire ou de la Commission était exacte; cependant cette décision ne devrait pas être annulée à la légère, compte tenu des connaissances spécialisées dont disposent ces instances décisionnelles; voir *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.* (1968), 57 C.P.R. 1 à la p. 8, 1 D.L.R. (3d) 462, [1969] R.C.S. 192, aux p. 199 et 200 (C.S.C.). Bien qu’à diverses reprises, la Cour d’appel fédérale ait jugé qu’en appel, la Cour avait l’obligation d’établir si le registraire avait ou non rendu une décision «manifestement erronée» ou s’il avait simplement «eu tort», il semble que le juge saisi d’un appel semblable à l’espèce soit tenu de tirer ses propres conclusions quant à l’exactitude de la décision du registraire. Ce faisant, il doit toutefois tenir compte de l’expérience et des connaissances particulières dont dispose le registraire ou la Commission et surtout prendre en considération, le cas échéant, le fait que de nouvelles preuves, dont ne disposait pas la Commission, ont été déposées devant lui. Les parties admettent qu’en l’espèce, je ne disposais d’aucune preuve que celle dont bénéficiait la Commission des oppositions [. . .].<sup>2</sup> [Soulignement ajouté.]

[12] En l’espèce, la conclusion du registraire est fondée sur les faits. Par conséquent, la Section de première instance pouvait réviser cette décision et y substituer ses propres conclusions. De façon encore plus significative, contrairement à l’affaire *McDonald's Corp.*, la Section de première instance avait devant elle, comme je l’ai déjà souligné, une preuve additionnelle qui n’avait pas été présentée au registraire.

[13] Le juge de la Section de première instance a examiné cette nouvelle preuve ainsi que le dossier du registraire et a conclu que l’intimée s’était acquittée du fardeau, imposé par le paragraphe 12(2) de la Loi, de prouver, selon la norme requise, que le mot «Export» avait, au cours des ans, établi une distinction véritable entre les bières Molson et les bières des autres marques et, pour reprendre le texte de ce paragraphe, qu’il avait été «employ[é] au Canada par [Molson] [. . .] de façon à être devenu distinctif[f] à la date de la production d’une demande d’enregistrement [l[e] concernant».

[14] La preuve de l’intimée devant la Section de première instance était la seule nouvelle preuve

consider. That evidence was uncontradicted. At first instance, the appellant, Labatt, did not cross-examine either Moran or Shier on their affidavits, or file any responding material that applied to the relevant period. Labatt had filed the affidavits of Bernard Beasely and John Tilden, but they referred to sales after 28 June 1995 and so the Court rejected them as irrelevant.

[15] In reaching its conclusion, the Court placed great reliance on the decision of this Court in *Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.*<sup>3</sup> (*Standard Coil*). In that case Cattanach J. found that the trade-mark “Standard” was distinctive of the appellant’s television tuners and could be registered under subsection 12(2) of the Act. In his view, the case turned on whether there was sufficient evidence adduced to establish that the trade-mark of the appellant actually distinguished its wares. As in this case, there was before him, new evidence which was not before the Registrar. He found that evidence of extensive sales and advertising expenditures was significant.

[16] Consistent with the principles laid down in *Standard Coil*, the Court at first instance concluded that the Shier and Moran affidavits showed significant sales and advertising over a long period of time, and the prominent display of “Export” on the packaging. The affidavits disclosed the following:

- a) EXPORT brand ale has been continuously sold in both Ontario and Quebec by Molson since 1955;
- b) From 1976 to 1985 inclusive, Molson sold in excess of 19.4 million hectolitres of its EXPORT brand ale in Ontario and Quebec;
- c) From 1976 to 1985 inclusive, Molson expended in excess of \$25 million in advertising its EXPORT brand ale through the media of television, radio, and printed publication;
- d) The trade-mark EXPORT has been prominently displayed by Molson on labels affixed to the bottles and

pertinente à prendre en compte. Cette preuve n’a pas été contredite. Devant la Section de première instance, l’appelante, Labatt, n’a contre-interrogé sur leurs affidavits ni Moran ni Shier, ni n’a présenté de contre-preuve applicable à la période pertinente. Labatt a produit les affidavits de Bernard Beasely et de John Tilden, lesquels font référence à des ventes postérieures au 28 juin 1995 et ont été rejetés par la Cour comme non pertinents.

[15] Pour arriver à ses conclusions, la Section de première instance a accordé beaucoup d’importance à la décision de cette Cour *Standard Coil Products Can. Ltd. c. Standard Radio Corp.*<sup>3</sup> (*Standard Coil*). Dans cette affaire, le juge Cattanach a jugé que la marque de commerce «Standard» était distinctive des sélecteurs de canaux de télévision de l’appelante et pouvait être enregistrée en vertu du paragraphe 12(2) de la Loi. À son avis, l’affaire portait sur la question de savoir s’il y avait une preuve suffisante pour établir que la marque de commerce de l’appelante permettait véritablement de différencier ses marchandises. Comme dans la présente affaire, on lui avait soumis une nouvelle preuve qui n’avait pas été présentée devant le registraire. Il a conclu que la preuve de ventes et de dépenses de publicité considérables était significative.

[16] En conformité avec les principes énoncés dans l’affaire *Standard Coil*, la Section de première instance a conclu que les affidavits de Shier et Moran avaient fait la preuve de ventes et de publicité importantes sur une longue période de temps et de la présentation dominante de «Export» sur l’emballage. Les affidavits ont apporté les informations suivantes:

- a) la ale de marque EXPORT est vendue par Molson à la fois en Ontario et au Québec depuis 1955, sans interruption;
- b) de 1976 à 1985, Molson a vendu au-delà de 19.4 millions d’hectolitres de sa ale EXPORT en Ontario et au Québec;
- c) de 1976 à 1985, Molson a dépensé au-delà de 25 millions de dollars pour faire de la publicité de sa ale EXPORT dans les médias, à la télévision, à la radio et dans les publications imprimées;
- d) la marque de commerce EXPORT a été mise en relief sur les étiquettes apposées sur les bouteilles et sur les

on the cartons in which the bottles of EXPORT brand ale are packaged and sold.<sup>4</sup>

[17] These two executives deposed to having extensive experience in the brewing industry. Shier was the President, Western Region at Molson as of December 1995. He had been with the company since 1989 and before that was the Director of Brand Management, Carling O'Keefe Breweries. He was employed by Carling from 1979 to 1989. Harold Moran was Senior Vice-President, Central Division, of Molson and had been since 1989. His background with Molson was in marketing and before that he had worked for many years at an advertising agency.

[18] Because of this expensive experience and his position, Shier was able to swear that:

As a result of my many years experience in the brewing industry in Canada, including my review of corporate records which include various studies and research conducted over the years, it is my view that the public throughout Canada associate, to a large degree, the word EXPORT with a brand of beer which is the product of Molson Breweries, and not a product of any other person.<sup>5</sup>

Similarly, for the same reason, Moran was able to swear that:

It can be seen from the survey evidence of Mr. Pye that the consumers of brewed alcoholic beverages in Ontario would recognize the word "EXPORT" as designating a brand of beer of the Molson Brewing Group. This is consistent with the extensive sales and advertising of EXPORT brand alcoholic beverages in Ontario and Quebec for many years, which has resulted in such public recognition.<sup>6</sup>

[19] The Court at first instance found that the Pye survey was unsatisfactory in several respects and, consequently, accorded it "little weight". The Court said that the Pye survey was not enough "in itself" to prove distinctiveness. However, because the survey was consistent with the opinions expressed in Shier and Moran affidavits, which assert the distinctiveness of the mark "Export," the Court concluded that the Pye survey reinforced or "bolstered"<sup>7</sup> the assertions of those deponents.

[20] I agree with Mr. Justice Rothstein that the Oland application for a trade-mark for the word

emballages de carton dans lesquels les bouteilles de ale EXPORT sont conditionnées et vendues<sup>4</sup>.

[17] Ces deux cadres supérieurs ont témoigné de leur longue expérience dans l'industrie de la bière. Shier était président, région de l'Ouest, chez Molson jusqu'en décembre 1995. Il travaillait pour la compagnie depuis 1989 et auparavant il était directeur, Gestion de marque, des Brasseries Carling O'Keefe. Il a été à l'emploi de Carling de 1979 à 1989. Harold Moran était vice-président sénior, Division du Centre, chez Molson depuis 1989. Son expérience chez Molson était dans le marketing et auparavant il avait travaillé plusieurs années pour une agence de publicité.

[18] Du fait de son expérience et du poste qu'il occupe, Shier a pu témoigner comme suit:

[TRADUCTION] Du fait de mes longues années d'expérience dans l'industrie de la bière au Canada, incluant ma révision des registres de la corporation, qui a comporté, au cours des ans, de nombreuses études et recherches, je suis d'opinion que, dans une large proportion, le public, à travers le Canada, lie le mot EXPORT à une marque de bière des Brasseries Molson à l'exclusion des produits des autres fabricants<sup>5</sup>.

De même et pour la même raison, Moran a pu témoigner comme suit:

[TRADUCTION] Il ressort du sondage de M. Pye que les consommateurs de boissons alcoolisées brassées en Ontario reconnaissent le mot «EXPORT» comme désignant une marque de bière du groupe des Brasseries Molson. Cela concorde avec les ventes et la publicité importantes de bière EXPORT en Ontario et au Québec depuis nombre d'années, qui ont produit une telle notoriété auprès du public<sup>6</sup>.

[19] La Section de première instance a conclu que le sondage de Pye était insatisfaisant à plusieurs égards et, par conséquent, lui a accordé «peu de poids». La Cour a dit que le sondage Pye n'était pas «à lui seul» suffisant pour établir le caractère distinctif. Toutefois, du fait que le sondage rejoignait les opinions exprimées dans les affidavits de Shier et de Moran, lesquels attestent du caractère distinctif de la marque «Export», la Cour a conclu que le sondage de Pye renforçait ou «étayait»<sup>7</sup> les affirmations des déposants.

[20] Je suis d'accord avec le juge Rothstein que la demande d'enregistrement de marque de commerce

“Export” is entirely attributable to the appellant, Labatt. However, I do not read the reasons of the Court at first instance as placing reliance on that application for proof of the distinctiveness of the Molson trade-mark. Rather, the Court concluded correctly, in my respectful view, that the Oland application was an admission against interest and as such it tended to weaken the credibility of the appellant’s opposition to the respondent’s application. After reviewing all the evidence, the Court was satisfied that the respondent, Molson, had established the distinctiveness of the “Export” trade-mark in Ontario and Quebec.

[21] In my respectful view, that conclusion was open to the Court at first instance on the evidence which it considered. Absent, a showing of a palpable and overriding error which affected the Court’s view of the facts, and there was none shown, I find no reason to interfere with that conclusion.

[22] I would, accordingly, dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

ROTHSTEIN J.A.:

### INTRODUCTION

[23] On June 28, 1985, a predecessor in title of Molson Breweries, A Partnership (Molson) applied to the Registrar of Trade-marks to register as a trade-mark the word “Export” in association with its brewed alcoholic beverages.

[24] On July 18, 1986, John Labatt Limited and Labatt Brewing Company Limited (Labatt) opposed the registration on the grounds that the word “Export” was either clearly descriptive or deceptively misdescriptive of the character and quality of brewed alcoholic beverages and was not a distinctive term.

présentée par Oland pour le mot «Export» est entièrement imputable à l’appelante, Labatt. Selon moi, les motifs de la Section de première instance ne se fondent pas sur cette demande d’enregistrement pour établir la preuve du caractère distinctif de la marque de commerce de Molson. À mon humble opinion, la Cour a plutôt correctement conclu que la demande d’Oland était un aveu qui tendait à diminuer la crédibilité de l’opposition de l’appelante à la demande de l’intimée. Après avoir examiné la preuve, la Cour s’est déclarée convaincue que l’intimée, Molson, avait établi le caractère distinctif de la marque de commerce «Export» en Ontario et au Québec.

[21] À mon humble avis, en tenant compte de la preuve qui lui a été soumise, la Section de première instance pouvait arriver à cette conclusion. Comme il n’y a pas d’erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, je ne vois pas de motifs de modifier cette conclusion.

[22] En conséquence, je suis d’avis de rejeter l’appel.

\* \* \*

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

### INTRODUCTION

[23] Le 28 juin 1985, un prédécesseur en titre de Les Brasseries Molson, société en nom collectif (Molson), a demandé au registraire des marques de commerce d’enregistrer à titre de marque de commerce le mot «Export» en liaison avec ses boissons alcoolisées obtenues par brassage.

[24] Le 18 juillet 1986, John Labatt Limitée et La Brasserie Labatt Limitée (Labatt) se sont opposées à l’enregistrement au motif que le mot «Export» donne soit une description claire soit une description fautive et trompeuse de la nature et de la qualité des boissons alcoolisées obtenues par brassage et qu’il n’était pas un terme distinctif.

[25] On November 22, 1995, David J. Martin, a member of the Trade-marks Opposition Board (Registrar) refused the Molson application to register the trade-mark "Export". Molson appealed the Registrar's decision to the Federal Court Trial Division under section 56 of the *Trade-marks Act*.<sup>8</sup> Additional evidence was filed on the appeal. On June 25, 1998, the Trial Division Judge, largely on the basis of the additional evidence filed, allowed the appeal and found that Molson was entitled to registration of the word "Export" as a trade-mark restricted to the provinces of Ontario and Quebec.<sup>9</sup> This is an appeal from the judgment of the Trial Division Judge.

#### STATUTORY CONTEXT

[26] By reason of paragraph 12(1)(b) of the *Trade-marks Act*, a mark that is clearly descriptive of goods is not registrable. However, under subsection 12(2), if, by long use of the mark in association with the goods, it has become distinctive of the applicant's wares at the date of application for registration of the mark, such that the clearly descriptive connotation of the trade-mark is subordinated to its distinctiveness, the trade-mark may be registered. Paragraph 12(1)(b) and subsection 12(2) provide:

12. (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

...

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

...

(2) A trade-mark that is not registrable by reason of paragraph (1)(a) or (b) is registrable if it has been so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to

[25] Le 22 novembre 1995, David J. Martin, membre du Bureau des oppositions des marques de commerce (registraire), a refusé la demande de Molson visant l'enregistrement de la marque de commerce «Export». Molson en a appelé de la décision du registraire à la Section de première instance de la Cour fédérale en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*.<sup>8</sup> Une preuve additionnelle a été déposée dans le cadre de l'appel. Le 25 juin 1998, le juge de la Section de première instance, en se fondant principalement sur la preuve additionnelle soumise, a fait droit à l'appel et décidé que Molson avait le droit d'obtenir l'enregistrement du mot «Export» comme marque de commerce restreinte aux provinces d'Ontario et du Québec.<sup>9</sup> Il s'agit de l'appel de la décision rendue par la Section de première instance.

#### CADRE LÉGISLATIF

[26] En vertu de l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les marques de commerce*, une marque qui est clairement descriptive d'un bien n'est pas enregistrable. Toutefois, en vertu du paragraphe 12(2), si, par un emploi prolongé de la marque en liaison avec un bien, celle-ci est devenue distinctive des marchandises du requérant à la date de la demande d'enregistrement de la marque, de telle façon que la connotation clairement descriptive de la marque de commerce est subordonnée à son caractère distinctif, la marque de commerce peut être enregistrée. L'alinéa 12(1)(b) et le paragraphe 12(2) prévoient ce qui suit:

12. (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants:

[. . .]

b) qu'elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services;

[. . .]

(2) Une marque de commerce qui n'est pas enregistrable en raison de l'alinéa (1)(a) ou b) peut être enregistrée si elle a été employée au Canada par le requérant ou son prédéces-



have become distinctive at the date of filing an application for its registration.

[27] In the present case, Molson's June 28, 1985 application did not refer to section 12. Labatt opposed the registration application by Molson on the basis that the word "Export" was clearly descriptive of a quality of beer under paragraph 12(1)(b) and that the word "Export" was not distinctive of the Molson beer product in association with which it was used pursuant to paragraph 38(2)(d). Paragraph 38(2)(d) provides:

38. (1) . . .

(2) A statement of opposition may be based on any of the following grounds:

. . .

(d) that the trade-mark is not distinctive.

[28] On May 30, 1988, Molson amended its application to claim the benefit of subsection 12(2) of the Act.

#### DECISION OF THE REGISTRAR

[29] The Registrar considered the Molson application in the context of the two grounds of opposition raised by Labatt: that the "Export" trade-mark was not registrable pursuant to paragraph 12(1)(b) of the *Trade-marks Act* and that the mark was not distinctive pursuant to paragraph 38(2)(d) of the *Trade-marks Act*.

[30] As to the first ground of opposition, he found that the relevant time for considering the circumstances relating to paragraph 12(1)(b) was the date of his decision, November 22, 1995, that the issue was to be determined from the point of view of an everyday user of the wares and that the trade-mark in question must be considered in its entirety and as a matter of first impression.

[31] Citing from a previous Registrar's decision<sup>10</sup> in which the term "Export" was found to be "common to the trade in general", and in which various dictionary definitions were cited to the effect that "Export" was

seur en titre de façon à être devenue distinctive à la date de la production d'une demande d'enregistrement la concernant.

[27] Dans la présente affaire, la demande d'enregistrement de Molson, en date du 28 juin 1985, ne renvoyait pas à l'article 12. Labatt s'est opposée à la demande d'enregistrement de Molson au motif que le mot «Export» était, suivant l'alinéa 12(1)b), clairement descriptif de la qualité de la bière et que le mot «Export» n'était pas, suivant l'alinéa 38(2)d), distinctif de la bière de Molson en liaison avec laquelle il était utilisé. L'alinéa 38(2)d) prévoit ce qui suit:

38. (1) [. . .]

(2) Cette opposition peut être fondée sur l'un des motifs suivants:

[. . .]

d) la marque de commerce n'est pas distinctive.

[28] Le 30 mai 1988, Molson a modifié sa demande pour se prévaloir du paragraphe 12(2) de la Loi.

#### LA DÉCISION DU REGISTRAIRE

[29] Le registraire a examiné la demande de Molson en tenant compte des deux motifs d'opposition soulevés par Labatt, savoir que la marque de commerce «Export» n'était pas enregistrable en raison de l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les marques de commerce* et que la marque n'était pas distinctive suivant l'alinéa 38(2)d) de cette Loi.

[30] En ce qui concerne le premier motif d'opposition, il a conclu que la période pertinente pour examiner les circonstances relevant de l'alinéa 12(1)b) était la date de sa décision, soit le 22 novembre 1995, que la question en litige devait être tranchée du point de vue de l'utilisateur régulier de ces marchandises et que la marque de commerce en question devait être examinée de façon globale et sous l'angle de la première impression.

[31] Invoquant une décision précédente<sup>10</sup> du registraire dans laquelle le terme «Export» a été considéré comme étant «courant dans le commerce en général» et dans laquelle étaient également citées diverses

a word “designating an article of a quality suitable for export”, the Registrar found that Labatt had met its evidentiary burden of opposition. He then discounted an affidavit of David J. Pye, who had conducted a survey for Molson at four locations in Ontario. The Registrar found that the results could not reasonably be extrapolated to the rest of Canada. He concluded [at page 5 (QL)]:

Thus, the applicant’s evidence would be insufficient, in any event, to show that its mark is not clearly descriptive or deceptively misdescriptive of the character or quality of the applicant’s wares throughout Canada. Thus, the first ground of opposition is successful.

[32] The Registrar then went on to determine whether, having regard to subsection 12(2) of the Act, the word “Export” had become distinctive as of the filing date of the application. The relevant evidence before the Registrar was again the Pye affidavit. The Registrar noted that Mr. Pye’s survey was conducted only in Ontario and that it failed to meet the “heavy onus” imposed on applicants by subsection 12(2). He found that the Pye affidavit was ambiguous and unclear as to whether the term “Export” was identified as a trade-mark, separate and apart from the house-mark Molson or Molson’s. He therefore concluded that Molson had failed to meet the evidentiary burden under subsection 12(2).

[33] He then went on to consider the second ground of opposition—whether Molson had met the onus of establishing that its mark distinguished its wares from those of others throughout Canada. The material time for doing so, he thought, was as of the filing date of the opposition. The Registrar reiterated that the word “Export” was clearly descriptive of the character of a quality of beer. Further, he found some minor evidence of sales of beer by third parties whose trade-marks incorporated the word “Export” in areas of Canada other than Ontario. He concluded that even if the Pye affidavit proved the word “Export” had acquired distinctiveness in Ontario, there was no such evidence throughout the rest of the country. He, therefore, found the second ground of opposition successful.

définitions de dictionnaires portant que «Export» était un mot [TRADUCTION] «désignant un article d’une qualité convenant à l’exportation», le registraire a jugé que Labatt avait satisfait au fardeau de preuve requis dans une instance en opposition. Il a ensuite écarté l’affidavit de David J. Pye, qui avait fait, pour Molson, un sondage en quatre endroits en Ontario. Le registraire a estimé que les résultats ne pouvaient de manière raisonnable être étendus à l’ensemble du Canada. Il a conclu [à la page 5 (QL)]:

[TRADUCTION] Ainsi, la preuve du requérant ne devrait pas, de toute façon, être suffisante pour établir que cette marque n’est pas clairement descriptive ou donne une description fautive ou trompeuse de la nature ou de la qualité des marchandises du requérant partout au Canada. De ce fait, le premier motif d’opposition est maintenu.

[32] Le registraire s’est alors appliqué à déterminer si, eu égard au paragraphe 12(2) de la Loi, le mot «Export» avait acquis un caractère distinctif à la date du dépôt de la demande. Devant le registraire, l’affidavit de Pye constituait à nouveau la preuve pertinente. Le registraire a alors souligné que le sondage de Pye, mené seulement en Ontario, ne satisfaisait pas au «lourd fardeau de preuve» imposé aux requérants par le paragraphe 12(2). Il a estimé que l’affidavit de Pye était ambigu et qu’il n’était pas suffisamment clair pour établir que le terme «Export» était connu comme une marque de commerce distincte de la marque maison Molson ou Molson’s. Il en a alors conclu que Molson ne s’était pas acquittée du fardeau de preuve requis par le paragraphe 12(2).

[33] Il s’est ensuite penché sur le deuxième motif d’opposition, soit la question de savoir si Molson s’était acquittée du fardeau d’établir que cette marque différenciait ses marchandises de celles des autres dans tout le Canada. Selon lui, l’étude de cette question devait se faire à la date du dépôt de l’opposition. Le registraire a rappelé que le mot «Export» était clairement descriptif de la nature ou de la qualité d’une bière. De plus, il a trouvé des éléments mineurs de preuve établissant l’existence, dans des régions du Canada situées à l’extérieur de l’Ontario, de ventes de bière dont la marque de commerce comprenait le mot «Export». Il a conclu que, même si l’affidavit de Pye prouvait que le mot «Export» avait acquis un caractère distinctif en Ontario, aucune preuve ne permettait d’en arriver à la même conclusion dans le reste du pays.

[34] He concluded by refusing the Molson application to register the word “Export” as a trade-mark.

#### DECISION OF THE TRIAL DIVISION JUDGE

[35] Filed before the Trial Division Judge but not before the Registrar were Molson sales and advertising figures, as well as an August 24, 1990 application by Labatt on behalf of its wholly owned subsidiary Oland Breweries Limited (Oland) to register the word “Export” as its trade-mark. It was on the basis of this new evidence that she treated the appeal as a trial *de novo*.

[36] She then considered the Molson application in light of subsection 12(2). She accepted that the word “Export” is normally descriptive of a type of beer and that Molson “must discharge itself of a very heavy burden before being able to establish that its trade-mark is distinctive”.

[37] The learned Judge rejected Labatt’s submission that Molson must show exclusive use of the trade-mark in order to satisfy the requirements of subsection 12(2). She concluded that it was sufficient for the mark to be distinctive to a substantial portion of the relevant public. In submissions before her, Molson advised that it was seeking registration restricted to Ontario and Quebec only. She found that a trade-mark was registrable as long as it distinguished wares in the restricted area in which registration is sought. She, therefore, rejected evidence of use of the word “Export” by others outside of Ontario and Quebec. She also rejected evidence of use of the word by others in Ontario and Quebec after the date of filing of the trade-mark application by Molson, namely June 28, 1985. The result was that there was no evidence of use of the “Export” mark by others in Ontario and Quebec as of the date Molson filed its trade-mark application.

[34] Il a conclu en refusant la demande de Molson d’enregistrer le mot «Export» comme marque de commerce.

#### DÉCISION DU JUGE DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[35] Deux documents qui n’avaient pas été déposés devant le registraire ont été soumis au juge de la Section de première instance, à savoir: un état des chiffres de ventes et des dépenses publicitaires de Molson et une demande, en date du 24 août 1990, faite par Labatt, au nom de sa filiale en propriété exclusive, Oland Breweries Limitée (Oland), en vue d’enregistrer le mot «Export» comme marque de commerce. Sur la base de cette nouvelle preuve, le juge a considéré l’appel comme un procès *de novo*.

[36] Elle a alors examiné la demande de Molson à la lumière du paragraphe 12(2). Elle a convenu que le mot «Export» est habituellement descriptif d’un type de bière et que Molson «[devait] s’acquitter d’un très lourd fardeau avant de pouvoir établir que sa marque de commerce est distinctive».

[37] Le juge a rejeté les prétentions de Labatt portant que Molson doit démontrer une utilisation exclusive de la marque de commerce pour satisfaire aux exigences du paragraphe 12(2). Elle a conclu qu’il était suffisant que la marque ait un caractère distinctif pour une portion substantielle du public concerné. Dans son argumentation, Molson avait indiqué qu’elle demandait un enregistrement limité à Ontario et au Québec seulement. Le juge a conclu qu’une marque de commerce était enregistrable dans la mesure où elle différenciait les marchandises dans la région restreinte pour laquelle l’enregistrement était demandé. En conséquence, elle a rejeté la preuve d’utilisation du mot «Export» par d’autres à l’extérieur de l’Ontario et du Québec. Elle a aussi rejeté la preuve de l’emploi de ce mot par d’autres en Ontario et au Québec après la date du dépôt de la demande d’enregistrement de la marque de commerce par Molson, soit le 28 juin 1985. Il en est résulté qu’il n’y avait aucune preuve de l’emploi de la marque «Export» par d’autres en Ontario et au Québec à la date du dépôt de la demande d’enregistrement de la marque de commerce par Molson.

[38] She then assessed the evidence before her. As to the Pye affidavit that had also been before the Registrar, she concluded that it could not establish the Molson claim under subsection 12(2). She noted numerous flaws in the methodology of the survey. Consequently, as did the Registrar, she gave the survey little weight.

[39] The learned Judge then noted the evidence of extensive sales of Molson's "Export" beer, as well as significant advertising expenditures for the product. Based on affidavits of two Molson senior executives, Shier and Moran, she found that there was public recognition of the word "Export" in association with a brand of beer produced by Molson. She found that the Shier and Moran affidavits were consistent with the Pye survey. She accepted the evidence of Shier and Moran that Molson is, in effect, a "house-mark" and that "Export" is a brand of beer sold by Molson. In this respect, she observed [at page 12, paragraph 40] that "all the labels of the Molson family contain the house-mark 'Molson' in conjunction with the brand names: CANADIAN, GOLDEN, or EXPORT".

[40] The learned Judge then referred to Labatt's attempt to register "Export" as a trade-mark in association with an Oland beer product as an admission against interest from which Labatt should not be allowed to resile for the purposes of the Molson application.

[41] Having regard to the evidence and the analysis in *Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.*,<sup>11</sup> the learned Judge concluded that the "Export" trade-mark was distinctive of Molson's product in Ontario and Quebec. In particular, she noted that the evidence filed in the *Standard Coil* case was the same as that filed in this case.

[42] She then went on to consider the question of distinctiveness under paragraph 38(2)(d). In her view, the relevant time for the determination of distinctiveness was as of the date of the filing of the opposition.

[38] Elle a ensuite examiné la preuve devant elle. Concernant l'affidavit de Pye, qui était également en preuve devant le registraire, elle est venue à la conclusion que celui-ci ne pouvait soutenir la revendication de Molson en vertu du paragraphe 12(2). Elle a souligné de nombreuses lacunes dans la méthodologie du sondage. En conséquence, tout comme le registraire, elle a accordé peu d'importance au sondage.

[39] Le juge a alors souligné la preuve des fortes ventes de bières «Export» de Molson, ainsi que des dépenses publicitaires significatives pour ce produit. En se fondant sur les affidavits des deux cadres supérieurs, Shier et Moran, elle a conclu que le mot «Export» jouissait d'une reconnaissance publique en liaison avec une marque de bière produite par Molson. Elle a estimé que les affidavits de Shier et Moran rejoignaient le sondage de Pye. Elle a accepté le témoignage de Shier et Moran portant que Molson, est effectivement une «marque maison» et que «Export» est une marque de bière vendue par Molson. À cet égard, elle a observé [à la page 12, paragraphe 40] que «toutes les étiquettes de la famille Molson portent la marque maison "Molson" conjuguée avec des noms de marques: CANADIAN, GOLDEN ou EXPORT».

[40] Le juge a estimé que la tentative de Labatt d'enregistrer «Export» comme marque de commerce liée à une bière d'Oland était un aveu que Labatt ne devait pas être autorisé à retirer pour les fins de la demande de Molson.

[41] Considérant la preuve et l'analyse faite dans la décision *Standard Coil Products Can. Ltd. c. Standard Radio Corp.*<sup>11</sup>, le juge a conclu que la marque de commerce «Export» était distinctive des produits Molson en Ontario et au Québec. Plus particulièrement, elle a souligné que la preuve déposée dans l'affaire *Standard Coil* était semblable à celle déposée en l'espèce.

[42] Elle a ensuite examiné la question du caractère distinctif suivant l'alinéa 38(2)d). Selon elle, l'époque pertinente pour la détermination du caractère distinctif était la date du dépôt de l'opposition. Toutefois, elle

However, she found no evidence of a change in market conditions between the date of filing of the trade-mark application by Molson and the date of the filing of the opposition by Labatt that would have adversely affected the distinctiveness of the “Export” mark. Therefore, distinctiveness under paragraph 38(2)(d) was moot.

[43] As a result, the learned Judge allowed the appeal and found that Molson was entitled to the registration of its mark pursuant to subsection 12(2) of the *Trade-marks Act*.

### ANALYSIS

[44] This appeal gives rise to a number of issues:

- (1) nature of an appeal under section 56 and standard of review;
- (2) standard of proof under subsection 12(2);
- (3) the relevant date for determining distinctiveness under subsection 12(2);
- (4) whether distinctiveness must be established throughout Canada;
- (5) whether exclusivity is essential to prove distinctiveness;
- (6) assessment of the decision of the Trial Judge.

1. Nature of an Appeal under Section 56 and Standard of Review

[45] Subsections 56(1) and (5) provide:

56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

. . .

(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be

n’a trouvé aucune preuve d’un changement dans les conditions du marché entre le date du dépôt de la demande d’enregistrement par Molson et la date du dépôt de l’opposition de Labatt qui aurait pu avoir un effet défavorable sur le caractère distinctif de la marque «Export». En conséquence, la recherche du caractère distinctif sous le régime de l’alinéa 38(2)d) devenait sans objet.

[43] En conséquence, le juge a fait droit à l’appel et a conclu que Molson avait droit à l’enregistrement de la marque en vertu du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les marques de commerce*.

### ANALYSE

[44] Le présent appel soulève plusieurs questions:

- 1) la nature de l’appel sous le régime de l’article 56 et la norme de contrôle;
- 2) la norme de preuve requise par le paragraphe 12(2);
- 3) la date pertinente pour la détermination du caractère distinctif sous le régime du paragraphe 12(2);
- 4) la question de savoir si le caractère distinctif doit être établi pour tout le Canada;
- 5) la question de savoir si le caractère exclusif est essentiel à la preuve du caractère distinctif;
- 6) l’appréciation de la décision du juge de première instance.

1. Nature de l’appel sous le régime de l’article 56 et norme de contrôle

[45] Les paragraphes 56(1) et (5) disposent:

56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l’avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l’expiration des deux mois.

[ . . . ]

(5) Lors de l’appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal

adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar.

[46] Because of the opportunity to adduce additional evidence, section 56 is not a customary appeal provision in which an appellate court decides the appeal on the basis of the record before the court whose decision is being appealed. A customary appeal is not precluded if no additional evidence is adduced, but it is not restricted in that manner. Nor is the appeal a “*trial de novo*” in the strict sense of that term. The normal use of that term is in reference to a trial in which an entirely new record is created, as if there had been no trial in the first instance.<sup>12</sup> Indeed, in a trial *de novo*, the case is to be decided only on the new record and without regard to the evidence adduced in prior proceedings.<sup>13</sup>

[47] On an appeal under section 56, the record created before the Registrar forms the basis of the evidence before the Trial Division judge hearing the appeal, which evidence may be added to by the parties. Thus, although the term *trial de novo* has come into frequent usage in describing a section 56 appeal, the term is not an entirely accurate description of the nature of such an appeal. That an appeal under section 56 is not a *trial de novo* in the strict sense of the term was noted by McNair J. in *Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)*.<sup>14</sup>

[48] An appeal under section 56 involves, at least in part, a review of the findings of the Registrar. In conducting that review, because expertise on the part of the Registrar is recognized, decisions of the Registrar are entitled to some deference. In *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*,<sup>15</sup> Ritchie J. stated, at page 200:

In my view the Registrar's decision on the question of whether or not a trade mark is confusing should be given great weight and the conclusion of an official whose daily task involves the reaching of conclusions on this and kindred matters under the Act should not be set aside lightly but, as was said by Mr. Justice Thorson, then President of the Exchequer Court, in *Freed and Freed Limited v. The Registrar of Trade Marks et al*:

peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

[46] Du fait qu'il offre l'opportunité de produire une nouvelle preuve, l'appel prévu à l'article 56 n'est pas une disposition d'appel habituelle par laquelle la cour saisie rend sa décision sur la base du dossier de la cour dont la décision fait l'objet de l'appel. Un appel régulier n'est pas interdit si aucune preuve additionnelle n'est produite, mais il n'y a aucune obligation de procéder ainsi. L'appel prévu n'est pas non plus un «procès *de novo*» au sens strict du terme. Ce terme renvoie habituellement à un procès qui requiert la création d'un tout nouveau dossier, comme s'il n'y avait pas eu de procès en première instance<sup>12</sup>. Ainsi, dans un procès *de novo*, la cause doit être jugée uniquement sur la base du nouveau dossier et sans égard à la preuve présentée dans les procédures antérieures<sup>13</sup>.

[47] Lors de l'appel sous le régime de l'article 56, le dossier constitué devant le registraire forme la base de la preuve devant le juge de la Section de première instance qui est saisi de l'appel; les parties peuvent ajouter à cette preuve. Bien que le terme *procès de novo* soit devenu d'utilisation courante pour décrire l'appel de l'article 56, il n'est pas tout à fait approprié pour décrire la nature de cet appel. Le fait que l'appel de l'article 56 n'est pas un *procès de novo* au sens strict a déjà été signalé par le juge McNair dans la décision *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd. (no. 1)*<sup>14</sup>.

[48] Un appel sous le régime l'article 56 implique, du moins en partie, une révision des conclusions du registraire. Du fait que les connaissances spécialisées du registraire sont reconnues, ses décisions méritent une certaine déférence. Dans l'affaire *Benson & Hedges (Canada) Limited v. St. Regis Tobacco Corporation*<sup>15</sup>, le juge Ritchie a déclaré ceci à la page 200:

[TRADUCTION] À mon avis la décision du registraire sur la question de savoir si une marque de commerce crée de la confusion doit être considérée comme étant d'un grand poids et la conclusion d'un fonctionnaire qui, au cours de son travail quotidien, doit rendre des décisions sur ce point et sur d'autres questions connexes en vertu de la Loi ne doit pas être rejetée à la légère, mais comme l'a déclaré le juge Thorson, alors président de la Cour de l'Échiquier, dans

... reliance on the Registrar's decision that two marks are confusingly similar must not go to the extent of relieving the judge hearing an appeal from the Registrar's decision of the responsibility of determining the issue with due regard to the circumstances of the case.

[49] In *McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.*,<sup>16</sup> Strayer J. (as he then was), having regard to the words of Ritchie J., explained that while the Court must be free to assess the decision of the Registrar, that decision should not be set aside lightly.

It seems clear that in opposition proceedings where the issue is essentially one of facts concerning confusion or distinctiveness the decision of the registrar or the Board represents a finding of fact and not the exercise of discretion. Therefore the court should not impose upon itself the same degree of restraint, in reviewing that decision, as it would if the decision were essentially an exercise of discretion. It is thus free to review the facts to determine whether the decision of the registrar or Board was correct, but that decision should not be set aside lightly considering the expertise of those who regularly make such determinations: see *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.* (1968), 57 C.P.R. 1 at p. 8, 1 D.L.R. (3d) 462, [1969] S.C.R. 192 at pp. 199-200 (S.C.C.). While different panels of the Federal Court of Appeal have variously expressed the duty of this court on appeal to be to determine whether the registrar has "clearly erred", or whether he has simply "gone wrong", it appears that it is the duty of a judge sitting on an appeal such as this to come to his own conclusion as to the correctness of the finding of the registrar. In doing that he must, however, take into account the special experience and knowledge of the registrar or the Board, and more importantly have regard to whether new evidence has been put before him that was not before the Board.<sup>17</sup>

[50] *McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.* was a 1989 decision, well before the recent Supreme Court jurisprudence establishing the modern spectrum of standards of review, namely, correctness, reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness. See *Canada (Director of Investigation & Research) v. Southam Inc.*<sup>18</sup> Because Strayer J. was prepared to accord some deference to the Registrar, I do not consider his use of the term "correct" to reflect the non-deferential and rigorous standard of review that is

*l'affaire Freed and Freed Limited c. The Registrar of Trade Marks et al:*

[...] le fait de se fonder sur la décision du registraire portant que deux marques se ressemblent au point de créer de la confusion ne doit pas aller jusqu'à décharger le juge qui entend l'appel de cette décision de l'obligation de trancher la question en tenant compte des circonstances de l'espèce.

[49] Dans l'affaire *McDonald's Corp. c. Silcorp Ltd.*<sup>16</sup>, le juge Strayer (alors juge puiné), commentant cette citation du juge Ritchie, a expliqué que, bien que la Cour doive demeurer libre de revoir la décision du registraire, cette décision ne doit pas être rejetée à la légère.

Il semble clair qu'en matière d'oppositions, lorsque le litige porte essentiellement sur des faits relatifs à la confusion ou au caractère distinctif, la décision du registraire ou de la Commission constitue une conclusion de fait et non l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, la Cour ne devrait pas réviser cette décision avec autant de retenue que s'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La Cour est donc libre d'examiner les faits afin d'établir si la décision du registraire ou de la Commission était exacte; cependant cette décision ne devrait pas être annulée à la légère, compte tenu des connaissances spécialisées dont disposent ces instances décisionnelles: voir *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.* (1968), 57 C.P.R. 1 à la p. 8, 1 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 462, [1969] R.C.S. 192, aux p. 199 et 200 (C.S.C.). Bien qu'à diverses reprises, la Cour d'appel fédérale ait jugé qu'en appel, la Cour avait l'obligation d'établir si le registraire avait ou non rendu une décision «manifestement erronée» ou s'il avait simplement «eu tort», il semble que le juge saisi d'un appel semblable à l'espèce soit tenu de tirer ses propres conclusions quant à l'exactitude de la décision du registraire. Ce faisant, il doit toutefois tenir compte de l'expérience et des connaissances particulières dont dispose le registraire ou la Commission et surtout prendre en considération, le cas échéant, le fait que de nouvelles preuves, dont ne disposait pas la Commission, ont été déposées devant lui<sup>17</sup>.

[50] La décision *McDonald's Corp. c. Silcorp Ltd.*, rendue en 1989, est bien antérieure à la jurisprudence récente de la Cour suprême établissant le continuum moderne des critères de contrôle, à savoir la décision correcte, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable; voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*<sup>18</sup>. Du fait que le juge Strayer était disposé à faire preuve d'une certaine déférence à l'égard du registraire, je ne considère pas que l'utilisation qu'il fait du

today associated with the terms “correct” or “correctness”.

[51] I think the approach in *Benson & Hedges* and *McDonald's Corp.* are consistent with the modern approach to standard of review. Even though there is an express appeal provision in the *Trade-marks Act* to the Federal Court, expertise on the part of the Registrar has been recognized as requiring some deference. Having regard to the Registrar's expertise, in the absence of additional evidence adduced in the Trial Division, I am of the opinion that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar's decision.

## 2. Standard of Proof under Subsection 12(2)

[52] The cases often refer to a “heavy onus” in an application under subsection 12(2). For example, in *Carling Breweries Ltd. v. Molson Companies Ltd.*,<sup>19</sup> Strayer J. (as he then was) stated at pages 928-929:

I am not only of the view that the onus lay instead on the applicant to prove distinctiveness within subsection 12(2), but I also think that it was a very heavy onus given the nature of the mark “Canadian”. There are various authorities to the effect that where one must prove that a normally descriptive word has acquired a secondary meaning so as to make it descriptive of a particular product, the onus is indeed heavy: see, for example, *The Canadian Shredded Wheat Co., Ltd. v. Kellogg Co. of Canada Ltd. et al.*, (1938), 2 D.L.R. 145 at pp. 151-2, 55 R.P.C. 125, at page 142 (P.C.); *J.H. Munro Limited v. Neaman Fur Company Limited*, [1946] Ex. C.R. 1, at pages 14-15; 5 Fox Pat. C. 194, at page 208. In my view, this is particularly true where the word is one such as “Canadian” which is first and

terme «correct» reflète la norme de contrôle sans retenue et rigoureuse qui est de nos jours associée aux termes «correct» ou «décision correcte».

[51] Je pense que l'approche suivie dans les affaires *Benson & Hedges* et *McDonald's Corp.* est conforme à la conception moderne de la norme de contrôle. Même s'il y a, dans la *Loi sur les marques de commerce*, une disposition portant spécifiquement sur la possibilité d'un appel à la Cour fédérale, les connaissances spécialisées du registraire sont reconnues comme devant faire l'objet d'une certaine déférence. Compte tenu de l'expertise du registraire, et en l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, je considère que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire.

## 2. Fardeau de preuve sous le régime du paragraphe 12(2)

[52] La jurisprudence relative aux demandes fondées sur le paragraphe 12(2) parle souvent de «charge lourde». Par exemple, dans l'affaire *Carling Breweries Ltd. c. Molson Companies Ltd.*<sup>19</sup>, le juge Strayer (alors juge puiné) a dit aux pages 928 et 929:

Non seulement j'estime qu'il appartient plutôt à la requérante d'établir le caractère distinctif au sens du paragraphe 12(2), mais je crois également qu'il s'agissait d'une charge très lourde étant donné la nature de la marque «Canadian». Il existe de nombreux arrêts selon lesquels lorsqu'il faut démontrer qu'un terme habituellement descriptif a acquis une seconde signification de sorte qu'il décrit un produit particulier, la charge est en vérité très lourde: voir, par exemple, *The Canadian Shredded Wheat Co., Ltd. v. Kellogg Co. of Canada Ltd. et al.* (1938), 55 R.P.C. 125, à la page 142 (P.C.); *J.H. Munro Limited v. Neaman Fur Company Limited*, [1946] R.C.É. 1, aux pages 14 et 15; 5 Fox Pat. C. 194, à la page 208. À mon avis, c'est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'un mot tel que «Canadian» qui,



foremost, legally and factually, an adjective describing any citizen of this country, and more particularly for present purposes any product of any sort having its point of origin in this country. As used in conjunction with the word “beer” it is capable of describing any such malt beverage produced in Canada by any brewer. The onus, as I have noted above, is on the applicant for registration of such a mark to demonstrate clearly that it has become so distinctive of his product that it has acquired a secondary meaning which would not, vis-à-vis the relevant public, normally be confused with the primary meaning of the word.

The Federal Court of Appeal found that Strayer J. was “entirely right” in this passage.<sup>20</sup>

[53] Although no case suggests otherwise, I think it is salutary to confirm that the standard of proof under subsection 12(2), as in other civil proceedings, is proof on a balance of probabilities. The term “heavy onus” would appear to be directed to the exceptional aspect of subsection 12(2). Subsection 12(2) is an exception to non-registrability of a trade-mark under paragraph 12(1)(a) or (b). In this case, Molson concedes that the term “Export” was clearly descriptive of a quality of beer. However, because of its long use in Canada by Molson—since 1903—it is said to have become distinctive, that is, that its original descriptive connotation had been subordinated in the minds of the public in relation to Molson’s “Export” beer product, such that its secondary or distinctive meaning will dominate.<sup>21</sup> It is because subsection 12(2) is an exception to non-registrability of clearly descriptive terms, that an applicant must provide evidence on an issue that does not arise when a trade-mark has not been a clearly descriptive term. In this case, evidence must be adduced that long use has caused a descriptive word in association with beer to have become distinctive of the Molson’s beer product. If such evidence is provided, it is to be assessed on a balance of probabilities. There is no onus beyond the onus of addressing and satisfying the requirement of subsection 12(2).

[54] I would add that, contrary to the submission of Labatt, subsection 12(2) does not require demonstrating the elimination of the descriptiveness of a mark. As was stated by Angers J. in *Kellogg Company of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*,<sup>22</sup> it is not to be assumed that something which is descriptive cannot also be distinctive. Angers J. referred to the words of

d’abord et avant tout, tant au point de vue légal qu’un point de vue réel, est un adjectif décrivant tout citoyen de ce pays et, plus particulièrement pour les fins de l’espèce, toute sorte de produit y ayant son lieu d’origine. Joint au mot «bière», il peut décrire toute bière produite au Canada par n’importe lequel brasseur. Comme je l’ai fait remarquer plus haut, il appartient à la requérante de l’enregistrement d’une telle marque de démontrer clairement que le mot est devenu si distinctif de son produit qu’il a acquis une signification secondaire que le public concerné ne confondrait habituellement pas avec son sens premier.

La Cour d’appel fédérale a jugé que le juge Strayer avait «tout à fait raison» dans cet extrait<sup>20</sup>.

[53] Bien qu’aucune décision ne suggère le contraire, je pense qu’il est salutaire de confirmer que la norme de preuve requise par le paragraphe 12(2) est la preuve prépondérante, comme dans les autres instances civiles. Le terme «charge lourde» paraît tenir au caractère exceptionnel du paragraphe 12(2). Le paragraphe 12(2) est une exception au principe de la non-enregistrabilité d’une marque de commerce suivant les alinéas 12(1)a) ou b). En l’espèce, Molson a admis que le terme «Export» était clairement descriptif d’une qualité de bière. Toutefois, du fait de son emploi prolongé au Canada par Molson—depuis 1903—, on fait valoir que le mot a acquis un caractère distinctif, et que sa connotation descriptive initiale est alors devenue secondaire dans l’esprit du public par rapport au produit brassé «Export» de Molson, à un point tel que sa signification seconde distinctive est devenue prépondérante<sup>21</sup>. Le paragraphe 12(2) étant une exception à la non-enregistrabilité des termes clairement descriptifs, le requérant doit soumettre une preuve qui n’est pas requise lorsqu’une marque de commerce n’est pas un terme clairement descriptif. En l’espèce, il faut prouver que l’emploi prolongé a fait qu’un mot descriptif en liaison avec la bière est devenu distinctif du produit brassé de Molson. Si une telle preuve est soumise, elle doit être évaluée suivant la prépondérance des probabilités. Il n’y a pas d’autre fardeau que celui de satisfaire aux exigences du paragraphe 12(2).

[54] J’ajouterai que, contrairement aux prétentions de Labatt, le paragraphe 12(2) ne requiert pas la démonstration de l’élimination du caractère descriptif de la marque. Comme l’a dit le juge Angers dans l’affaire *Kellogg Company of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*<sup>22</sup>, il ne faut pas prendre pour acquis que quelque chose de descriptif ne peut pas être également

Lord Justice Fletcher Moulton of the Court of Appeal in the English *Perfection* case:<sup>23</sup>

Much of the argument before us on the part of the opponents and the Board of Trade was based on an assumption that there is a natural and innate antagonism between distinctive and descriptive as applied to words, and that if you can show that a word is descriptive you have proved that it cannot be distinctive. To my mind this is a fallacy. Descriptive names may be distinctive, and vice versa.

Accordingly, what the applicant under subsection 12(2) must show is that the trade-mark it seeks to register, although it may be descriptive, has acquired a dominant secondary or distinctive meaning in relation to the wares or services of the applicant.

### 3. The Relevant Date for Determining Distinctiveness under Subsection 12(2)

[55] This issue assumes some importance because depending upon whether the relevant date is the date of application for a registration, date of filing of the opposition or the date of the Registrar's decision, there is either no evidence, minimal evidence, or more evidence of use of the term "Export" in association with beer in Ontario and Quebec by others than Molson.

[56] Subsection 12(2) is clear. To be registrable, the date on which the distinctiveness of a mark must be established by reason of long use in Canada is "at the date of filing of an application for its registration". Some different dates appear in the legislation and the jurisprudence—the date of bringing the validity of a registration into question (paragraph 18(1)(b)) or the date of determination by the Registrar.<sup>24</sup> Nonetheless, I am of the opinion that the only relevant date, in so far as an application involving subsection 12(2) is concerned, is the date of filing the application for the trade-mark.

[57] I am in complete agreement with Strayer J. (as he then was) in *Carling Breweries Ltd. v. Molson*

distinctif. Le juge Angers a cité le passage suivant du lord juge Fletcher Moulton de la Cour d'appel dans l'affaire anglaise *Perfection*<sup>23</sup>:

[TRADUCTION] Presque toute l'argumentation qui nous est soumise par l'opposant et la Chambre de commerce est fondée sur la prétention qu'il y a une contradiction naturelle et innée entre distinctif et descriptif s'agissant des mots et que si l'on peut prouver qu'un mot est descriptif il ne pourra pas être distinctif. Selon moi, il s'agit d'une erreur. Un nom descriptif peut être distinctif et *vice versa*.

En conséquence, sous le régime du paragraphe 12(2), le requérant doit prouver que la marque de commerce qu'il veut enregistrer, bien qu'elle puisse être descriptive, a acquis une signification seconde et distinctive prépondérante en liaison avec ses marchandises ou ses services.

### 3. La date pertinente pour la détermination du caractère distinctif sous le régime du paragraphe 12(2)

[55] Cette question est importante parce que selon que la date pertinente est la date de la demande d'enregistrement, la date du dépôt de l'opposition ou la date de la décision du registraire, nous serons en présence soit d'une absence de preuve, soit d'une preuve minimale ou soit d'une preuve plus évidente de l'emploi, en Ontario et au Québec, du terme «Export» en liaison avec des bières qui ne sont pas de marque Molson.

[56] Le paragraphe 12(2) est clair. Pour que la marque puisse être enregistrée, la date à laquelle il faut établir le caractère distinctif de cette marque en raison de son emploi prolongé au Canada est «la date de la production d'une demande d'enregistrement la concernant». D'autres dates sont mentionnées dans la Loi et la jurisprudence—la date à laquelle la validité d'un enregistrement est contestée (alinéa 18(1)b)) ou la date de la décision du registraire<sup>24</sup>. Je suis néanmoins d'avis que la seule date pertinente, s'agissant d'une requête soulevant l'application du paragraphe 12(2), est la date du dépôt de la demande d'enregistrement de la marque de commerce.

[57] Je suis tout à fait d'accord avec le juge Strayer (alors juge puiné) dans l'affaire *Carling Breweries*

*Companies Ltd.*<sup>25</sup> where he stated at pages 926-927:

I am aware that in *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Limited*, [1976] 2 F.C. 3 (C.A.), at page 7; 25 C.P.R. (2d) 126, at page 130 it was said by Thurlow J. (as he then was), for the Court of Appeal that the material time for the purposes of an opposition based on para. 37(2)(d) “that the trade mark is not distinctive” is the date of the filing of the opposition. This appears to have been *obiter dicta*, however, as he goes on to say that in that case it did not matter which date was chosen. Furthermore, as it relates to paragraph 37(2)(d) and not paragraph 37(2)(b), I do not think it is determinative in the present case. Where registrability depends on the criterion in subsection 12(2) that the mark be “distinctive at the date of filing an application for its registration” I do not see how its distinctiveness at the date of the filing of an opposition should be determinative if there were in fact a difference in its distinctiveness as between the two dates.

I would only add that although *Andres Wines [E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.]*, [1976] 2 F.C. 3 (C.A.) dealt with paragraph 37(2)(b) [of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10] (now 38(2)(b)) and not 38(2)(d), the ground of opposition in this case, I agree with Strayer J. that Thurlow J.’s remarks would appear to be *obiter dicta* in that he found that it did not matter in that case whether it was the date of application or the date of opposition that was determinative.

[58] In the case at bar, the learned Trial Judge seems to have made two determinations: first, that Molson’s “Export” mark had been distinctive at the date of the filing of the application for registration; and second, that while the date of opposition was relevant for purposes of the opposition under paragraph 38(2)(d), the issue was moot as there was no change in market conditions between the date of application and the date of opposition. The Registrar appears to have adopted the same two-stage approach.

[59] I am of the opinion that once it is advertised, there is not a two-stage approach in respect of applications under subsection 12(2). The opposition under paragraph 38(2)(d) and the question of whether a mark

*Ltd. c. Molson Companies Ltd.*<sup>25</sup>, lorsqu’il a dit aux pages 926 et 927:

Je sais que dans l’arrêt *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines*, [1976] 2 C.F. 3 (C.A.) à la page 7. 25 C.P.R. (2d) 126, à la page 130, le juge Thurlow (alors juge puiné) a déclaré au nom de la Cour d’appel que l’époque pertinente pour les fins d’une opposition fondée sur l’alinéa 37(2)d) portant que la «marque de commerce n’est pas distinctive» est la date du dépôt de l’opposition. Il semble qu’il s’agissait cependant d’une opinion incidente puisqu’il a ajouté que, dans ce cas, peu importait la date choisie. En outre, étant donné que cette opinion se rapportait à l’alinéa 37(2)d) et non à l’alinéa 37(2)b), je ne crois pas qu’elle soit déterminante en l’espèce. Lorsque la possibilité d’enregistrer une marque dépend du critère prévu au paragraphe 12(2) voulant que la marque soit «distinctive à la date de la production de la demande d’enregistrement la concernant», je ne vois pas comment son caractère distinctif à la date de la production d’une déclaration d’opposition pourrait être déterminante s’il existait, en fait, une différence dans son caractère distinctif à ces deux dates.

Je voudrais seulement ajouter que même si l’arrêt *Andres Wines [E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.]*, [1976] 2 C.F. 3 (C.A.) portait sur l’application de l’alinéa 37(2)b) [de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10] (maintenant 38(2)b)) et non sur l’alinéa 38(2)d), le fondement de l’opposition en l’espèce, je conviens avec le juge Strayer que les remarques du juge Thurlow paraissent être incidentes en ce sens qu’il a jugé qu’il importait peu dans cette affaire que la date déterminante soit la date de la demande ou la date de l’opposition.

[58] Dans la présente affaire, le juge de première instance semble avoir tiré deux conclusions; premièrement, que la marque «Export» de Molson était distinctive à la date du dépôt de la demande d’enregistrement et, deuxièmement, que même si la date de l’opposition était pertinente pour les fins de l’opposition sous le régime de l’alinéa 38(2)d), la question était sans objet du fait qu’il n’y a eu aucun changement dans les conditions du marché entre la date de la demande et la date de l’opposition. Le registraire semble avoir adopté la même approche en deux étapes.

[59] Je suis d’opinion qu’une fois la demande annoncée, une telle approche en deux étapes n’est pas possible dans le cadre du paragraphe 12(2). L’opposition déposée en vertu de l’alinéa 38(2)d) et la question

has acquired distinctiveness under subsection 12(2) involve the same determination. Indeed, the question of registrability is also part of the same determination because if the mark is found to be registrable by reason of subsection 12(2), such finding will have displaced non-registrability by reason of paragraphs 12(1)(a) or (b). Throughout, the onus is on the applicant to prove distinctiveness. Where an application is based on subsection 12(2), the decision as to whether the mark has become distinctive of the applicant's wares is as of the date of the filing of the application for registration of a mark.

[60] Under paragraph 18(1)(b) a registration of a trade-mark is invalid if it is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced. Paragraph 18(1)(b) provides:

18. (1) The registration of a trade-mark is invalid if

...

(b) the trade-mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced, or

As I read paragraph 18(1)(b), it applies in cases where there has been a registration granted and subsequently, proceedings are taken to invalidate the registration. Paragraph 38(2)(d) provides for opposition to be filed based on non-distinctiveness. I do not construe the filing of an opposition under paragraph 38(2)(d) to be proceedings bringing the validity of an already registered trade-mark into question under paragraph 18(1)(b). Therefore, the filing of the opposition in this case did not create a second date for the determination of distinctiveness.

#### 4. Whether Distinctiveness Must be Established Throughout Canada

[61] This issue arises because there was evidence that even before Molson's application for registration, there was use of the term "Export" in association with beer in Canada other than in Ontario and Quebec,

de savoir si une marque a acquis un caractère distinctif suivant le paragraphe 12(2) impliquent la même décision. En réalité, la question de l'enregistrabilité fait également partie de la même décision parce que si la marque est jugée enregistrable en application du paragraphe 12(2), cette conclusion aura pour effet de supplanter l'interdiction d'enregistrement prévue aux alinéas 12(1)a) ou b). Dans tous les cas, il incombe au requérant d'établir le caractère distinctif. Lorsqu'une requête est fondée sur le paragraphe 12(2), la date qu'il faut prendre en considération pour décider de la question de savoir si la marque est devenue distinctive des marchandises du requérant est la date du dépôt de la demande d'enregistrement de la marque.

[60] Aux termes de l'alinéa 18(1)b), l'enregistrement d'une marque de commerce n'est pas valide si elle n'est pas distinctive à l'époque où les procédures soulevant la validité de l'enregistrement ont commencé. L'alinéa 18(1)b) prévoit:

18. (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide dans les cas suivants:

[. . .]

b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement;

Selon moi, l'alinéa 18(1)b) reçoit application dans les cas où on a fait droit à l'enregistrement et que, subséquemment, des procédures sont prises pour faire invalider cet enregistrement. L'alinéa 38(2)d) prévoit le dépôt d'une opposition fondée sur le caractère non distinctif. Selon mon interprétation, le dépôt d'une opposition en vertu de l'alinéa 38(2)d) n'est pas une instance soulevant la question de la validité d'une marque de commerce déjà enregistrée comme le prévoit l'alinéa 18(1)b). Par conséquent, le dépôt d'une opposition en l'espèce n'a pas eu pour effet de créer une seconde date pour la détermination du caractère distinctif.

#### 4. La question de savoir si le caractère distinctif doit être établi dans tout le Canada

[61] Cette question est soulevée parce qu'on a amené en preuve qu'avant la demande d'enregistrement de Molson il y avait, au Canada mais à l'extérieur de l'Ontario et du Québec, emploi du terme

implying that Molson could not claim that the “Export” mark was distinctive of its beer product.

[62] The Registrar appears to have been of the opinion that because the evidence did not support the conclusion that the word “Export” was distinctive throughout all of Canada, that Molson had not met the test for registration under subsection 12(2). In requiring evidence of distinctiveness throughout Canada, he makes reference to *Muffin Houses Inc. v. Muffin House Bakery Ltd.*<sup>26</sup>

[63] Section 19 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60] of the *Trade-marks Act* provides:

19. Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

Section 19 is stated to be subject to section 32. Section 32 provides:

32. (1) An applicant who claims that his trade-mark is registrable under subsection 12(2) or section 13 shall furnish the Registrar with evidence by way of affidavit or statutory declaration establishing the extent to which and the time during which the trade-mark has been used in Canada and with any other evidence that the Registrar may require in support of the claim.

(2) The Registrar shall, having regard to the evidence adduced, restrict the registration to the wares or services in association with which the trade-mark is shown to have been so used as to have become distinctive and to the defined territorial area in Canada in which the trade-mark is shown to have become distinctive.

[64] The legislation appears to contemplate a general registration throughout Canada, subject, in certain circumstances, to restriction by the Registrar to defined territorial areas where the evidence only supports distinctiveness having been acquired in those areas. In *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*<sup>27</sup>, Cattanach J. addressed the issue in the following words:

«Export» en liaison avec des bières, ce qui aurait pour conséquence d’empêcher Molson de prétendre que «Export» était une marque distinctive de ses produits brassés.

[62] Le registraire paraît avoir estimé que, du fait que la preuve n’établissait pas que le mot «Export» était distinctif dans tout le Canada, Molson ne satisfaisait pas, aux fins de l’enregistrement, au critère du paragraphe 12(2). En exigeant la preuve du caractère distinctif dans tout le Canada, le registraire fait référence à l’affaire *Muffin Houses Inc. v. Muffin House Bakery Ltd.*<sup>26</sup>.

[63] L’article 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60] de la *Loi sur les marques de commerce* dispose:

19. Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l’enregistrement d’une marque de commerce à l’égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l’emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

L’article 19, soutient-on, est subordonné à l’article 32, lequel dispose:

32. (1) Un requérant, qui prétend que sa marque de commerce est enregistrable en vertu du paragraphe 12(2) ou en vertu de l’article 13, fournit au registraire, par voie d’affidavit ou de déclaration solennelle, une preuve établissant dans quelle mesure et pendant quelle période de temps la marque de commerce a été employée au Canada, ainsi que toute autre preuve que le registraire peut exiger à l’appui de cette prétention.

(2) Le registraire restreint, eu égard à la preuve fournie, l’enregistrement aux marchandises ou services en liaison avec lesquels il est démontré que la marque de commerce a été utilisée au point d’être devenue distinctive, et à la région territoriale définie au Canada où, d’après ce qui est démontré, la marque de commerce est ainsi devenue distinctive.

[64] La Loi semble envisager un enregistrement général dans tout le Canada bien que, dans certaines circonstances, il puisse être restreint par le registraire à certaines régions territoriales définies lorsque la preuve établit que le caractère distinctif n’est acquis que dans ces régions. Dans l’affaire *Great Lakes Hotels Ltd. c. The Noshery Ltd.*<sup>27</sup>, le juge Cattanach s’est penché sur la question en ces termes:

I think that a trade mark is distinctive within the meaning of the definition of distinctive in section 2(f) if the mark actually distinguishes the wares and services of its owner from the wares or services of others in a particular restricted area of Canada.

In reaching this conclusion, I am influenced by section 31(2) of the *Trade Marks Act* which authorizes the Registrar of Trade Marks to restrict the registration of a trade mark to the wares or services in association with which the trade mark is shown, by evidence furnished to the Registrar under subsection (1) of section 32, to have been so used as to have become distinctive and also authorizes the Registrar to restrict the registration to the defined territorial area in Canada in which the trade mark is shown thus to have become distinctive.

It follows irrefutably therefrom that a trade mark is distinctive if it actually distinguishes the wares or services of its owner from those of others in a restricted area of Canada and need not distinguish those wares throughout Canada or from those of all other persons in Canada.

[65] The “throughout Canada” requirement is dealt with in a number of cases before the Trade-marks Opposition Board in which the finding of Cattnach J. in *Great Lakes* was disapproved or distinguished. In *Robinson’s Camera Centre Ltd. v. Black Photo Corp.*,<sup>28</sup> Chairman Partington states:

I disagree with the applicant’s submission which, in my opinion, is contrary to the over-all basic policy of the *Trade-marks Act* to grant registrations to registrants which are national in scope, whereby the owner has the right to the exclusive use of the registered trade mark throughout Canada in association with the wares and services covered in the registration. In general, a trade mark must either distinguish or be adapted to distinguish the wares or services of the owner thereof in all parts of the country in order to be distinctive within the scope of the definition of “distinctive” as set forth in s. 2 of the Act.

[66] In *Morris et al. trading as Happy Cooker Catering v. Lisko*,<sup>29</sup> the Chairman stated:

Rather, the basic policy underlying the *Trade Marks Act* contemplates the granting to registrants of registrations

[TRADUCTION] Je suis d’avis qu’une marque de commerce est distinctive au sens de la définition de l’alinéa 2f) si la marque fait réellement une distinction entre les marchandises et les services de leur propriétaire et les marchandises et les services d’autres personnes dans une région territoriale définie au Canada.

Pour en arriver à cette conclusion, j’ai pris en compte le paragraphe 31(2) de la *Loi sur les marques de commerce* qui autorise le registraire des marques de commerce à restreindre l’enregistrement d’une marque de commerce pour des marchandises ou des services en liaison avec lesquels il est établi, au moyen d’une preuve présentée devant le registraire en application du paragraphe 32(1), que la marque a été utilisée au point d’être devenue distinctive et qui autorise également le registraire à restreindre, au Canada, l’enregistrement à une région territoriale définie à l’intérieur de laquelle il est établi que la marque est devenue distinctive.

Il en découle irréfutablement qu’une marque de commerce est distinctive si elle fait réellement une distinction entre les marchandises et les services de son propriétaire de ceux d’une autre personne dans une région territoriale définie au Canada sans faire une distinction, dans tout le Canada, entre ces marchandises et celles de toute autre personne au Canada.

[65] L’expression «dans tout le Canada» a été examinée dans diverses décisions de la Commission des oppositions des marques de commerce dans lesquelles les conclusions du juge Cattnach dans l’affaire *Great Lakes* ont été rejetées ou ont fait l’objet d’une distinction. Dans l’affaire *Robinson’s Camera Centre Ltd. c. Black Photo Corp.*<sup>28</sup>, le président Partington a dit ceci:

[TRADUCTION] Je ne suis pas d’accord avec les prétentions du requérant qui, selon moi, sont contraires à l’économie de la *Loi sur les marques de commerce* voulant que l’enregistrement soit accordé aux inscrivants qui ont une portée nationale, le propriétaire de la marque ayant ainsi, dans tout le Canada, le droit d’usage exclusif de la marque de commerce enregistrée en liaison avec les marchandises et les services visés par l’enregistrement. En général, une marque de commerce doit différencier ou être adaptée de façon à différencier les marchandises et les services de son propriétaire dans toutes les régions du pays de manière à être distinctive dans l’optique de la définition de ce terme à l’art. 2 de la Loi.

[66] Dans l’affaire *Morris et al. trading as Happy Cooker Catering v. Lisko*<sup>29</sup>, le président a dit:

[TRADUCTION] La politique à la base de la *Loi sur les marques de commerce* envisage l’octroi d’enregistrement

which are national in scope, giving the owner thereof the right to the exclusive use thereof throughout Canada in association with the wares or services covered by the registration (s. 19 of the Act). Further, the fact that s. 31(2) specifically empowers the registrar to grant a territorial registration only in a particular circumstance supports the conclusion that the basic philosophy and intention of the *Trade Marks Act* is the granting of national registrations, as opposed to registrations which are limited territorially in Canada.

*Great Lakes* was also thought to be distinguishable by the hearing officer in *DeCaria Hair Studio Ltd. v. Massimo De Berardinis et al. trading as De Berardinis*,<sup>30</sup> on the basis that it applied only to cases under subsection 12(2).

[67] I accept that the Registrar and the Trade-marks Opposition Board have expertise and that their opinions on the interpretation of the *Trade-marks Act* are entitled to some deference. The scheme of section 32 in its entirety would seem to support the view that territorially restricted trade-marks are limited to cases to which subsection 12(2) or section 13 apply. Subsection 32(2) does not appear to be an independent provision applicable to all trade-mark applications, but rather only to those to which subsection 32(1) applies, namely applications under subsection 12(2) or section 13. The Trial Division Judge [at page 8] was correct in holding that “[a] trade-mark is registrable as long as it distinguishes those wares in a restricted area in which registration is sought” but I would limit the statement and the application of *Great Lakes* on this issue to applications under subsection 12(2) or section 13 of the *Trade-marks Act*. Accordingly, I have no difficulty in applying subsection 32(2) and the *Great Lakes* approach to the present case, so that if Molson can establish distinctiveness in Ontario and Quebec of its “Export” mark, it will be entitled to registration under subsection 12(2).

ayant une portée nationale donnant ainsi à son propriétaire l’usage exclusif de la marque, dans tout le Canada, en liaison avec les marchandises et les services couverts par l’enregistrement (art. 19 de la Loi). De plus, le fait que l’art. 31(2) permet spécifiquement au registraire d’octroyer dans certaines circonstances un enregistrement limité à une région territoriale constitue un fondement à la conclusion que la philosophie de base et l’intention de la *Loi sur les marques de commerce* est l’octroi d’enregistrements ayant une portée nationale par opposition aux enregistrements limités territorialement.

Dans l’affaire *DeCaria Hair Studio Ltd. v. Massimo De Berardinis et al. trading as De Berardinis*<sup>30</sup>, le président de l’enquête a indiqué qu’il lui fallait faire une distinction d’avec l’affaire *Great Lakes* au motif qu’elle s’applique seulement aux affaires relevant du paragraphe 12(2).

[67] Je conviens que le registraire et la Commission des oppositions des marques de commerce ont des connaissances spécialisées et que leurs opinions sur l’interprétation de la Loi méritent une certaine déférence. Le mécanisme de l’article 32 dans son ensemble paraît étayer l’interprétation selon laquelle l’octroi d’une marque de commerce à portée territoriale restreinte est limité aux affaires relevant du paragraphe 12(2) et de l’article 13. Le paragraphe 32(2) ne semble pas être une disposition autonome applicable à toutes les demandes d’enregistrement de marque de commerce, mais plutôt seulement à celles qui relèvent du paragraphe 32(1), à savoir les demandes présentées sous le régime du paragraphe 12(2) ou de l’article 13. Le juge de la Section de première instance [à la page 8] avait raison lorsqu’elle a décidé qu’«une marque de commerce est enregistrable dans la mesure où elle distingue ces marchandises dans le territoire restreint que vise la demande d’enregistrement», mais je limiterai l’énoncé et l’application de l’affaire *Great Lakes* sur cette question aux demandes d’enregistrement faites en vertu du paragraphe 12(2) ou de l’article 13 de la *Loi sur les marques de commerce*. En conséquence, je n’ai pas de difficulté à appliquer le paragraphe 32(2) et l’approche retenue dans l’affaire *Great Lakes* en l’espèce de sorte que, si Molson peut établir, en Ontario et au Québec, le caractère distinctif de sa marque «Export», il aura droit à l’enregistrement en vertu du paragraphe 12(2).

### 5. Whether Exclusivity is Essential to Prove Distinctiveness

[68] Having determined that the relevant date for determining distinctiveness is the date of filing the application for registration and that such application may be restricted to a defined territorial area—Ontario and Quebec in this case, this question becomes moot. Labatt conceded that as of the date of filing the application, there was no other use of the word “Export” in association with brewed alcoholic beverages in Ontario and Quebec.

[69] I would add, however, that while in this case Molson did make exclusive use of the word “Export” in Ontario and Quebec at the material time, I do not agree with the submission of counsel for Labatt that an applicant must show itself to be the sole user of the mark to demonstrate distinctiveness. I have read the authorities put forward by the appellant in support of this proposition<sup>31</sup> and have not found in them any clear statement that proof of exclusive use of a trademark by an applicant is required to demonstrate distinctiveness for the purpose of registration. While use of the same mark by others in association with similar wares is relevant in determining whether a mark is in fact distinctive, I agree with counsel for Molson that exclusivity is not essential in proving distinctiveness.

[70] The definitions of “distinctive” and “trademark” in the *Trade-marks Act* provide:

2. . . .

“distinctive”, in relation to a trade-mark, means a trade-mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them;

. . .

“trade-mark” means

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed

### 5. La question de savoir si l'exclusivité est essentielle pour établir le caractère distinctif

[68] Ayant conclu que la date pertinente pour déterminer le caractère distinctif est la date du dépôt de la demande d'enregistrement et que l'enregistrement peut être restreint à une région définie—l'Ontario et le Québec en l'espèce, cette question devient sans objet. Labatt a admis qu'à la date du dépôt de la demande, il n'y avait aucun autre emploi du terme «Export» en liaison avec des boissons alcoolisées obtenues par brassage en Ontario et au Québec.

[69] J'ajouterai tout de même que, bien qu'en l'espèce Molson ait fait un emploi exclusif du mot «Export» en Ontario et au Québec à l'époque pertinente, je ne suis pas d'accord avec l'avocat de Labatt qu'un requérant doit établir qu'il est le seul utilisateur pour établir le caractère distinctif. J'ai lu la jurisprudence soumise par l'appelante au soutien de cette prétention<sup>31</sup> et je n'y ai trouvé aucun énoncé clair portant que la preuve de l'emploi exclusif d'une marque de commerce est requise pour démontrer son caractère distinctif aux fins de son enregistrement. Bien que l'emploi, par d'autres, de la même marque en liaison avec des marchandises similaires soit pertinente pour établir si une marque est en fait distinctive, je conviens avec l'avocat de Molson que l'exclusivité n'est pas essentielle pour établir le caractère distinctif.

[70] Les définitions de «distinctive» et de «marque de commerce» dans la *Loi sur les marques de commerce* se lisent comme suit:

2. [. . .]

«distinctive» Relativement à une marque de commerce, celle qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi.

[. . .]

«marque de commerce» Selon le cas:

a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues,



by others,

(b) a certification mark,

(c) a distinguishing guise, or

(d) a proposed trade-mark;

données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres;

b) marque de certification;

c) signe distinctif;

d) marque de commerce projetée.

There is no reference to exclusive use in either definition. In H. G. Fox, *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3rd ed., 1972) Toronto: Carswell, the learned author states at page 36:

The extent to which a tribunal will be influenced by a claim of distinctiveness must depend upon all the circumstances including the area within which and the time during which such distinctiveness in fact can be predicated of the mark in question.

I agree with Mr. Fox that distinctiveness will depend upon all the circumstances. While exclusive use of a mark may be compelling evidence of its distinctiveness, I am of the opinion that exclusive use is not a requirement to prove distinctiveness.

#### 6. Assessment of the Decision of the Trial Division Judge

[71] The learned Trial Division Judge made a number of legal findings. She found that the onus was on the applicant for registration under subsection 12(2). Because she viewed the term "Export" as normally descriptive of a type of beer, she found [at page 7] that the applicant "must discharge itself of the very heavy burden in order to establish that its trademark is distinctive." I interpret her reference to "very heavy burden" as a burden, on a balance of probabilities, of demonstrating acquired distinctiveness of a descriptive mark. I can find no error in these determinations of the learned Judge.

[72] She then found that it was not necessary for an applicant to demonstrate exclusivity of use of a term in order to prove distinctiveness. Again, there was no other use of the term "Export" in association with beer in Ontario and Quebec except for Molson up to the date of the filing of its application for registration.

Aucune de ces définitions ne fait mention de l'emploi exclusif. Dans H. G. Fox, *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3<sup>e</sup> éd., 1972) Toronto: Carswell, l'auteur écrit à la page 36:

[TRADUCTION] Le degré d'importance que le tribunal attache à l'affirmation du caractère distinctif dépend de l'ensemble des circonstances, notamment le territoire et la période pour lesquels ce caractère distinctif de fait peut être attribué à la marque en cause.

Je conviens avec M. Fox que le caractère distinctif d'une marque dépend de l'ensemble des circonstances. Bien que l'emploi exclusif d'une marque puisse constituer une preuve convaincante de son caractère distinctif, je suis d'opinion que l'emploi exclusif n'est pas une exigence pour établir le caractère distinctif.

#### 6. Appréciation de la décision du juge de la Section de première instance

[71] Le juge de la Section de première instance a tiré un certain nombre de conclusions de droit. Elle a jugé [à la page 7], que sous le régime du paragraphe 12(2), le fardeau de la preuve incombait au requérant. Considérant que le mot «Export» décrivait normalement un type de bière, elle a estimé que le requérant «doit s'acquitter d'un très lourd fardeau avant de pouvoir établir que sa marque de commerce est distinctive». J'interprète sa référence au «très lourd fardeau» comme étant le fardeau d'établir, par une preuve prépondérante, le caractère distinctif de la marque descriptive. Ces conclusions ne comportent, selon moi, aucune erreur.

[72] Elle a ensuite conclu qu'il n'était pas nécessaire pour le requérant de démontrer l'emploi exclusif pour établir le caractère distinctif. À nouveau, Molson était la seule société, en Ontario et au Québec, à employer le terme «Export» en liaison avec la bière jusqu'à la date de sa demande d'enregistrement. Pour cette

Therefore, strictly, it was not necessary to decide this issue. However, I am in agreement with the learned Judge's disposition of it.

[73] She then went on to find that a trade-mark is registrable if it is distinctive in a restricted area in which the registration is sought. Again, as there was no other use of the term "Export" in association with beer in Ontario and Quebec, I agree with her findings in respect of a subsection 12(2) application, of which this was one.

[74] She then went on to consider the evidence before her. She accorded little weight to the Pye survey. Indeed, she concluded that this evidence could not, of itself, establish Molson's claim to registration under subsection 12(2). According little weight to the Pye survey was consistent with the Registrar's treatment of it.

[75] What caused the learned Judge to allow the appeal was:

(1) the evidence of sales and advertising expenditures before her, that was not before the Registrar; and

(2) the position taken by Labatt before the Registrar in respect of the Oland application to register the mark "Export" in association with its product.

[76] In coming to her decision, she drew conclusions from this evidence. I think that this Court is in as good a position as she was to determine what conclusions should be drawn from this evidence. In *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, *supra*, Thurlow J. stated at page 6:

As there was no cross-examination it seems to me that, save in so far as a sound objection has been shown, they are receivable and are entitled to be considered for what they do say and what inferences may properly be drawn from them and that as they are in no way contradicted, this court is in as favourable a position as the learned Trial Judge to determine what conclusions should be drawn from what they say as well as from the failure of the appellant to produce additional support for its attacks.

raison, il n'était pas strictement nécessaire de se prononcer sur cette question. Toutefois, je suis d'accord avec la façon dont le juge en a disposé.

[73] Elle a poursuivi qu'une marque de commerce est enregistrable si elle est distinctive sur le territoire géographique restreint pour lequel l'enregistrement est demandé. À nouveau, comme il n'y avait pas d'autre utilisation du terme «Export» en liaison avec la bière en Ontario et au Québec, je suis d'accord avec ses conclusions concernant une demande en vertu du paragraphe 12(2), puisque c'en était une.

[74] Elle a ensuite examiné la preuve qui lui avait été présentée. Elle a accordé peu de poids au sondage de Pye. À vrai dire, elle a conclu que cette preuve ne pouvait pas à elle seule établir le droit de Molson à l'enregistrement sous le régime du paragraphe 12(2). Le fait d'accorder peu de poids au sondage de Pye était conforme au traitement que le registraire lui avait également réservé.

[75] Le juge de la Section de première instance a fondé sa décision de faire droit à l'appel sur:

1) la preuve des ventes et des dépenses de publicité qui n'avait pas été faite devant le registraire; et

2) la position prise par Labatt devant le registraire relativement à la demande d'enregistrement de la marque «Export» par Oland en liaison avec ses produits.

[76] Pour arriver à sa décision, elle a conclu en fonction de cette preuve. Je pense que cette Cour est en aussi bonne position qu'elle l'était pour déterminer ce qu'il faut conclure de la preuve. Dans l'affaire *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, précitée, le juge Thurlow a dit à la page 6:

Étant donné l'absence de tout contre-interrogatoire, il me semble que, sauf dans les cas où le bien-fondé de l'objection a été établi, ils sont recevables et font foi de leur contenu, y compris ce qui peut normalement en être déduit, et que, comme ils ne sont aucunement contredits, cette cour peut tout aussi bien que le savant juge de première instance décider quelles conclusions il y a lieu de tirer tant des affidavits que du défaut de l'appelante d'apporter d'autres éléments à l'appui de ses motifs d'opposition.

[77] There is no doubt that Molson had sold significant volumes of its “Export” product in Ontario and Quebec. There is also no doubt that considerable amounts have been expended for advertising the product.

[78] In *Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.*, *supra*, evidence of sales and advertising expenditures were found to be significant. However, that evidence was read in conjunction with the evidence of customers, all of whom deposed that the word “Standard” was used as a trade-mark to distinguish the television tuners of *Standard Coil Products Can. Ltd.* in that case. There was also evidence that the word “Standard” was the dominant word on packages, cartons and advertisements and in trade magazines for the television tuners of *Standard Coil*.

[79] By contrast, in the present case, the evidence is that the word “Export” never appears alone but only in conjunction with the word “Molson” or “Molson’s” on bottles or cartons.<sup>32</sup> On the bottles, the words “Molson” or “Molson’s” and “Export” are of the same size and of the same appearance. Therefore, I do not see how extensive sales or advertising expenditures prove that the word “Export” alone is distinctive of Molson’s beer. I have no doubt that the term “Molson Export” is distinctive but here Molson is attempting to separate the two words by calling Molson a “house-mark” and “Export” a “trade-mark”. I fail to see the significance of the distinction. In all the advertising evidence, the effort is to present the words “Molson Export” and not “Export” alone.

[80] The learned Judge found that the evidence of two Molson senior executives that there was public recognition of the term “Export” in association with the Molson product was consistent with the Pye survey. I do not see how self-serving evidence of Molson executives or the Pye survey which the

[77] Il ne fait aucun doute que Molson a vendu un volume important de son produit «Export» en Ontario et au Québec. De même, il ne fait aucun doute que des sommes considérables ont été dépensées en publicité pour ce produit.

[78] Dans l’affaire *Standard Coil Products Can. Ltd. c. Standard Radio Corp.*, précitée, on a conclu que la preuve du montant des ventes et des dépenses en publicité était significative. Toutefois, dans cette affaire, la preuve a été analysée en relation avec des dépositions de consommateurs, lesquels ont tous témoigné que le mot «Standard» était utilisé comme une marque de commerce identifiant le sélecteur de canaux de télévision de *Standard Coil Products Can. Ltd.* . On avait également fait la preuve que le mot «Standard» était prédominant sur les emballages, sur les boîtes d’expédition et dans la publicité ainsi que dans les publications commerciales où il apparaissait en liaison avec les sélecteurs de canaux de *Standard Coil*.

[79] En comparaison, dans la présente affaire, la preuve établit que le mot «Export» n’apparaissait jamais seul sur les bouteilles et les cartons porte-bouteilles mais toujours en relation avec le mot «Molson» ou «Molson’s»<sup>32</sup>. Sur les bouteilles, les mots «Molson» ou «Molson’s» et «Export» sont de la même grandeur et ont la même présentation. En conséquence, je ne vois pas comment des chiffres de ventes et des dépenses publicitaires importants prouvent que le mot «Export» seul est distinctif de la bière Molson. Il ne fait aucun doute que le terme «Molson Export» est distinctif mais Molson tente de séparer les deux mots en appelant Molson une «marque maison» et «Export» une «marque de commerce». Je vois mal l’importance de cette distinction. Dans toute la publicité mise en preuve, l’effort est mis sur la présentation des mots «Molson Export» et non pas «Export» seulement.

[80] Le juge de la Section de première instance a conclu que le témoignage des deux cadres supérieurs de Molson portant que le public reconnaissait le terme «Export» en liaison avec le produit Molson concordait avec le sondage de Pye. Je ne vois pas comment le témoignage intéressé des cadres de Molson ou le

learned Judge found was flawed, have significant probative value. As to the Pye survey, she found that it contained numerous flaws:

- (a) absence of evidence as to the manner in which the questionnaires were completed;
- (b) the limited locations where the surveys were conducted in Ontario, thereby not providing any indication of distinctiveness elsewhere in Ontario or anywhere in Quebec;
- (c) absence of control questions;
- (d) weakness of word association surveys compounded by artificial stimuli introduced into the questions to elicit the type of answers sought by Molson;
- (e) ambiguity in the interpretation of the survey.

In terms of their opinions of the perception in the minds of the relevant public about the term “Export” in association with beer, the probative value of the Molson executives’ evidence is minimal. To accord little weight to this evidence is consistent with the opinion of the Supreme Court in *Battle Pharmaceuticals v. The British Drug Houses Ltd.*<sup>33</sup> that:

We agree that a witness may not state his opinion as to the effect the use of a mark would have, or would be likely to have, on the mind of someone else because, as stated in the *Proctor and Gamble* case (1), that is the very point to be determined in the proceedings, but that he may testify as to the effect the use of the mark in dispute would have on his own mind. That is one of the circumstances to be considered by the court.

[81] As I have said, I have no difficulty accepting that the words “Molson Export” are distinctive of a Molson product. However, the evidence does not lead to the conclusion that the term “Export” of itself is distinctive of the product.

[82] The learned Judge treated the Oland application to trade-mark the word “Export” as an admission against Labatt’s interest. Labatt attempted to distance itself from its position respecting the Oland application. However, all the correspondence to the Trade-marks Office was written on Labatt letterhead and

sondage de Pye, qui, selon le juge de la Section de première instance, n’était pas sans faille, peuvent avoir une valeur probante significative. Elle a d’ailleurs trouvé plusieurs lacunes dans le sondage de Pye:

- a) absence de preuve sur la procédure utilisée pour remplir le questionnaire;
- b) nombre limité d’endroits où le sondage a été mené, ce qui n’a donné aucune indication sur le caractère distinctif ailleurs en Ontario ou encore au Québec;
- c) absence de questions de contrôle;
- d) faiblesse des sondages qui portent sur des associations de mots et qui sont composés de stimuli artificiels incorporés aux questions pour obtenir les réponses recherchées par Molson;
- e) ambiguïté dans l’interprétation du sondage.

Les opinions émises par les cadres de Molson sur la perception, dans l’esprit du public cible, du terme «Export» en liaison avec la bière constituent une preuve peu probante. La faible valeur probante accordée à cette preuve est conforme à l’opinion exprimée par la Cour suprême dans l’arrêt *Battle Pharmaceuticals v. The British Drug Houses Ltd.*<sup>33</sup>:

[TRADUCTION] Nous sommes d’accord qu’un témoin ne peut pas donner son opinion sur l’effet que l’emploi d’une marque pourrait avoir, ou aurait éventuellement, sur quelqu’un d’autre parce que, tel qu’il est établi dans l’affaire (1) *Proctor and Gamble*, c’est la question même qui doit être tranchée en l’instance; mais il peut témoigner sur l’effet que l’emploi de la marque contestée aurait sur lui. Il s’agit d’une circonstance dont le tribunal doit tenir compte.

[81] Comme je l’ai dit, je conviens aisément que les mots «Molson Export» sont distinctifs d’un produit Molson. Toutefois, la preuve ne permet pas de conclure que le terme «Export» est en lui-même distinctif du produit.

[82] Le juge de la Section de première instance a considéré la demande d’enregistrement d’Oland comme un aveu à l’encontre des intérêts de Labatt. Cette dernière a essayé de prendre ses distances à l’égard de sa propre position au sujet de la demande d’Oland. Toutefois, toute la correspondance avec le

signed by Labatt employees. The affidavits filed before the Registrar in the Oland application were those of Labatt employees. The Oland application is clearly attributable to Labatt.

[83] However, that is not the issue. The question is whether Labatt's apparently inconsistent positions should be held against it to prove, in favour of Molson, a fact that Labatt is now trying to deny. In other words, is the fact that Oland is seeking the same kind of recognition of the term "Export" with respect to one of its products, evidence that the term "Export" in relation to Molson's product has acquired distinctiveness. In my opinion, the answer is no. As the Registrar pointed out, distinctiveness is to be determined from the point of view of an everyday user of the wares in question and that the trade-mark must be considered in its entirety and as a matter of first impression. In the circumstances here, the fact that Oland has made an application to trade-mark the word "Export" is irrelevant to the Molson application.

[84] The Oland application also raises the question of the credibility of the Labatt opposition to the Molson application when it has made the same type of application. On the facts of this particular case, I do not think that the Oland application discredits Labatt's opposition in the Molson proceedings. The obvious inference to draw is that the Oland 1990 application for registration of the word "Export" was a response to the earlier Molson application. Oland was trying to protect its use of the term "Export" in the face of the Molson application. This is made clear by the fact that it repeatedly wrote to the Registrar requesting postponement of proceedings on its application pending the outcome of the Molson application.

[85] Having regard to the fact that little weight can be attributed to the Pye survey and the Molson executives' evidence relative to public recognition of the term "Export" in association with Molson's product,

Bureau des marques de commerce était rédigée sur du papier à entête de Labatt et était signée par ses employés. Les affidavits déposés devant le registraire à l'appui de la demande d'enregistrement d'Oland étaient ceux d'employés de Labatt. La demande d'Oland est clairement attribuable à Labatt.

[83] Toutefois, telle n'est pas la question en litige. Il s'agit plutôt de savoir si la position apparemment contradictoire de Labatt peut être retenue contre elle pour établir, en faveur de Molson, un fait que Labatt essaie maintenant de nier. En d'autres mots, est-ce que le fait qu'Oland cherche à obtenir la même forme de reconnaissance du terme «Export» pour un de ses produits prouve que le terme «Export» en liaison avec un produit de Molson a acquis un caractère distinctif? À mon avis, la réponse est non. Comme l'a souligné le registraire, le caractère distinctif doit être établi du point de vue de l'utilisateur régulier des marchandises en question et la marque de commerce doit être considérée de façon globale et sous l'angle de la première impression. Dans les circonstances, le fait qu'Oland ait déposé une demande d'enregistrement de marque de commerce pour le mot «Export» n'est aucunement pertinent quant à la demande de Molson.

[84] La demande d'Oland soulève également la question de la crédibilité de l'opposition de Labatt à la demande de Molson alors qu'elle a présenté le même type de demande. Vu les faits en l'espèce, je ne pense pas que la demande d'Oland porte ombrage à l'opposition de Labatt dans les procédures de Molson. La conclusion évidente est que la demande d'Oland de 1990 visant l'enregistrement du mot «Export» a été faite en réaction à une précédente demande de Molson. À l'évidence, Oland ne cherchait qu'à protéger l'utilisation qu'elle faisait du terme «Export» devant la demande de Molson. Cela ressort clairement des demandes répétées que Labatt a adressées par lettre au registraire pour obtenir l'ajournement des procédures sur sa demande dans l'attente d'une décision sur la demande de Molson.

[85] Étant donné qu'on ne peut accorder qu'une faible valeur probante au sondage de Pye et au témoignage des cadres de Molson portant sur la reconnaissance publique du terme «Export» en relation avec un

that the sales and advertising evidence does not prove that the term “Export” alone is distinctive of the Molson product and that the Oland application should not have been treated as an admission against Labatt’s interest by the learned Judge, I must conclude that the additional evidence before the learned Judge was not such that the original decision of the Registrar should have been disturbed. Applying the reasonableness *simpliciter* standard of review to the decision of the Registrar and having regard to the fact that the additional evidence adduced in the Trial Division would not have materially affected his findings of fact or exercise of discretion, the learned Judge should have allowed the Registrar’s decision to stand.

[86] In coming to this conclusion, I do not say that “Export” may not actually be a well-known or a famous term in association with a Molson beer product. However, by reason of subsection 32(1), a decision under subsection 12(2) must be supported by evidence satisfactory to the Registrar. Where the evidence does not prove, on a balance of probabilities, acquired distinctiveness of a descriptive term under subsection 12(2) to the satisfaction of the Registrar, the application cannot be allowed.

[87] The appeal will be allowed with costs in this Court and in the Trial Division.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

<sup>1</sup> (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.); *affd* (1992), 41 C.P.R. (3d) 67 (F.C.A.).

<sup>2</sup> *Ibid.*, at pp. 210-211.

<sup>3</sup> [1971] F.C. 106 (T.D.), at pp. 122-123; *affd* [1976] 2 F.C. iv (C.A.).

<sup>4</sup> (1998), 82 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.), at p. 9, para 25.

<sup>5</sup> Shier affidavit, Appeal Book, Vol. I, at p. 56, para 16.

<sup>6</sup> Moran affidavit, Appeal Book, Vol. I, at p. 65, para 24.

<sup>7</sup> *Supra*, note 4, at p. 11, para 37.

<sup>8</sup> R.S.C., 1985, c. T-13.

produit Molson, que la preuve du montant des ventes et de la publicité n’établit pas que le terme «Export» employé seul est distinctif du produit Molson et que la demande d’Oland n’aurait pas dû être considérée par le juge de première instance comme un aveu à l’encontre des intérêts de Labatt, je dois conclure que la preuve supplémentaire qui lui a été soumise n’était pas telle qu’elle l’autorisait à modifier la décision initiale du registraire. Si on applique le critère de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* à la décision du registraire et considérant le fait que la preuve supplémentaire déposée devant la Section de première instance n’aurait pas influé de façon significative sur ses conclusions de fait ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge aurait dû maintenir sa décision.

[86] En arrivant à cette conclusion, je ne dis pas que «Export» ne peut pas être véritablement un terme bien connu et célèbre en liaison avec un produit brassé de Molson. Toutefois, en raison du paragraphe 32(1), une décision rendue sous le régime du paragraphe 12(2) doit être fondée sur une preuve qui satisfait le registraire. Lorsque la preuve, qui doit être prépondérante, n’établit pas, à la satisfaction du registraire, que le terme descriptif acquis, conformément au paragraphe 12(2), un caractère distinctif, la demande ne peut être accueillie.

[87] L’appel est accueilli avec dépens devant cette Cour et devant la Section de première instance.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

<sup>1</sup> (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf.* par (1992), 41 C.P.R. (3d) 67 (C.A.F.).

<sup>2</sup> *Ibid.*, aux p. 210 et 211.

<sup>3</sup> [1971] C.F. 106 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 122 et 123; *conf.* par [1976] 2 C.F. iv (C.A.).

<sup>4</sup> (1998), 82 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 9, par. 25.

<sup>5</sup> Affidavit de Shier, mémoire d’appel, vol. I, à la p. 56, par. 16.

<sup>6</sup> Affidavit de Moran, mémoire d’appel, vol. I, à la p. 65, par. 24.

<sup>7</sup> *Supra*, note 4, à la p. 11, par. 37.

<sup>8</sup> L.R.C. (1985), ch. T-13.

<sup>9</sup> Although her conclusion does not restrict the registration to Ontario and Quebec, her reasons make it clear that this was her intention and in its submissions to this Court, Molson accepts such a restriction.

<sup>10</sup> *Molson Breweries, a Partnership v. Swan Brewery Co.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 303 (T.M.O.B.), at p. 310.

<sup>11</sup> [1971] F.C. 106 (T.D.).

<sup>12</sup> *Black's Law Dictionary*, 7th ed. (St. Paul, Minn.: West Group, 1999) defines a "trial de novo" as: "A new trial on the entire case—that is, on both questions of fact and issues of law—conducted as if there had been no trial in the first instance."

<sup>13</sup> Unless, of course, the parties agree that the record in the prior court be considered as evidence before the "trial de novo" court.

<sup>14</sup> (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), at p. 298.

<sup>15</sup> [1969] S.C.R. 192.

<sup>16</sup> (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.), at p. 210.

<sup>17</sup> *Affd* (1992), 41 C.P.R. (3d) 67 (F.C.A.).

<sup>18</sup> [1997] 1 S.C.R. 748, at pp. 776-777.

<sup>19</sup> [1984] 2 F.C. 920 (T.D.).

<sup>20</sup> See *Carling Breweries Ltd. v. Molson Cos. Ltd.* (1988), 16 C.I.P.R. 157 (F.C.A.), at p. 159.

<sup>21</sup> Paraphrasing the Registrar's "Instructions to Examiners" November 1984, at p. 84.

<sup>22</sup> [1940] Ex. C.R. 163, at p. 169.

<sup>23</sup> *Crosfield (Joseph) & Sons Ltd.—In the Matter of an Application to Register a Trade Mark ("Perfection")* by (1909), 26 R.P.C. 837 (C.A.), at p. 857.

<sup>24</sup> See *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.).

<sup>25</sup> *Supra*, note 19. *Affd* (1988), 19 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.).

<sup>26</sup> (1985), 4 C.P.R. (3d) 272 (T.M.O.B.).

<sup>27</sup> [1968] 2 Ex. C.R. 622, at p. 636.

<sup>28</sup> (1990), 34 C.P.R. (3d) 439 (T.M.O.B.), at p. 443.

<sup>29</sup> (1982), 70 C.P.R. (2d) 254 (T.M.O.B.), at pp. 261 and 262.

<sup>30</sup> (1984), 2 C.P.R. (3d) 309 (T.M.O.B.).

<sup>31</sup> *Imperial Group plc and Another v. Philip Morris Limited and Another*, [1984] R.P.C. 293 (Ch. D.), at pp. 298, 300 and 309-310; *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3 (C.A.), at p. 7; *Moore Dry Kiln Co. of Canada v. U.S. National Resources Inc.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 40 (F.C.A.), at pp. 46-49; *Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et al. v. Marketing International Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 99, at pp. 110-112; *Great Lakes Hotels Ltd. v. The Noshery Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 622, at pp. 635-636; Clarke, "The Distinctiveness Required for the Validity of a Trade-Mark" (1971), 2 C.P.R. (2d) 239, at pp. 245-247; *Robinson's Camera Centre Ltd. v. Black Photo Corp.* (1990), 34 C.P.R. (3d) 439 (T.M.O.B.), at pp. 443-445; *Mr.*

<sup>9</sup> Même si sa conclusion ne limite pas l'enregistrement à l'Ontario et au Québec, ses motifs établissent clairement que telle était son intention et, dans son mémoire à la Cour, Molson accepte cette restriction.

<sup>10</sup> *Brasseries Molson, société en nom collectif c. Swan Brewing Co.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 303 (C.O.M.C.), à la p. 310.

<sup>11</sup> [1971] C.F. 106 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>12</sup> Le *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. (St-Paul, Minn.: West Group, 1999) définit un «procès de novo» comme: [TRADUCTION] Un nouveau procès portant sur toute la cause—c'est-à-dire, sur les questions de fait et de droit—mené comme s'il n'y avait pas eu de procès en première instance.

<sup>13</sup> À moins, bien sur, que les parties conviennent que le dossier devant l'instance inférieure constituera la preuve devant le tribunal qui entend le «procès de novo».

<sup>14</sup> (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), à la p. 298.

<sup>15</sup> [1969] R.C.S. 192.

<sup>16</sup> (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 210.

<sup>17</sup> *Conf. par* (1992), 41 C.P.R. (3d) 67 (C.A.F.).

<sup>18</sup> [1997] 1 R.C.S. 748, aux pp. 776 et 777.

<sup>19</sup> [1984] 2 C.F. 920 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>20</sup> Voir *Brasseries Carling Ltée c. Cies Molson Ltée* (1988), 16 C.I.P.R. 157 (C.A.F.), à la p. 159.

<sup>21</sup> Paraphrase du «Manuel d'examen sur les marques de commerce» Bureau du registraire, November 1984, à la p. 84.

<sup>22</sup> [1940] R.C.É. 163, à la p. 169.

<sup>23</sup> *Crosfield (Joseph) & Sons Ltd.—In the Matter of an Application to Register a Trade Mark («Perfection»)* by (1909), 26 R.P.C. 837 (C.A.), à la p. 857.

<sup>24</sup> Voir *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (C.A.F.).

<sup>25</sup> *Supra*, note 19. *Conf. par* (1988), 19 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.).

<sup>26</sup> (1985), 4 C.P.R. (3d) 272 (C.O.M.C.).

<sup>27</sup> [1968] 2 R.C.É. 622, à la p. 636.

<sup>28</sup> (1990), 3 C.P.R. (3d) 439 (C.O.M.C.), à la p. 443.

<sup>29</sup> (1982), 70 C.P.R. (2d) 254 (C.O.M.C.), aux p. 261 et 262.

<sup>30</sup> (1984), 2 C.P.R. (3d) 309 (C.O.M.C.).

<sup>31</sup> *Imperial Group plc and Another v. Philip Morris Limited and Another*, [1984] R.P.C. 293 (Ch. D.), aux p. 298, 300, 309 et 310; *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3 (C.A.), à la p. 7; *Moore Dry Kiln Co. of Canada c. U.S. National Resources Inc.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 40 (C.A.F.), aux p. 46 à 49; *Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et autre c. Marketing International Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 99, aux p. 110 à 112; *Great Lakes Hotels Ltd. c. The Noshery Ltd.*, [1968] 2 R.C.É. 622, aux p. 635 et 636; Clarke, «The Distinctiveness Required for the Validity of a Trade-Mark» (1971), 2 C.P.R. (2d) 239, aux p. 245 à 247; *Robinson's Camera Centre Ltd. c. Black Photo Corp.* (1990), 34 C.P.R. (3d) 439 (C.O.M.C.), aux p. 443 à 445;

*P's Mastertune Ignition Services Ltd. v. Tune Masters* (1984), 82 C.P.R. (2d) 128 (F.C.T.D.), at p. 144; *All Canada Vac Ltd. v. Lindsay Manufacturing Inc.* (1990), 28 C.P.R. (3d) 385 (F.C.T.D.), at pp. 394-395.

<sup>32</sup> In the evidence, in only one advertisement consisting of a picture and accompanying words, the word "Export" appears alone in the accompanying words, but the picture shows a carton of beer with the words "Molson Export". In all others, the word "Export" does not appear alone.

<sup>33</sup> [1946] S.C.R. 50, at p. 53.

*Mr. P's Mastertune Ignition Services Ltd. c. Tune Masters* (1984), 82 C.P.R. (2d) 128 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 144; *All Canada Vac Ltd. c. Lindsay Manufacturing Inc.* (1990), 28 C.P.R. (3d) 385 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux p. 394 et 395.

<sup>32</sup> La preuve n'établit qu'un seul exemple d'une affiche publicitaire composée d'un image et d'un texte d'accompagnement où le mot «Export» apparaît seul dans ce texte, mais l'image laisse voir un carton porte-bouteilles de bières sur lequel apparaissent les mots «Molson Export». Dans aucun autre exemple amené en preuve, le mot «Export» apparaît seul.

<sup>33</sup> [1946] R.C.S. 50, à la p. 53.



A-426-99

Alissa Westergard-Thorpe, Annette Muttray, Jamie Doucette, Mark Brooks, Denis Porter, Deke Samchok and Craig Elton Jones (*Appellants*)

v.

The Attorney General of Canada, Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Respondents*)

Craig Elton Jones, Jonathan Oppenheim, Jamie Doucette, Deke Samchok, Denis Porter and Annette Muttray (*Appellants*)

v.

Her Majesty the Queen, The Minister of Justice and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

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

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald J.J.A.—Vancouver, November 22, 1999; Ottawa, January 14, 2000.

*Constitutional law — Fundamental principles — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing action for declaration Canada Evidence Act, s. 39 unconstitutional — S. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Constitution supreme over ordinary laws — Legislation not presumed unconstitutional because alters common law — History of s. 39 in light of common law — Prima facie s. 39 intra vires measure to define privileges of federal Executive in furtherance of well-established principles of Cabinet secrecy — No clear, compelling contrary constitutional imperative — Separation of powers should embrace mutual respect among "branches" of government — Certification of fact binding on courts because nature of subject-matter consistent with traditional bounds of mutual respect owed by each "branch" of government to others — Maintenance of Cabinet secrecy fundamental policy reason of quasi-constitutional nature for identification by Executive of documents generated in internal decision-making process which should not be disclosed — Review of elements of rule of law — Not basis for ignoring s. 39 — As to independence of judiciary, s. 39 not interfering with security of tenure, financial security, administrative independence of judges — Constitutional limitations on withdrawal of functions from courts in Constitution Act, 1867, s. 96, Charter, s. 11(d) not applicable.*

A-426-99

Alissa Westergard-Thorpe, Annette Muttray, Jamie Doucette, Mark Brooks, Denis Porter, Deke Samchok et Craig Elton Jones (*appelants*)

c.

Le procureur général du Canada, Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*intimés*)

Craig Elton Jones, Jonathan Oppenheim, Jamie Doucette, Deke Samchok, Denis Porter et Annette Muttray (*appelants*)

c.

Sa Majesté la Reine, le ministre de la Justice et le procureur général du Canada (*intimés*)

*RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A.—Vancouver, 22 novembre 1999; Ottawa, 14 janvier 2000.

*Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Appel contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une action en jugement déclarant inconstitutionnel l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — L'art. 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir une audition à son sujet — La Constitution prime les lois ordinaires — La loi n'est pas présumée inconstitutionnelle du seul fait qu'elle modifie la common law — Historique de l'art. 39 à la lumière de la common law — Sauf preuve contraire, l'art. 39 est une mesure validement adoptée pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe bien établi du secret des délibérations du Cabinet — Absence d'impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible — La séparation des pouvoirs emporte le respect mutuel entre les trois pouvoirs du gouvernement — L'attestation d'un fait qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet est conforme aux paramètres du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres — Le maintien du secret des délibérations du Cabinet repose sur des raisons d'ordre public de nature quasi constitutionnelle en vertu desquelles l'exécutif doit être en mesure d'identifier les documents produits dans son processus de décision interne qui ne doivent pas être révélés — Examen des*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Charter, s. 11(d) guaranteeing right of accused to presumption of innocence until proven guilty according to law in fair, public hearing by independent, impartial tribunal — Issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 39 certifying document confidence of Queen's Privy Council not integral to conduct of trial within contemplation of s. 11(d) — RCMP Public Complaints Commission inquiry into allegations of misconduct by RCMP members not trial of guilt.*

*Constitutional law — Distribution of powers — Constitution Act, 1867, s. 96 requiring Governor General to appoint judges of superior courts — Issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 39 certifying information confidence of Queen's Privy Council not traditional, necessary function of superior court of kind contemplated in 1867, not within scope of s. 96.*

*Evidence — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Prima facie intra vires measure to define privileges of Executive — Fundamental unwritten principles of Constitution (independence of judiciary, rule of law, separation of powers) not constitutional imperative to contrary.*

*Judges and Courts — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — S. 39 not interfering with security of tenure, financial security, administrative independence of judges — Not putting improper pressure on Judge as to outcome of given case, but form of privative clause.*

*Administrative law — Judicial review — Declarations — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy*

*composantes de la primauté du droit — Pas un motif pour écarter l'art. 39 — Pour ce qui concerne l'indépendance de la magistrature, l'art. 39 ne porte pas atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges — Les limitations constitutionnelles à la faculté de retirer des fonctions des tribunaux, prévues à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et à l'art. 11d) de la Charte, ne s'appliquent pas.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'art. 11d) de la Charte garantit le droit de l'accusé à la présomption d'innocence jusqu'à preuve du contraire conformément à la loi, aux termes d'un procès équitable et public instruit par un tribunal indépendant et impartial — La délivrance d'une attestation, en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve, certifiant qu'un document contient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine ne fait pas partie intégrante de la conduite d'un procès au sens de l'art. 11d) de la Charte — L'audience devant la Commission des plaintes du public contre la GRC, qui porte sur les allégations d'inconduite de membres de la GRC, n'est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 exige que les juges des cours supérieures soient nommés par le gouverneur général — La délivrance d'une attestation, en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada, certifiant qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, n'est pas une fonction traditionnelle et nécessaire d'une cour supérieure telle qu'elle était envisagée en 1867, et ne va pas à l'encontre de l'art. 96.*

*Preuve — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — Sauf preuve contraire, il s'agit d'une mesure validement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l'exécutif — Les principes fondamentaux et non écrits de la Constitution (indépendance de la magistrature, primauté du droit, séparation des pouvoirs) ne constituent pas des impératifs constitutionnels contraires.*

*Juges et tribunaux — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — L'art. 39 ne porte pas atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges — Il ne constitue pas une pression indue sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce, mais constitue un genre de clause privative.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au*

*Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Appellants arguing s. 39 should not apply because Parliament cannot authorize Executive to shield own conduct from constitutional scrutiny — Action for declaration as to constitutional invalidity of s. 39, not attack on Clerk's decision — Latter should be raised by way of judicial review.*

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an action for a declaration that *Canada Evidence Act*, section 39 is unconstitutional. The appellants filed complaints with the RCMP Public Complaints Commission alleging misconduct by the RCMP in the treatment of demonstrators during the 1997 Asian Pacific Economic Cooperation (APEC) Conference in Vancouver. The Commission was appointed to inquire into all matters touching upon the complaints. The Chairman held that this included whether the Prime Minister or members of his Office or of the Privy Council Office or of the Government of Canada gave improper orders or directions to any RCMP members respecting security at the APEC Conference, and that the Commission could make findings and recommendations to this effect. A defence of superior orders was not raised. It was not disputed that there had been discussions between officials of the Prime Minister's Office and the RCMP concerning security arrangements. The Commission requested that the Government of Canada disclose all government records relevant to the hearing. Two successive Clerks of the Privy Council filed certificates under *Canada Evidence Act*, subsection 39(1) certifying that information contained in certain documents constituted confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Section 39 provides that such documents shall not be disclosed and the Court is unable to examine them to determine whether the Clerk's determination is correct or if the public interest warrants a refusal to disclose. The appellants commenced an action seeking a declaration that section 39 is unconstitutional and inconsistent with the "fundamental and organizing principles of the Constitution". The Trial Division Judge concluded that section 39 is *intra vires* and that the so-called "fundamental and organizing principles of the Constitution", to the extent that they may assist the courts in filling in gaps in the written Constitution, had no application. He rejected an alternative argument that, even if section 39 is valid, it cannot be validly applied so as to allow the Executive to conceal its own violation of the Constitution.

*Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé certifie par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — Les appelants soutiennent que l'art. 39 n'est pas applicable puisque le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses actes à l'examen à la lumière de la Constitution — Il s'agit d'une action pour jugement déclarant l'art. 39 invalide sur le plan constitutionnel, et non d'un recours à l'encontre de la décision du greffier — Ce recours doit être intenté par voie de demande de contrôle judiciaire.*

Il s'agissait d'un appel formé contre une décision par laquelle la Section de première instance a rejeté une action en jugement déclaratoire portant inconstitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les appelants ont saisi la Commission des plaintes du public contre la GRC de plaintes contre diverses formes d'inconduite de la part de la GRC à l'égard de manifestants lors de la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) à Vancouver en 1997. La Commission a été constituée pour faire enquête sur toutes les questions se rapportant aux plaintes. Le président a conclu que la Commission avait compétence pour examiner si le premier ministre ou des membres de son bureau, du Bureau du Conseil Privé ou du gouvernement du Canada avaient donné des directives ou des ordres inappropriés à des agents de la GRC sur les mesures de sécurité à la conférence de l'APEC, et pour tirer des conclusions et formuler des recommandations à cet égard. Aucune défense d'obéissance aux ordres supérieurs n'a été soulevée. Il n'était pas contesté qu'il y avait eu des communications entre des responsables du bureau du premier ministre et des responsables de la GRC sur les mesures de sécurité. La Commission a demandé à ce que le gouvernement du Canada communique tous les dossiers gouvernementaux ayant un rapport avec l'audition des plaintes. Deux greffiers successifs du Conseil privé ont déposé, en application du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'attestation que les renseignements contenus dans certains documents demandés étaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. L'article 39 prévoit que les documents en question ne doivent pas être divulgués et que la Cour ne peut pas les examiner pour décider si la décision du greffier est fondée ou si l'intérêt public justifie le refus de divulgation. Les appelants ont intenté une action pour jugement déclarant que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel et incompatible avec les «principes fondamentaux et structurels de la Constitution». Le juge de la Section de première instance a conclu que l'article 39 relevait de la compétence du Parlement et que ces «principes fondamentaux et structurels de la Constitution», dans la mesure où ils pourraient permettre au juge de suppléer aux «lacunes» dans la Constitution écrite, n'avaient pas application. Il a rejeté l'argument subsidiaire suivant lequel, à supposer que l'article 39 soit valide, il ne pourrait

The issues were: (1) whether section 39 is *ultra vires* Parliament because of the fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution, namely the independence of the judiciary, the rule of law and the separation of powers; and (2) whether section 39 should be read down or otherwise rendered inapplicable in the circumstances.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) (i) The appellants' arguments were largely based on the premise that parliamentary sovereignty was not one of the principles of the Constitution, or at least ceased to be in 1982 when the Charter was adopted and section 52 of the *Constitution Act, 1982* was enacted. (Section 52 provides that the Constitution is the supreme law of Canada.) The supremacy of the Constitution was established even before Confederation in 1867. Section 52 was necessary to avoid any uncertainty as to the continuing supremacy of the Constitution. Both before and after 1982 our system was, and is, one of parliamentary sovereignty exercisable within the limits of a written constitution, as evidenced by courts striking down laws for inconsistency with the division of powers set out in *British North America Act, 1867*, sections 91 and 92. These were solely quantitative limits on the exercise of legislative power prior to 1982. The adoption of the Charter in 1982 added a multitude of qualitative limitations on the exercise of power, but the Constitution of Canada was and is supreme over ordinary laws. Just as before 1982, the specific requirements of the Constitution must be examined to determine whether in a given case Parliament has infringed a constitutional limit (express or implied) on its power.

The appellants argued that section 39 was contrary to the common law and therefore implicitly unconstitutional. Under current common law a judge can examine a document to see if the claim that it was a Cabinet confidence was well-founded and if so, whether the public interest in its disclosure would outweigh the public interest in its continuing secrecy. Legislation cannot, however, be presumed unconstitutional simply because it alters the common law. The rationale for such legislation is to give an absolute assurance to members of Cabinet and their advisors that the classes of documents specified in section 39 will not even be subject to review by a judge for confidentiality, and therefore the continued secrecy of the document is assured. The common law was even more restrictive of disclosure until 1968 when, in *Conway v. Rimmer*, the House of Lords held that the Court could examine documents which were the subject of a minister's claim for immunity, although a majority were of the view that Cabinet documents as a class should not be disclosed. At about this time, when the predecessor to

s'appliquer valablement de façon à permettre au pouvoir exécutif de dissimuler sa propre violation de la Constitution.

Les questions en litige étaient: 1) L'article 39 est-il inconstitutionnel en regard des principes fondamentaux et non écrits de la Constitution canadienne, savoir l'indépendance de la magistrature, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs?; 2) Faut-il donner à l'article 39 une interprétation restrictive ou une interprétation telle qu'il ne s'applique pas dans les circonstances?

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

1) i) L'argumentation des appelants était largement fondée sur le postulat que la souveraineté du Parlement n'était pas l'un des principes de la Constitution, ou à tout le moins a cessé de l'être en 1982, lorsque la Charte et l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été adoptés. (L'article 52 édicte que la Constitution est la loi suprême du Canada.) La suprématie de la Constitution était reconnue même avant la Confédération en 1867. L'article 52 était nécessaire pour écarter toute incertitude quant à la suprématie permanente de la Constitution. Le régime que nous connaissons avant 1982 et que nous connaissons toujours après 1982 est celui de la souveraineté parlementaire dans les limites d'une constitution écrite, comme le démontre le fait que les tribunaux ont invalidé des lois pour incompatibilité avec le partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de *L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Ces limites étaient d'ordre exclusivement quantitatif quant à l'exercice du pouvoir législatif avant 1982. L'adoption de la Charte en 1982 a ajouté une multitude de limitations qualitatives à l'exercice de ce pouvoir, mais la Constitution du Canada primait et prime toujours les lois ordinaires. Il faut, tout comme avant 1982, se référer aux prescriptions spécifiques de la Constitution pour juger si dans un cas d'espèce, le Parlement a excédé une limite constitutionnelle (expresse ou implicite) de son pouvoir.

Les appelants ont soutenu que l'article 39 était contraire à la common law et, de ce fait, implicitement inconstitutionnel. En cas d'assertion de confidentialité de renseignements du Cabinet, la jurisprudence contemporaine permet au juge d'examiner le document pour vérifier si la revendication était fondée et, dans l'affirmative, si l'intérêt public dans sa divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans le maintien de la confidentialité. La loi ne saurait toutefois être tenue pour inconstitutionnelle du seul fait qu'elle modifie la common law. La raison d'être d'une loi de ce genre est de donner aux ministres et à leurs conseillers l'assurance absolue que les catégories de documents visées à l'article 39 ne seront même pas susceptibles d'examen par un juge pour vérification de leur confidentialité; elle ne laisse aucun doute sur le maintien de leur secret. La common law était encore plus restrictive en matière de divulgation jusqu'en 1968, quand, dans *Conway v. Rimmer*, la Chambre des lords a décidé que le juge pouvait examiner les documents dont un ministre revendiquait la confidentialité, bien que la majorité fût

section 39 was first enacted in Canada, it applied the principles of *Conway v. Rimmer* to most documents, but provided absolute immunity without examination by the Court for documents whose disclosure was claimed to be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations or as constituting a confidence of the Queen's Privy Council. In 1982 the absolute claim for non-disclosure without examination by the Court was limited to confidences of the Queen's Privy Council, which was defined for the first time and a time limit was placed on the continuation of that status. *Prima facie*, section 39 appears to be an *intra vires* measure by Parliament to define privileges of the federal Executive in the furtherance of the well-established and well-accepted principles of Cabinet secrecy. In the absence of some clear and compelling constitutional imperative to the contrary the legislation is valid and effective.

(ii) The appellants argued that there is a doctrine of separation of powers which prevents Parliament from giving judicial functions to the Executive. They characterized the issuance of a section 39 certificate by the Clerk of the Privy Council as judicial because it involves a determination of whether a court should have access to certain evidence. The appellants relied upon statements by the Supreme Court of Canada in the *Judges Reference* case that judicial independence flowed from the separation of powers, a doctrine which came from the preamble to the Constitution, which provides for a "constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". First, these comments were *obiter dicta* as that case was decided on the basis of Charter, paragraph 11(d). Secondly, the reference to a "constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" was understood in 1867 to be a reference to an entrenchment of responsible government, i.e. where the Executive is responsible to the legislature. The very concept was the antithesis of separation of powers.

The certification of a fact which is binding on the courts because of the nature of the subject-matter is consistent with the traditional bounds of mutual respect owed by each "branch" of government to the others. There are fundamental policy reasons of a quasi-constitutional nature as to why the Executive (with the guidance of an Act of Parliament) should be able to identify those documents generated in its internal decision-making process which should not, to maintain the integrity of the system of Cabinet secrecy, be disclosed. If our system of government must conform to some concept of separation of powers, it should embrace this form of mutual respect among the various "branches" so as to reflect and enhance their respective roles.

d'avis que les documents du Cabinet, comme tels, n'étaient pas susceptibles de divulgation. Vers la même époque, lorsque l'ancienne version de l'article 39 a été adoptée, elle a appliqué les principes dégagés dans *Conway v. Rimmer* à la plupart des documents, mais elle prévoyait la protection absolue, sans droit de vérification par le juge, pour les documents dont l'exécutif affirmait que leur divulgation porterait atteinte aux relations internationales, à la défense nationale, à la sécurité ou aux relations fédérales-provinciales, ainsi que pour les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. En 1982, la protection absolue, sans vérification par le juge, a été limitée aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, qui ont été définis pour la première fois, et une limitation dans le temps a été instituée pour cette protection. Sauf preuve contraire, l'article 39 est une mesure validement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe, bien établi et bien accepté, du secret des délibérations du Cabinet. Faute d'impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible, ce texte de loi est valide et a plein effet.

ii) Les appelants ont soutenu que la doctrine de la séparation des pouvoirs interdit au Parlement d'investir l'exécutif de pouvoirs judiciaires. À leur avis, l'attestation délivrée par le greffier du Conseil privé en application de l'article 39 était un acte judiciaire, en ce qu'elle tranche la question de savoir si le tribunal peut examiner certains éléments de preuve. Ils ont cité à l'appui les énoncés faits par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur les juges*, savoir que l'indépendance de la magistrature était une conséquence de la séparation des pouvoirs, une doctrine qui avait son origine dans le préambule de la Constitution, qui fait état d'«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». En premier lieu, il s'agissait seulement d'observations incidentes puisque la cause a été tranchée à la lumière de l'alinéa 11d) de la Charte. En second lieu, la mention au préambule d'une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni» était considérée en 1867 comme traduisant le principe de la responsabilité gouvernementale, savoir un régime dans lequel l'exécutif est comptable devant le législatif. Ce concept même était l'antithèse de la séparation des pouvoirs.

L'attestation d'un fait qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet est tout à fait conforme aux paramètres traditionnels du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres. Il y a des raisons fondamentales d'ordre public de nature quasi constitutionnelle pour lesquelles l'exécutif (guidé par une loi du Parlement) doit être en mesure d'identifier les documents produits dans son processus de décision interne qui ne doivent pas être révélés pour protéger l'intégrité du système du secret des délibérations du Cabinet. S'il est quelque concept de séparation des pouvoirs auquel doive se conformer notre système de gouvernement, c'est cette forme de respect mutuel des trois pouvoirs qu'il doit appliquer, afin de refléter et de renforcer leurs rôles respectifs.

(iii) The appellants maintained that government must not only be conducted in accordance with law, but that such law must never exclude the courts from the decision-making process of government. The elements of the rule of law are: that the law is supreme over the acts of both government and private persons (“one law for all”); that an actual order of positive laws be created and maintained to preserve “normative order”; and that “the exercise of all public power must find its ultimate source in the legal rule”. In other words, the “relationship between the state and the individual must be regulated by law”. Where section 39 is applied to preserve the immunity from disclosure of Cabinet documents, the situation is clearly regulated by law, namely section 39, being an Act of Parliament operating in its field of legislative authority. The rule of law is not a guarantee of the paramountcy of the common law. In fact the “actual order of positive laws” makes valid legislation paramount over the common law. The government is bound by the law, just as are private citizens. This does not mean that the law must produce the same results in respect of every citizen or institution in the country. The rule of law does not invalidate a statute which has the effect of allowing representatives of the Crown to identify certain documents as beyond disclosure: that is, the rule of law does not preclude a special law with a special result dealing with a special class of documents, which for long-standing reasons based on constitutional principles such as responsible government, have been treated differently from private documents in a commercial law suit. The rule of law is not, therefore, a basis for ignoring the provisions of section 39 of the *Canada Evidence Act*.

(iv) As to the independence of the judiciary, the appellants argued that any limitation on the jurisdiction of judicial bodies, precluding them in certain instances from engaging in the review of government decisions, is a violation of a constitutionally guaranteed independence of the judiciary. Section 39 does not interfere with the security of tenure, the financial security, or the administrative independence of judges. It is a public law applicable in a variety of circumstances, not for the purpose of interfering in a particular case before the Court. The invocation of section 39 does not put improper pressure on a judge as to the outcome of a given case: he or she is simply barred by Act of Parliament from making certain determinations. In fact, such a section is really another form of privative clause. *Constitution Act, 1867*, section 96 and Charter, paragraph 11(d) are the essential constitutional limitations on the assignment of certain functions to non-courts such as the Clerk of the Privy Council, thus withdrawing them from the courts. The issuance of such certificates are not a traditional and necessary function of a superior court of a kind contemplated in 1867 and thus within section 96. Nor is it integral to the conduct of a trial within the contemplation of para-

iii) Les appelants ont soutenu que non seulement le gouvernement devait s'exercer conformément à la loi, mais encore la loi ne devait jamais exclure le pouvoir judiciaire du processus décisionnel de l'exécutif. Les composantes du principe de la primauté du droit sont: la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers («une seule loi pour tous»), la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve le principe de «l'ordre normatif», et le fait que «l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit». En d'autres termes, «les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit». Lorsque l'article 39 est appliqué pour préserver la protection des renseignements du Cabinet contre la divulgation, ce cas est clairement régi par la loi, savoir l'article 39, qui est un texte de loi adopté par le Parlement pour produire des effets dans son domaine reconnu de compétence législative. Primauté du droit ne signifie pas garantie de la suprématie de la common law. En fait, l'«ordre réel de droit positif» fait que les lois valides priment la common law. L'État est tenu de respecter la loi au même titre que les citoyens. Cela ne veut pas dire que la règle de droit doit produire les mêmes effets à l'égard de tout citoyen ou toute institution du pays. Le principe de la primauté du droit n'entraîne pas l'invalidité d'une loi qui a pour effet d'autoriser des représentants de l'État à indiquer que certains documents échappent à la divulgation, c'est-à-dire que la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, ont reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial. Le principe de la primauté du droit n'est donc pas un facteur sur lequel on pourrait se fonder pour écarter les dispositions de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

iv) En ce qui concerne l'indépendance de la magistrature, les appelants ont soutenu que toute limitation de la compétence des tribunaux, qui les empêche dans certains cas de contrôler des décisions du gouvernement, est une violation de l'indépendance, constitutionnellement garantie, de la magistrature. L'article 39 ne porte nullement atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges. Cet article est un texte de loi publique applicable dans diverses circonstances qui n'a pas été adopté en fonction d'une affaire particulière soumise au tribunal. L'invocation de l'article 39 n'exerce pas une pression inappropriée sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce; il se voit tout simplement interdire par une loi fédérale de rendre certaines décisions. En fait, la disposition en question est tout bonnement une autre forme de clause privative. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'alinéa 11(d) de la Charte constituent les limitations constitutionnelles essentielles de la pratique consistant à investir les autorités non judiciaires comme le greffier du Conseil privé de certaines fonctions soustraites au contrôle du pouvoir judiciaire. La délivrance des attestations dont s'agit ne peut être qualifiée de fonction traditionnelle et nécessaire

graph 11(d): the proceeding before the Commission is not a trial of anyone's guilt and if it were so considered then the Commission would not be constitutionally allowed to conduct it.

(2) The appellants argued that if section 39 is constitutionally valid, it should not apply because Parliament cannot authorize the Executive to shield its own conduct from constitutional scrutiny by employing section 39. But the statement of claim did not allege misconduct on the part of the Executive. Even if the Commission is a forum where unlawful conduct by the Executive may be relevant to the making of recommendations, the inquiry is concerned with the conduct of RCMP officers and not of the Executive. Any findings which might be made about the conduct of the Prime Minister's Office or other members of the Executive will presumably be incidental to findings concerning conduct of the RCMP and cannot be legally determinative of whether such persons have done something constitutionally unlawful. Therefore the withholding of documents containing confidences pursuant to section 39 cannot prevent any definitive determination of constitutionally unlawful behaviour, which would have to be made by a court in an action brought for the purpose of obtaining redress for such behaviour, against those alleged to be guilty of it i.e. by way of judicial review of the Clerk's certificate.

The consequences of accepting the appellants' arguments would be that section 39 would not apply where there was the merest allegation that Cabinet documents might reveal policy or operating decisions arguably inconsistent with the rights of certain individuals. This would severely attenuate the absolute protection of Cabinet communications from disclosure which section 39 now affords. There is no basis upon which section 39 should be held to be inapplicable to the circumstances.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7, 11(d).

d'une cour supérieure telle qu'elle était envisagée en 1867; pareille attestation ne va donc pas à l'encontre de l'article 96. Elle ne fait pas non plus partie intégrante de la conduite d'un procès au sens de l'alinéa 11d) de la Charte: l'audience devant la Commission n'est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit et, l'eût-elle été, la Commission n'aurait pas été habilitée à la tenir en vertu de la Constitution.

2) Les appelants ont soutenu que l'article 39, eût-il été constitutionnellement valide, n'était pas applicable puisque le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses actes à l'examen à la lumière de la Constitution en recourant à l'article 39. Cependant, la déclaration n'énonce aucune allégation d'inconduite de la part de l'exécutif. Même à supposer qu'on puisse considérer la Commission comme un forum où les agissements illégaux de l'exécutif peuvent entrer en ligne de compte dans la formulation de ses recommandations, l'enquête vise le comportement des agents de la GRC et non celui de l'exécutif. Toute conclusion qu'elle aurait pu tirer sur les agissements du bureau du premier ministre et d'autres membres de l'exécutif serait forcément accessoire aux conclusions concernant les agissements de la GRC et ne saurait permettre, sur le plan juridique, de conclure si ces personnes ont fait quelque chose d'illégal sur le plan constitutionnel. En conséquence, le refus, en application de l'article 39, de communiquer des documents renfermant des renseignements confidentiels ne peut exclure tout jugement définitif d'agissements inconstitutionnels, lequel appartient au tribunal qui serait saisi de l'action intentée en réparation de ces agissements, contre ceux qui en seraient coupables, c'est-à-dire par voie de contrôle judiciaire contre l'attestation du greffier du Conseil privé.

Faire droit aux arguments des appelants reviendrait à décider que l'article 39 est inapplicable chaque fois qu'il y a la moindre allégation que des renseignements du Cabinet pourraient révéler des décisions d'orientation générale ou d'application spécifique, dont on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte aux droits de certains individus. Ceci aurait pour effet de réduire de façon draconienne la protection absolue des délibérations du Cabinet contre la divulgation, que l'article 39 garantit à l'heure actuelle. Il n'y a rien qui permette de juger que l'article 39 est inapplicable dans les circonstances.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7, 11d).  
*Colonial Laws Validity Act, 1865*, (R.-U.) 28-29 Vict., ch. 63, art 2.  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.

- Colonial Laws Validity Act, 1865*, (U.K.), 28-29 Vict., c. 63, s. 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. 96.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41(2).
- Proceedings against the Crown Act (The)*, R.S.S. 1965, c. 87, s. 5(7).
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 45.35 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.42 (as enacted *idem*), 45.43 (as enacted *idem*), 45.44 (as enacted *idem*), 45.45(14) (as enacted *idem*), 45.46(3) (as enacted *idem*).
- Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], ss. 2, 7.
- L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5], art. 91, 92.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2° Supp.), ch. 10, art 41(2).
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 45.35 (édicte par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 8, art. 16), 45.42 (édicte, *idem*), 45.43 (édicte, *idem*), 45.44 (édicte, *idem*), 45.45(14) (édicte, *idem*), 45.46(3) (édicte, *idem*).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 5).
- Proceedings against the Crown Act (The)*, R.S.S. 1965, ch. 87, art. 5(7).
- Statut de Westminster, 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27], art. 2, 7.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215; (1982), 134 D.L.R. (3d) 17; 41 N.R. 318; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] 11 W.W.R. 51 (Sask. C.A.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

## DISTINGUISHED:

*Valente v. The Queen et al.* [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*, [1962] S.C.R. 642; (1962), 34 D.L.R. (2d) 196; 38 W.W.R. 701; *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; (1976), 71 D.L.R. (3d) 1; [1976] 6 W.W.R. 61; 11 N.R. 222; *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; (1986), 32 D.L.R. (4th) 1; [1987] 1 W.W.R. 304; 8

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, [1982] 1 R.C.S. 215; (1982), 134 D.L.R. (3d) 17; 41 N.R. 318; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] 11 W.W.R. 51 (C.A. Sask.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*, [1962] R.C.S. 642; (1962), 34 D.L.R. (2d) 196; 38 W.W.R. 701; *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; (1976), 71 D.L.R. (3d) 1; [1976] 6 W.W.R. 61; 11 N.R. 222; *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; (1986), 32 D.L.R. (4th) 1; [1987] 1 W.W.R. 304; 8



B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; revg *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185; [1984] 3 W.W.R. 353; 51 B.C.L.R. 175 (S.C.).

## CONSIDERED:

*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *R. v. Mills*, [1999] S.C.J. No. 68 (QL); *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 327 A.P.R. 181; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161; *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; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

## REFERRED TO:

*Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169; (1997), 149 D.L.R. (4th) 269; 3 Admin. L.R. (3d) 306; 218 N.R. 139 (C.A.); *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289; 1 C.R.R. (2d) 193; 114 N.R. 255 (C.A.); *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *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 N.R. 321.

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., Toronto: Carswell, 1992.  
Montesquieu, Charles de Secondat (Baron). *De l'esprit des lois*, Paris: H. Bossange, 1827.  
Moore, Christopher. *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997.

B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; inf. *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185; [1984] 3 W.W.R. 353; 51 B.C.L.R. 175 (C.S.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *R. c. Mills*, [1999] A.C.S. n° 68 (QL); *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 327 A.P.R. 181; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161; *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; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169; (1997), 149 D.L.R. (4th) 269; 3 Admin. L.R. (3d) 306; 218 N.R. 139 (C.A.); *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289; 1 C.R.R. (2d) 193; 114 N.R. 255 (C.A.); *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *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. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321.

## DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (édition en feuilles mobiles), Toronto: Carswell, 1992.  
Montesquieu, Charles de Secondat (Baron). *De l'esprit des lois*, Paris: H. Bossange, 1827.  
Moore, Christopher. *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997.

APPEAL from a F.C.T.D. judgment dismissing an action for a declaration that *Canada Evidence Act*, section 39 is unconstitutional (*Singh v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 F.C. 583 (T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Joseph J. Arvay, Q.C.* for appellants.  
*Ivan G. Whitehall, Q.C.* and *Simon Fothergill* for respondents.  
*Barbara L. Fisher* for intervenor RCMP Public Complaints Commission.

SOLICITORS OF RECORD:

*Arvay Finlay, Victoria*, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.  
*Blake, Cassels & Graydon, Vancouver*, for intervenor RCMP Public Complaints Commission.

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

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal from a decision of McKeown J. [[1999] 4 F.C. 583 (T.D.)] in which he dismissed the appellants' action for a declaration that section 39 of the *Canada Evidence Act*<sup>1</sup> is unconstitutional.

Facts

[2] In November 1997 an Asian Pacific Economic Cooperation Conference (APEC Conference) was held in Vancouver, attended by heads of government of Pacific rim countries. The appellants, among others, were involved in demonstrations on the occasion of travel around Vancouver by the respective heads of government. Subsequently approximately 52 complainants, including the appellants, filed complaints with the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints

APPEL contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une action pour jugement déclarant inconstitutionnel l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada (Singh c. Canada (Procureur général)*, [1999] 4 C.F. 583 (1<sup>re</sup> inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*Joseph J. Arvay, c.r.*, pour les appelants.  
*Ivan G. Whitehall, c.r.*, et *Simon Fothergill* pour les intimés.  
*Barbara L. Fisher* pour l'intervenante la Commission des plaintes du public contre la GRC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Arvay Finlay, Victoria*, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.  
*Blake, Cassels & Graydon, Vancouver*, pour l'intervenante la Commission des plaintes du public contre la GRC.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] Il y a en l'espèce appel formé contre la décision par laquelle le juge McKeown [[1999] 4 C.F. 583 (1<sup>re</sup> inst.)] a rejeté l'action des appelants en jugement déclaratoire portant inconstitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>1</sup>.

Les faits de la cause

[2] En novembre 1997, une conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (la conférence de l'APEC) a réuni à Vancouver les chefs de gouvernement des pays riverains du Pacifique. Les appelants participaient parmi d'autres à des manifestations lors des déplacements de divers chefs de gouvernement dans la ville de Vancouver. Subséquemment, quelque 52 plaignants, dont les appelants, ont saisi la Commission des plaintes du public contre la Gendar-

Commission (the Commission) alleging various forms of misconduct by personnel of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP).

[3] The Commission is established under the *Royal Canadian Mounted Police Act*.<sup>2</sup> The nature of its jurisdiction may be seen in section 45.35 which reads in part as follows:

**45.35** (1) Any member of the public having a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act may, whether or not that member of the public is affected by the subject-matter of the complaint, make the complaint to

(a) the Commission;

The Commission is empowered to hold hearings and has the necessary powers to summon witnesses.<sup>3</sup> On completion of the hearing, the Commission is to send to the Minister and the RCMP Commissioner an interim report "setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission sees fit".<sup>4</sup> After the RCMP Commissioner has stated in writing how he intends to respond to the report, the Commission Chairman is to make a final report to the Minister (the Solicitor General of Canada), the Commissioner and the parties, "setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit".<sup>5</sup>

[4] After the resignation of the first panel appointed by the Chair of the Commission to hear these complaints, she appointed Mr. E. N. Hughes, Q.C. as a member of the Commission to conduct this hearing. His terms of reference are to:

. . . inquire into all matters touching upon these complaints, to hear all evidence relevant thereto, to ensure a full and fair hearing in respect of these complaints and to report at the conclusion of the hearing such findings of fact and recommendations as are warranted, and, without limiting the generality of the foregoing, to inquire into and to report on:

(a) the events that took place during, or in connection with, demonstrations during the Asia Pacific Economic Cooperation ("APEC") Conference in Vancouver, B.C. between November 23 and 27, 1997 on or near the UBC Campus and subsequently at the UBC and

merie royale du Canada (la Commission) de plaintes contre diverses formes d'inconduite d'agents de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[3] Cette Commission a été créée par la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*<sup>2</sup>, dont l'article 45.35 définit sa compétence notamment comme suit:

**45.35** (1) Tout membre du public qui a un sujet de plainte concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci peut, qu'il en ait ou non subi un préjudice, déposer une plainte auprès soit:

a) de la Commission;

La Commission est habilitée à tenir des audiences et à convoquer les témoins<sup>3</sup>. Une fois la plainte entendue, elle doit adresser au ministre et au commissaire de la GRC un rapport provisoire «énonçant les conclusions et les recommandations qu'elle estime indiquées»<sup>4</sup>. Après que le commissaire de la GRC aura fait savoir par écrit la suite qu'il entend réserver à ce rapport, le président de la Commission présente au ministre (c'est-à-dire au solliciteur général), au commissaire et aux parties, son rapport final «énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées»<sup>5</sup>.

[4] La première formation d'enquête qu'elle avait chargée d'entendre les plaintes en question ayant démissionné, la présidente de la Commission a désigné M. E. N. Hughes, c.r., en qualité de membre de la Commission chargé d'entendre les mêmes plaintes, avec pour mission:

[TRADUCTION] [. . .] d'enquêter sur toutes les questions touchant ces plaintes, d'entendre tous les témoignages y relatifs, de veiller à l'audition pleine et juste des mêmes plaintes et de soumettre, à l'issue de l'enquête, les conclusions sur les faits et les recommandations qui s'imposent, et en particulier, d'enquêter sur les questions suivantes et d'en rendre compte:

a) savoir ce qui s'est passé à l'occasion et en marge des manifestations lors de la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique («APEC») à Vancouver (C.-B.), entre le 23 et le 27 novembre 1997, sur le campus de l'UBC ou dans le voisinage, et par la

Richmond Detachments of the RCMP;

- (b) whether the conduct of members of the RCMP involved in the events was appropriate to the circumstances;
- (c) whether the conduct of members of the RCMP involved in the events was consistent with respect for the Fundamental Freedoms guaranteed by section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.<sup>6</sup>

In a sitting of the Commission on March 5, 1999 Mr. Hughes observed, after quoting these terms of reference:

Central to this inquiry is the conduct of those members of the Force who are the subject of one or more of the complaints. That is the purpose, function and raison d'être for this proceeding. The consequences for a member of the Force, whose conduct, if found to have been inappropriate in the circumstances or inconsistent with respect for the Fundamental Freedoms guaranteed by section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can be devastating indeed, given the disciplinary procedures within the Force that could be triggered by such a finding.<sup>7</sup>

Quoting various statements by certain complainants and their counsel he observed:

. . . I sense an overriding desire on the part of some to play out some other agenda which in turn has resulted in a glossing over in some minds of what is my fundamental duty in this matter.<sup>8</sup>

He was, however, asked to make declarations that the Commission has the jurisdiction to investigate whether the Prime Minister or members of his Office or of the Privy Council Office or of the Government of Canada gave improper orders or directions to any members of the RCMP respecting security at the APEC Conference, that it has jurisdiction to make findings to this effect, and that it has the jurisdiction to make recommendations to the Commissioner of the RCMP concerning political interference in RCMP operations by the persons referred to above. He stated in response that he could so inquire, could make such findings and such recommendations, "if the evidence is supportive of me doing so".<sup>9</sup> This ruling is not in dispute before us. Counsel did confirm to us that the members of the RCMP who are the objects of complaints within the ambit of section 45.35 of the RCMP Act have not

suite, aux sièges des détachements UBC et Richmond de la GRC;

- b) savoir si les agissements des membres de la GRC dans le contexte de ces incidents étaient appropriés aux circonstances.
- c) savoir si la conduite des membres de la GRC dans le contexte de ces incidents était conforme au respect des libertés fondamentales que garantit l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.<sup>6</sup>

Lors de l'audience du 5 mars 1999 de la Commission, M. Hughes a fait l'observation suivante, après avoir évoqué les détails ci-dessus de la mission dont il était investi:

[TRADUCTION] Le point focal de cette enquête est la conduite des agents de la Gendarmerie qui font l'objet d'une ou de plusieurs plaintes. Tels sont le but, la fonction et la raison d'être de cette enquête. Les conséquences pourront en être dévastatrices pour l'agent de la GRC dont la conduite est jugée irrégulière eu égard aux circonstances ou contraire au respect des libertés fondamentales que garantit l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, vu les mesures disciplinaires internes que pareille conclusion pourrait déclencher.<sup>7</sup>

Citant les déclarations de certains plaignants et de leurs avocats, il a fait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] [. . .] Je sens chez certains le désir dominant de poursuivre d'autres desseins, au point d'en arriver à perdre de vue ce que sont mes responsabilités fondamentales dans cette affaire.<sup>8</sup>

Les plaignants lui ont cependant demandé de juger que la Commission a compétence pour examiner si le premier ministre ou des membres de son bureau, du Bureau du Conseil privé ou du gouvernement du Canada avaient donné des directives ou des ordres inappropriés à des agents de la GRC sur les mesures de sécurité à la conférence de l'APEC, pour tirer des conclusions en ce sens, et pour faire au commissaire de la GRC des recommandations au sujet de l'ingérence politique par ces autorités dans le travail de la GRC. Il a fait savoir en réponse qu'il était habilité à tirer les conclusions et recommandations de ce genre [TRADUCTION] «si les preuves et témoignages produits le justifient».<sup>9</sup> Cette décision n'est pas en cause. L'avocat des intimés a bien confirmé à l'intention de la Cour que les agents de la GRC visés par les plaintes formulées sous le régime de l'article 45.35 de la

suggested any defence of superior orders. It is no longer in dispute that there were discussions between officials of the Prime Minister's Office and personnel of the RCMP concerning security arrangements. It is the position of the Attorney General of Canada, however, that these did not constitute instructions to, or interference with, the RCMP in the conduct of their security functions at the APEC Conference. It is obviously the position of some or all of the complainants that there was such direction and interference from political sources which had the effect of causing the RCMP to infringe their Charter [*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]] rights. The hearings continue.

[5] On April 8, 1998 counsel for the Commission wrote to counsel for the government requesting that the Government of Canada disclose to the panel all government records relevant to the hearing. In partial response to this, two successive clerks of the Privy Council have filed certificates under subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act*<sup>10</sup> certifying that the information contained in certain documents constitutes confidences of the Queen's Privy Council for Canada. By the provisions of section 39 this means that the documents shall not be disclosed and the Court is unable to examine them to determine if the Clerk's determination is correct or if the public interest warrants a refusal to disclose. Section 39 provides as follows:

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

Loi sur la GRC n'excipaient nullement de l'obéissance aux ordres supérieurs. Il est constant qu'il y a eu des communications entre des responsables du bureau du premier ministre et des responsables de la GRC sur les mesures de sécurité. Le procureur général du Canada tient cependant que ces communications ne constituaient ni des instructions ni une ingérence dans l'exercice par la GRC de ses fonctions de sécurité à la conférence de l'APEC. Bien entendu, certains ou l'ensemble des plaignants soutiennent qu'il y avait instructions et ingérence de la part des hommes politiques, qui ont poussé la GRC à porter atteinte aux droits que leur garantit la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Les audiences se poursuivent encore.

[5] Le 8 avril 1998, le conseiller juridique de la Commission a écrit à l'avocat représentant le gouvernement pour demander que celui-ci communique à la formation d'enquête tous les dossiers gouvernementaux ayant un rapport avec l'audition des plaintes. Par suite, deux greffiers successifs du Conseil privé ont déposé, en application du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>10</sup>, l'attestation que les renseignements contenus dans certains documents demandés sont des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ce qui signifie, selon les dispositions de l'article 39, que les documents en question ne seront pas divulgués et que la Cour ne peut pas les examiner pour décider si la décision du greffier est fondée ou si l'intérêt général justifie le refus de divulgation. Voici ce que prévoit cet article 39:

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

[6] It appears that the Commission counsel who originally requested these documents has taken no further proceeding to obtain them. However the present appellants commenced this action on April 13, 1999 seeking a declaration that section 39 of the *Canada Evidence Act* is inconsistent with paragraph 2(b) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and not justifiable under section 1 thereof; and a declaration that section 39 is inconsistent with the preamble to the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and the "fundamental and organizing principles of the

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

[6] Il appert que le conseiller juridique de la Commission qui avait demandé ces documents à l'origine n'a rien fait de plus pour en obtenir communication. De leur côté cependant, les appelants ont intenté le 13 avril 1999 leur action en jugement déclarant que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* va à l'encontre de l'alinéa 2b) et de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'est pas justifiable au regard de l'article premier de ce texte; et que le même article 39 est incompatible avec le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et

Constitution” and is beyond the powers of Parliament. By reasons dated June 25, 1999 McKeown J. dismissed the action. He concluded that section 39 is *intra vires* of Parliament and he could identify no Charter violation. He further found that the so-called “fundamental and organizing principles of the Constitution”, to the extent that they may assist the courts in filling in “gaps” in the written Constitution, had no application to this issue. He further dismissed an alternative argument raised at trial by the plaintiffs to the effect that even if section 39 is not *per se* invalid it could not validly be applied so as to allow the executive branch of government to conceal its own violation of the Constitution. He noted that the plaintiffs have not established any violation of the Constitution in the sense of section 39 being an invalid law (if the gravamen of the plaintiffs’ case is that the executive was relying on an invalid law which prevents disclosure of documents). He also was of the view that there is no evidence to indicate that the exercise by the Clerk of the power under section 39 was arbitrary or malicious (if the gravamen of the plaintiffs’ case is that the decision to issue the certificate was not made on proper grounds).

[7] The appellants appeal from that decision on the ground that the Trial Judge should have found that section 39 of the *Canada Evidence Act* is *ultra vires* Parliament because of the “fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution”: namely, the independence of the judiciary, the rule of law, and the separation of powers. They also argue in the alternative that the Trial Judge should have read down section 39 so as not to apply in the circumstances of this case, those circumstances being that the Executive allegedly acted unconstitutionally in directing the police to infringe the Charter rights of the complainants appearing before the Commission, and that such unconstitutional conduct would be disclosed by the documents now sought whose disclosure is prevented by section 39 of the *Canada Evidence Act*. The appellants thus assert a principle that section 39 cannot be constitutionally applied by the Executive so as to

avec les «principes fondamentaux et structurels de la Constitution» et excède les pouvoirs du Parlement. Par motifs de jugement en date du 25 juin 1999, le juge McKeown les a déboutés de leur action, concluant que l’article 39 relevait de la compétence du Parlement, que lui-même ne voyait aucune violation de la Charte, et que les soi-disant «principes fondamentaux et structurels de la Constitution», dans la mesure où ils pourraient permettre au juge de suppléer aux «lacunes» dans la Constitution écrite, n’avaient pas application en l’espèce. Il a également rejeté l’argument subsidiaire proposé par les demandeurs à l’audience, savoir qu’à supposer que l’article 39 ne soit pas en soi invalide, il ne pourrait s’appliquer valablement de façon à permettre au pouvoir exécutif de dissimuler sa propre violation de la Constitution. Le juge McKeown a noté que les demandeurs n’avaient fait la preuve d’aucune violation de la Constitution tenant au fait que l’article 39 est un texte de loi invalide (si le chef de plainte des demandeurs était que le pouvoir exécutif s’appuyait sur un texte de loi invalide qui empêche la divulgation de documents). Il a également conclu qu’il n’y avait aucune preuve que l’exercice par le greffier du Conseil privé du pouvoir prévu à l’article 39 était arbitraire ou malveillant (si le chef de plainte des demandeurs était que la décision de délivrer l’attestation en la matière n’était pas fondée sur des motifs légitimes).

[7] Les appelants interjettent appel de cette décision par ce motif que le juge de première instance aurait dû conclure que l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel au regard des «principes fondamentaux non écrits de la Constitution canadienne», savoir l’indépendance de la magistrature, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs. Ils soutiennent aussi subsidiairement que le juge de première instance aurait dû donner de l’article 39 une interprétation restrictive de façon à ne pas l’appliquer aux circonstances de la cause, ces circonstances étant que l’exécutif avait agi, disent-ils, de façon inconstitutionnelle en donnant à la police l’ordre de porter atteinte aux droits que la Charte garantit aux plaignants comparissant devant la Commission, et que pareille conduite inconstitutionnelle serait révélée par les documents demandés et dont l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* empêche la divulgation. Ils

prevent the disclosure to the Commission of evidence of its own unconstitutional conduct.

[8] At the hearing of the appeal the appellants did not argue that section 39 is contrary to the Charter.

[9] At the opening of the hearing before us the appellants applied to introduce new evidence, largely consisting of transcripts of conversations among RCMP personnel in which reference is made to the views, or presumed views, of personnel of the Prime Minister's Office. Such evidence, which had only become available in this form at the end of September 1999, consisted for the most part of hearsay. The Court refused to receive the new evidence in that it lacked intrinsic probative value and that, in any event, it did not meet the criterion for the admission of new evidence that it be practically determinative of the matter before the Court. The Court in this appeal is not called upon to determine the truth—now much disputed in hearings before the Commission—as to what the personnel of the RCMP did in relation to the APEC Conference and why they did it.

### Issues

[10] The issues are as follows:

(1) Is section 39 of the *Canada Evidence Act ultra vires* Parliament because of the “fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution [which] . . . include the independence of the judiciary, the rule of law and the separation of powers”?

(2) Should section 39 be read down or otherwise rendered inapplicable in the circumstances of this case?

### Analysis

[11] I wish to make clear at the outset that I am in general agreement with the conclusions of the learned Trial Judge and find in his decision no reviewable error. I only wish to elaborate on certain aspects of the matter. I also would observe that the appellants have made a strong argument against the policy embodied

soutiennent ainsi que l'article 39 n'est pas constitutionnellement applicable par le pouvoir exécutif pour prévenir la divulgation à la Commission des preuves de ses propres agissements inconstitutionnels.

[8] Devant la Cour, les appelants ne soutenaient pas que l'article 39 allait à l'encontre de la Charte.

[9] À l'ouverture de l'audience, ils ont demandé à produire des éléments de preuve nouveaux, lesquels consistent en grande partie en transcriptions de conversations entre agents de la GRC faisant état des avis, réels ou supposés, de responsables du bureau du premier ministre. Ces éléments de preuve, qui n'étaient devenus disponibles sous cette forme qu'à la fin de septembre 1999, consistaient surtout en propos rapportés par ouï-dire. La Cour a refusé de les admettre parce qu'ils n'avaient aucune valeur probante intrinsèque et qu'en tout cas, ils ne satisfaisaient à la condition d'admissibilité des preuves nouvelles, savoir qu'elles doivent être pratiquement déterminantes du litige. Dans cet appel, la Cour n'est pas appelée à découvrir la vérité—laquelle est encore fort disputée devant la Commission—pour ce qui est de savoir ce qu'ont fait les agents de la GRC à l'occasion de la Conférence de l'APEC et pourquoi ils l'ont fait.

### Les points en litige

[10] Voici les points litigieux:

1) L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il inconstitutionnel au regard des «principes fondamentaux et non écrits de la Constitution, savoir l'indépendance de la magistrature, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs»?

2) Faut-il donner de l'article 39 une interprétation restrictive ou une interprétation telle qu'elle ne s'applique pas aux circonstances de la cause?

### Analyse

[11] Je dois souligner pour commencer que je partage dans l'ensemble les conclusions du juge de première instance et ne vois dans sa décision aucune erreur susceptible de réformation. Je tiens seulement à approfondir certains points. Je dois aussi noter que les appelants ont proposé un argument convaincant



in subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act*, preventing as it does the review by courts of the executive's characterization of particular documents as containing confidences of the Queen's Privy Council for Canada. That policy treats Cabinet confidences as a class of documents which can only be disclosed in circumstances permitted by the *Canada Evidence Act*. Further, it prevents a court from determining for itself whether such documents are in fact Cabinet confidences. The appellants argue for a policy by which there would be no immunity as a class for this type of document: instead a court should be able to examine them to determine if they are of that class and, if so, whether on balance they should be disclosed anyway. But it is not for the Court to determine the wisdom of the policy embodied in the *Canada Evidence Act* if it breaches no constitutional requirement.

A. Validity of Section 39 of the *Canada Evidence Act*

[12] The appellants focussed their arguments on the invocation of so-called "fundamental, unwritten principles" of the Constitution which they largely derive from general comments made in the Supreme Court in two reference cases: namely, *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*<sup>11</sup> and *Reference re Secession of Quebec*.<sup>12</sup> The observations in these cases are of a general nature. Furthermore, both references dealt with matters not specifically dealt with in the Constitution and not subject to a well-established jurisprudence. I do not interpret them as having put an end to another constitutional principle, namely the supremacy of Parliament or the supremacy of legislatures when acting in their own domain. I will turn to this principle of the Constitution first and then deal with those invoked by the appellants.

(i) Parliamentary Sovereignty

[13] In *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy Mines and Resources)*,<sup>13</sup> a case where

contre la politique incarnée dans le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui interdit au juge de remettre en question l'attestation faite par l'exécutif que tel ou tel document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Cette politique fait des documents confidentiels du Cabinet une catégorie de documents qui ne peuvent être divulgués que dans les circonstances prévues par cette Loi. Au surplus, elle interdit au juge de décider pour lui-même si des documents de ce genre sont en fait des renseignements confidentiels du Cabinet. Les appelants préconisent une politique telle qu'il n'y aurait pas une exemption systématique des documents de ce genre, et que le juge serait en mesure d'examiner s'ils relèvent d'une telle catégorie et, dans l'affirmative, si, tout bien pesé, il faut quand même les divulguer. Il n'appartient cependant pas à la Cour de se prononcer sur la sagesse de la politique incarnée dans la *Loi sur la preuve au Canada* du moment que celle-ci ne porte atteinte à aucun impératif constitutionnel.

A. La validité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*

[12] L'argumentation des appelants est centrée sur les soi-disant «principes fondamentaux non écrits» de la Constitution, qu'ils dégagent en grande partie des conclusions de portée générale tirées par la Cour suprême dans deux renvois, savoir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*<sup>11</sup> et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>12</sup>. Les observations faites par la Cour dans ces deux causes ont une portée générale. Au surplus, l'un et l'autre renvois portaient sur des questions qui ne sont pas expressément prévues dans la Constitution et qui ne font l'objet d'aucune jurisprudence établie. Je ne les interprète pas comme ayant mis fin à un autre principe constitutionnel, savoir celui de la suprématie du Parlement ou de la suprématie des assemblées législatives agissant dans leur domaine de compétence. J'examinerai en premier lieu l'affaire en instance au regard de ce principe constitutionnel, avant de passer aux principes invoqués par les appelants.

(i) La souveraineté parlementaire

[13] Dans *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des*

the Supreme Court of Canada declined to order the Executive to produce documents sought by the Auditor General, Chief Justice Dickson said:

The *grundnorm* with which the courts must work in this context is that of the sovereignty of Parliament. The ministers of the Crown hold office with the grace of the House of Commons and any position taken by the majority must be taken to reflect the sovereign will of Parliament. Where Parliament has indicated in the *Auditor General Act* that it wishes its own servant to report to it on denials of access to information needed to carry out his functions on Parliament's behalf, it would not be appropriate for this Court to consider granting remedies for such denials, if they, in fact, exist.

[14] It appears that the appellants' arguments are largely based on the premise that parliamentary sovereignty is not one of the principles of the Constitution, or at least ceased to be at some time around 1982 when the Charter was adopted and section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] was enacted. They explicitly relied on the argument before the Trial Division on a statement by the Supreme Court in the *Quebec Secession Reference* as follows:

The constitutionalism principle bears considerable similarity to the rule of law, although they are not identical. The essence of constitutionalism in Canada is embodied in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that "[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect." Simply put, the constitutionalism principle requires that all government action comply with the Constitution. The rule of law principle requires that all government action must comply with the law, including the Constitution. This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy. The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455). They may not transgress its provisions: indeed their sole claim to exercise lawful authority rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source.<sup>14</sup>

[15] It is uncertain what significance should be given to this statement, since the supremacy of the Constitu-

*Ressources*)<sup>13</sup>, où la Cour suprême du Canada s'est refusée à ordonner à l'exécutif de produire les documents demandés par le vérificateur général, le juge en chef Dickson s'est prononcé en ces termes:

La règle fondamentale que les tribunaux doivent appliquer dans ce contexte est celle de la souveraineté du Parlement. Les ministres de la Couronne restent en fonction suivant le bon vouloir de la Chambre des communes et toute position qu'adopte la majorité est censée refléter la volonté souveraine du Parlement. Étant donné que le Parlement a indiqué, dans la *Loi sur le vérificateur général*, qu'il souhaitait que son propre préposé lui fasse rapport sur les refus d'accès à des renseignements nécessaires à l'exercice de ses fonctions pour le compte du Parlement, il ne serait pas opportun que cette Cour envisage, le cas échéant, d'accorder réparation pour de tels refus.

[14] Il appert que l'argumentation des appelants est largement fondée sur le postulat que la souveraineté du Parlement n'est pas l'un des principes constitutionnels, ou à tout le moins a cessé de l'être vers 1982, année de l'adoption de la Charte et de l'article 52 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]]. En première instance, ils se sont explicitement appuyés sur cette conclusion tirée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*:

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source<sup>14</sup>.

[15] On ne sait pas trop quelle importance il faudrait attacher à l'observation ci-dessus, puisque la supréma-

tion was established well before 1982 and even before Confederation in 1867. Canada recognized the British Parliament as the proper authority for enactment of our Constitution down to and including 1982 when section 52 of the *Constitution Act, 1982* was adopted. It was a legal doctrine of the British Empire that imperial laws (that is, enactments of Westminster) applying to a colony were supreme over colonial laws. This position was codified by statute, the *Colonial Laws Validity Act, 1865*,<sup>15</sup> section 2 of which provided that:

2. Any colonial law, which is or shall be repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such laws may relate . . . shall be read subject to such Act . . . and shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

*The British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5]], was an imperial law extending to the colony of Canada and its supremacy was thus assured as long as Westminster was the recognized legislative authority for Canada in constitutional matters. While ordinary Canadian laws were freed from the application of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*, and thus from the paramountcy of British laws, by the *Statute of Westminster, 1931*,<sup>16</sup> the latter statute preserved the supremacy in Canada of the B.N.A. Acts over local laws. It is no accident that a new supremacy clause was inserted in subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Subsection 52(2) of that Act partially defines the Constitution of Canada to include the legislation listed in the Schedule to the Act. The *Colonial Laws Validity Act, 1865* is not so listed. To avoid any uncertainty as to the continuing supremacy of the Constitution it was therefore necessary to insert subsection 52(1) to provide that:

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

[16] If indeed before 1982 the Constitution of Canada, then consisting of the B.N.A. Acts and certain

tie de la Constitution était reconnue bien avant 1982 et même avant la Confédération en 1867. Le Canada reconnaissait le Parlement britannique comme l'autorité compétente pour l'institution de notre Constitution jusqu'en 1982, année où l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fut adopté. La doctrine juridique de l'Empire britannique posait que les lois impériales (c'est-à-dire les lois de Westminster) s'appliquant à une colonie primaient les lois coloniales. Ce principe a été codifié dans une loi écrite, *Colonial Laws Validity Act, 1865*<sup>15</sup>, dont l'article 2 portait:

[TRADUCTION]

2. Toute loi, qui est ou sera incompatible avec les dispositions d'un Acte du Parlement s'appliquant à la colonie à laquelle cette loi peut se rapporter [. . .] est subordonnée à cet Acte [. . .] et sera, dans les limites de cette incompatibilité, absolument nulle et inopérante.

*L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5]] était une loi impériale s'appliquant à la colonie du Canada, et sa suprématie était assurée tant que le Parlement de Westminster était l'autorité législative reconnue en matière constitutionnelle pour le Canada. Si les lois canadiennes ordinaires échappaient à l'application du *Colonial Laws Validity Act, 1865* et, partant, à l'ascendance des lois britanniques par l'effet du *Statute de Westminster, 1931*<sup>16</sup>, cette dernière loi maintenait la suprématie au Canada des Actes de l'Amérique du Nord britannique sur les lois locales. Ce n'est pas par hasard que la nouvelle disposition sur la suprématie a été insérée dans le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 52(2) de ce texte définit la Constitution du Canada comme comprenant entre autres les textes législatifs figurant à l'annexe, dont est absent le *Colonial Laws Validity Act, 1865*. Pour écarter toute incertitude quant à la suprématie permanente de la Constitution, il était donc nécessaire d'y incorporer le paragraphe 52(1), lequel prévoit ce qui suit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[16] Si avant 1982, la Constitution du Canada, qui était alors constituée des Actes de l'Amérique du Nord

other provisions, was not supreme over federal and provincial laws, it is difficult to understand on what basis our courts, including the Supreme Court of Canada, had ever since Confederation exercised the jurisdiction to strike down such Canadian laws for inconsistency with the division of powers set out in sections 91 and 92 of the B.N.A. Act, 1867. Both before and after 1982 our system was and is one of parliamentary sovereignty exercisable within the limits of a written constitution. These were solely quantitative limits on the exercise of legislative power prior to 1982. It is true that the adoption of the Charter in 1982 added a multitude of qualitative limitations on the exercise of power but it is difficult to ascertain any change in the principle that the Constitution of Canada was and is supreme over ordinary laws. As a result one is driven as before 1982 to looking at the specific requirements of the Constitution to determine whether in a given case Parliament has infringed a constitutional limit (express or implied) on its power.

[17] *Prima facie* the Parliament of Canada in enacting section 39 is dealing with a matter intrinsically within federal jurisdiction, namely the degree to which traditional federal Crown immunities in litigation are to be modified and the extent to which disclosure of confidential documents is to be justiciable. As Chief Justice Dickson said in the *Auditor General* case:<sup>17</sup>

In the realm of *Charter* adjudication, s. 1 is “the uniquely Canadian mechanism through which the courts are to determine the justiciability of particular issues that come before it” (Wilson J. in *Operation Dismantle*, *supra*, at p. 491). Ultimately, the courts are constitutionally charged with drawing the boundaries of justiciability, except as qualified by s. 33. By way of contrast, in the residual area reserved for the principle of Parliamentary sovereignty in Canadian constitutional law, it is Parliament and the legislatures, not the courts, that have ultimate constitutional authority to draw the boundaries. It is the prerogative of a sovereign Parliament to make its intention known as to the role the courts are to play in interpreting, applying and enforcing its statutes. While the courts must determine the meaning of statutory provisions, they do so in the name of seeking out the intention or sovereign will of Parliament, however

britannique et de certains autres textes, ne primait pas les lois fédérales et provinciales, il serait difficile de comprendre sur quel fondement nos tribunaux judiciaires, y compris la Cour suprême du Canada, avaient depuis la Confédération exercé leur compétence pour invalider telle ou telle loi canadienne pour incompatibilité avec la séparation des pouvoirs, prévue aux articles 91 et 92 de *L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Le régime que nous connaissions avant 1982 et que nous connaissons toujours après 1982 est celui de la souveraineté parlementaire dans les limites d'une constitution écrite. Ces limites étaient d'ordre exclusivement quantitatif quant à l'exercice du pouvoir législatif avant 1982. Il est vrai que l'adoption de la Charte en 1982 a ajouté une multitude de limitations qualitatives à l'exercice de ce pouvoir, mais il est difficile de relever un changement quelconque dans le principe que la Constitution primait et prime toujours les lois ordinaires. Par suite, il faut, tout comme avant 1982, se référer aux prescriptions spécifiques de la Constitution pour juger si dans un cas d'espèce, le législatif a excédé une limite constitutionnelle (expresse ou implicite) de son pouvoir.

[17] Sauf preuve du contraire, le Parlement du Canada, en adoptant l'article 39, légifèrait dans une matière qui relève intrinsèquement de la compétence fédérale, à savoir dans quelle mesure les immunités traditionnelles de l'État fédéral en matière contentieuse doivent être modifiées et dans quelle mesure la divulgation de documents confidentiels est justiciable des tribunaux. Ainsi que l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans la cause *Vérificateur général*<sup>17</sup>:

Dans le domaine de la *Charte*, l'article premier «constitue le mécanisme purement canadien par l'intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis» (le juge Wilson, dans *Operation Dismantle*, précité, à la p. 491). Ainsi, en dernier ressort, c'est aux tribunaux qu'il incombe, constitutionnellement, de tracer les limites de cette justiciabilité, sous réserve de l'art. 33. À l'opposé, dans le domaine résiduel où s'applique, en droit constitutionnel canadien, le principe de la souveraineté parlementaire, la délimitation de cette frontière relève du Parlement et des législatures, non des tribunaux. Il est de la prerogative d'un Parlement souverain de faire connaître son intention quant au rôle que joueront les tribunaux dans l'interprétation, l'application et l'exécution de ses lois. Même si les tribunaux doivent décider du sens à donner aux dispositions législatives, ils le

purposely, contextually or policy-oriented may be the interpretative methods used to attribute such meaning. If, then, the courts interpret a particular provision as having the effect of ousting judicial remedies for entitlements contained in that statute, they are, in principle, giving effect to Parliament's view of the justiciability of those rights. The rights are non-justiciable not because of the independent evaluation by the court of the appropriateness of its intervention, but because Parliament is taken to have expressed its intention that they be non-justiciable.

The just-stated view sits comfortably with the occasions on which the courts give effect to so-called privative clauses that explicitly oust judicial review. As a constitutional matter, it is not appropriate for the court to intervene by virtue of the simple fact that Parliament has directed that they must not. [Emphasis added.]

More specifically, the Supreme Court in *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.* upheld subsection 41(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], a predecessor to section 39 of the *Canada Evidence Act*, which in fact provided a broader absolute class immunity covering not only confidences of the Queen's Privy Council but also matters certified to be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations. If certified to concern such matters, documents could not be disclosed and no court could examine them. The Court found that such legislation did not, even in the circumstances of that case involving a demand for documents by a provincially-appointed commission, amount to an interference with provincial areas of jurisdiction. It found that federal Crown privilege is part of federal public law on which Parliament may legislate. The possibility that there might be abuse in the administration of such a law in no way affected Parliament's power to legislate.<sup>18</sup> Speaking of this risk the Court said [at page 228]:

Once Parliament and the provincial legislatures are admitted to have the power to legislate on this matter in

font au nom de la recherche de l'intention ou de la volonté souveraine du Parlement, que les méthodes d'interprétation utilisées à cette fin tiennent compte de l'objet de la disposition, du contexte où elle se trouve ou encore des principes qui la sous-tendent. Donc si les tribunaux interprètent une disposition particulière comme ayant l'effet d'écartier les recours judiciaires à l'égard des droits conférés par cette loi, ils donnent, en principe, effet à l'opinion que se fait le Parlement de la justiciabilité de ces droits. Ces droits ne sont pas justiciables des tribunaux, non pas en raison d'une appréciation que porte indépendamment le tribunal sur l'opportunité de son intervention, mais plutôt parce que le Parlement est censé avoir exprimé son intention de ne pas rendre ces droits justiciables.

Ce point de vue se concilie d'ailleurs fort bien avec les cas où les tribunaux donnent effet aux clauses dites «privatives» faisant expressément échec au contrôle judiciaire. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas approprié que le tribunal intervienne, dès lors que le Parlement le lui interdit. [Non souligné dans l'original.]

Plus spécifiquement, dans *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité de l'ancienne incarnation de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, savoir le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], qui prévoyait en fait une catégorie plus étendue d'immunité absolue, embrassant non seulement les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, mais aussi les documents dont l'exécutif attestait que leur divulgation pourrait porter atteinte aux relations internationales, à la défense nationale, à la sécurité, ou aux relations fédérales-provinciales. Une fois un document certifié comme présentant un de ces risques, il ne pouvait être divulgué et le juge n'avait pas le pouvoir de l'examiner. La Cour a jugé que même en cas de demande de communication par une commission nommée par une province, cette disposition ne représentait pas une ingérence dans des domaines de compétence provinciale. Et que le privilège de la Couronne fédérale relève du droit public fédéral, domaine dans lequel le Parlement peut légiférer. La possibilité qu'il puisse y avoir abus dans l'administration d'un texte de ce genre n'amointrit nullement le pouvoir législatif du Parlement<sup>18</sup>. Voici ce que la Cour a conclu au sujet de ce risque [à la page 228]:

Dès que l'on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer en cette matière dans

their respective fields (and the power cannot be denied), the risk exists. However, the risk that the Executive will apply legislation that has been validly adopted by Parliament with malice or even arbitrarily does not have the effect of divesting Parliament of its power to legislate. It is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute.

Once it is admitted that Parliament and the provincial legislatures have the power to legislate, it necessarily follows that they can make the privilege absolute. In my view, saying that Parliament and, the legislatures cannot make the privilege absolute amounts to a denial of parliamentary supremacy, and to denying Parliament and the legislatures their sovereign power to legislate in their respective fields of jurisdiction. [Emphasis added.]

[18] This Court has recognized the validity of a predecessor of section 39 and rejected attacks on it based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. Chief Justice Iacobucci (as he then was) said that such a provision:

. . . is principally aimed at the protection of Cabinet candour in its discussions and Cabinet solidarity, and comes well within the exceptions to stating one's case that have been recognized.

He thus held that it did not represent an impermissible limitation to a "fair hearing".<sup>19</sup>

[19] Therefore the principle seems well established that such legislation is clearly within the legislative power of Parliament and the exercise of its supremacy, absent any clear constitutional limitation to the contrary.

[20] The appellants argue, however, that such legislation is contrary to the common law and therefore somehow implicitly unconstitutional. It is true that the provision in question is not the same as current common law on this subject: in the face of such a claim to a Cabinet confidence, modern case law would permit a judge to examine the document to see if the claim is well-founded and if so, whether the public interest in its disclosure would outweigh the

leurs domaines respectifs et on ne saurait le nier, ce risque existe. Cependant le risque que l'Exécutif applique à mauvais escient ou même de façon arbitraire une législation validement adoptée par le Parlement n'a pas pour effet de faire perdre à celui-ci son pouvoir de légiférer. Il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif posé en application de cette loi.

Par ailleurs, dès que l'on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer, force est de reconnaître qu'ils peuvent rendre le privilège absolu. Dire en effet que le Parlement et les législatures ne peuvent rendre le privilège absolu équivaudrait, à mon sens, à nier la suprématie parlementaire et à nier au Parlement et aux législatures leur pouvoir souverain de légiférer dans leurs champs respectifs de compétence. [Non souligné dans l'original.]

[18] Notre Cour a confirmé la validité d'une ancienne version de l'article 39 et rejeté sa contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. Le juge Iacobucci (à l'époque juge en chef de la Cour fédérale), a fait observer que cette disposition:

[. . .] vise principalement à protéger la solidarité du Cabinet et la liberté pour lui de s'exprimer spontanément et constitue l'une des exceptions au droit de présenter sa cause qui ont été reconnues.

Il en a conclu qu'elle ne représentait pas une limitation inconstitutionnelle du droit à «l'audition équitable»<sup>19</sup>.

[19] Il semble donc bien établi que, sauf restriction constitutionnelle indéniable, pareille disposition de la loi relève bien du pouvoir législatif du Parlement et de l'exercice de sa suprématie.

[20] Les appelants soutiennent cependant que pareille disposition de la loi est contraire à la common law et, de ce fait, implicitement inconstitutionnelle. Il est vrai que cette disposition ne va pas dans le même sens que la common law en vigueur en la matière: en cas d'assertion de confidentialité de renseignements du Cabinet, la jurisprudence contemporaine a permis au juge d'examiner le document pour s'assurer si la revendication est fondée et, dans l'affirmative, si

public interest in its continuing secrecy. (It does not, it should be emphasized, guarantee disclosure of such documents but leaves that decision to the Court.) But even in *Carey v. Ontario* where the Supreme Court held this to be the law, absent legislation, La Forest J. writing for the Court qualified his concern about an absolute claim to immunity as follows:

... I would agree that the business of government is sufficiently difficult that those charged with the responsibility for running the country should not be put in a position where they might be subject to harassment making Cabinet government unmanageable. What I would quarrel with is the absolute character of the protection accorded their deliberations or policy formulation without regard to subject matter, to whether they are contemporary or no longer of public interest, or to the importance of their revelation for the purpose of litigation. Subsequent cases have addressed these issues.<sup>20</sup>

Thus he contemplated the possibility that legislation might limit the absolute privilege to certain kinds of documents or for certain time periods only (as does section 39 of the *Canada Evidence Act*) and he recognized elsewhere that it is for Parliament to define the extent of the privilege if it so chooses.<sup>21</sup> Most recently the Supreme Court in *R. v. Mills*<sup>22</sup> has confirmed that legislation cannot be presumed unconstitutional simply because it alters the common law.

[21] The rationale for legislation of this type is obvious. I need not add to the literature on the importance, to our system of government, of secrecy of Cabinet deliberations. This legislation, of course, gives an absolute assurance to members of Cabinet and their advisors that the classes of documents specified in section 39 will not even be subject to review by a judge for confidentiality, and therefore it puts beyond doubt the continued secrecy of the document.

[22] It is in any event an oversimplification to characterize this legislation as a drastic impairment of

l'intérêt général que représente sa divulgation l'emporte sur l'intérêt général que représente le maintien de la confidentialité. (Il faut souligner qu'elle ne garantit pas la divulgation du document, mais en laisse la décision au juge.) Mais même dans *Carey c. Ontario*, où la Cour suprême a conclu que telle est la règle de droit applicable, faute de loi écrite à ce sujet, le juge La Forest, prononçant le jugement de la Cour, a tempéré comme suit sa conclusion contre la prétention à l'immunité absolue:

[...] je suis d'accord que gouverner est à ce point difficile que les personnes chargées de la direction du pays ne devraient pas être placées dans une situation où elles pourraient faire l'objet d'un harcèlement qui rendrait impossible le gouvernement par le Cabinet. Je conteste toutefois le caractère absolu de la protection qu'on accorde aux délibérations du Cabinet ou à l'élaboration de politiques, sans égard au sujet en cause, sans se demander si elles sont d'actualité ou si elles ne présentent plus aucun intérêt pour le public, ou sans tenir compte de l'importance que leur divulgation peut avoir dans un procès. Ces questions ont été abordées dans des affaires subséquentes<sup>20</sup>.

Il évoquait ainsi la possibilité que la législation puisse limiter la protection absolue à certains genres de documents ou pour un certain temps seulement (comme le fait l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*), mais reconnaissait autre part qu'il appartient au législateur de définir l'étendue de cette protection si c'est ce qu'il entend faire<sup>21</sup>. Plus récemment, la Cour suprême a confirmé par son arrêt *R. c. Mills*<sup>22</sup>, que la loi écrite ne saurait être tenue pour inconstitutionnelle du seul fait qu'elle ne s'accorde pas avec la common law.

[21] La raison d'être d'une loi de ce genre est évidente. Il n'est pas nécessaire d'ajouter à la documentation sur l'importance que revêt le secret des délibérations du Cabinet dans notre système de gouvernement. Le texte de loi en question représente bien entendu pour les ministres et leurs conseillers, l'assurance absolue que les catégories de documents visées à l'article 39 ne seront même pas susceptibles d'examen par un juge pour vérification de leur confidentialité; il ne laisse aucun doute sur le maintien de leur secret.

[22] Ce serait en tout cas simplifier à l'extrême que de voir dans ce texte de loi un atteinte draconienne

common law rights. In fact the common law, until revised by the House of Lords in 1968<sup>23</sup> was more restrictive of disclosure: the House of Lords in *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*<sup>24</sup> held that an affidavit of a minister stating that disclosure of documents would be injurious to the public interest would be accepted by the courts as conclusive without examination of the documents themselves. While the House of Lords seemingly reversed itself in 1968 in *Conway v. Rimmer* by holding that the Court could examine documents which were the subject of a minister's claim for immunity, a majority were of the view that Cabinet documents as a class should not be disclosed.<sup>25</sup> There was no limitation suggested, for example, as to how old the document could be before the Executive was unable to claim the privilege. At about this time the predecessor legislation to section 39 was first enacted in Canada. While it applied the principles of *Conway v. Rimmer* to most documents it provided absolute immunity without examination by the Court for documents whose disclosure was claimed to be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations or constituting a confidence of the Queen's Privy Council. In 1982 that position was modified so as to limit the absolute claim for non-disclosure, without examination by the Court, to confidences of the Queen's Privy Council. In mitigation of the denial of a right of review by the Court, however, for the first time there was a statutory definition adopted of "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada", and, again for the first time, a time limit was placed on the continuation of that status. The general rule is that such confidences are protected for only 20 years. In the case of discussion papers, where they have led to a decision that has been made public they need no longer be kept secret. The same applies to many discussion papers where decisions have not been made public, if four years have elapsed since the paper was prepared. That result is that a minister or the Clerk of the Privy Council is precisely limited as to what documents he or she can characterize as confidences of the Queen's Privy Council and the period for which documents are free from disclosure without court examination is defined.

aux droits reconnus en common law. En fait, la common law, jusqu'à la réforme par la Chambre des lords en 1968<sup>23</sup>, était encore plus restrictive en matière de divulgation: dans *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*<sup>24</sup>, la Chambre des lords a jugé que l'affidavit d'un ministre attestant que la divulgation de documents porterait atteinte à l'intérêt général, ferait foi de son contenu, sans vérification aucune des documents eux-mêmes. Bien que la Chambre des lords se soit apparemment ravisée en 1968 dans *Conway v. Rimmer* en décidant que le juge pourrait examiner les documents dont un ministre revendiquait la confidentialité, la majorité était d'avis que les documents du Cabinet, comme tels, n'étaient pas susceptibles de divulgation<sup>25</sup>. Aucune limite n'était fixée, par exemple, pour la période à l'expiration de laquelle l'exécutif ne pourrait plus revendiquer la confidentialité. C'est à la même époque à peu près que l'ancienne version de l'article 39 a été adoptée. Tout en appliquant les principes dégagés dans *Conway v. Rimmer* à la plupart des documents, il prévoyait la protection absolue sans droit de vérification par le juge, pour les documents dont l'exécutif affirmait que leur divulgation porterait atteinte aux relations internationales, à la défense nationale, à la sécurité ou aux relations fédérales-provinciales, ainsi que pour les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. En 1982, cette disposition a été modifiée de façon à limiter la protection absolue, sans vérification par le juge, aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. Le déni du droit de regard du juge judiciaire a été cependant tempéré pour la première fois par l'adoption d'une définition légale de «renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada», et pour la première fois aussi, une limitation dans le temps a été instituée pour cette protection. La règle générale est que ces renseignements confidentiels sont protégés pour une période de 20 ans seulement. Les documents de travail qui ont abouti à une décision publique n'ont plus besoin d'être tenus secrets. Il en est de même d'un grand nombre de documents de travail qui n'ont pas débouché sur une décision rendue publique, à l'expiration d'une période de quatre ans. Par suite, un ministre ou le greffier du Conseil privé est astreint à une limitation précise quant aux documents pour lesquels il peut revendiquer la confidentialité à titre de renseignements secrets du Conseil privé



[23] *Prima facie*, then, this appears to be an *intra vires* measure by Parliament to define privileges of the federal Executive in the furtherance of the well-established and well-accepted principles of Cabinet secrecy. In the absence of some clear and compelling constitutional imperative to the contrary the legislation is valid and effective.

[24] I shall now turn to the alleged “fundamental, unwritten principles” of the Canadian Constitution upon which the appellants rely to invalidate this legislation: namely, the separation of powers, the rule of law, and the independence of the judiciary.

(ii) Separation of Powers

[25] The appellants argue that there is a doctrine of separation of powers which prevents Parliament from giving judicial functions to the Executive. They characterize the issuance of a section 39 certificate by the Clerk of the Privy Council as judicial in nature because it involves a determination of whether a court should have access to certain evidence.

[26] The appellants rely essentially on statements by the Supreme Court of Canada in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.) (Judges Reference)*.<sup>26</sup> It is true in that case that Chief Justice Lamer writing for the majority said that judicial independence

. . . flows as a consequence of the separation of powers, because these appeals concern the proper constitutional relationship among the three branches of government in the context of judicial remuneration . . . .<sup>27</sup>

He found this doctrine of separation of powers to come from the preamble to the Constitution which provides for “a constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”.

[27] First it should be observed that these comments concurred in by five other judges in the *Judges Reference* were *obiter dicta* as the case was decided

de la Reine et quant à la durée du maintien de cette confidentialité sans vérification de la part de la Cour.

[23] Sauf preuve du contraire donc, le texte de loi en cause est une mesure valablement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe, bien établi et bien accepté, du secret des délibérations du Cabinet. Faute d'impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible, ce texte de loi est valide et a plein effet.

[24] J'en viens maintenant aux soi-disant «principes fondamentaux non écrits» de la Constitution qu'invoquent les appelants pour conclure à l'invalidation du texte de loi en cause, savoir la séparation des pouvoirs, la primauté du droit et l'indépendance du pouvoir judiciaire.

(ii) La séparation des pouvoirs

[25] Les appelants soutiennent que la doctrine de la séparation des pouvoirs interdit au Parlement d'investir l'exécutif de pouvoirs judiciaires. À leur avis, l'attestation délivrée par le greffier du Conseil privé en application de l'article 39 est un acte judiciaire, en ce qu'elle tranche la question de savoir si le juge judiciaire peut examiner certains éléments de preuve.

[26] Ils citent à l'appui les conclusions de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.) (le renvoi sur les juges)*.<sup>26</sup> Il est vrai que dans cette cause, le juge en chef Lamer, prononçant le jugement de la majorité, a noté que l'indépendance de la magistrature

[. . .] est une conséquence de la séparation des pouvoirs, comme les présents pourvois concernent les rapports constitutionnels que doivent entretenir les trois pouvoirs de l'État relativement à la rémunération des juges<sup>27</sup> [. . .]

Il a noté que la doctrine de la séparation des pouvoirs avait son origine dans le préambule de la Constitution, qui fait état d'«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

[27] Il y a lieu de souligner en premier lieu que l'observation ci-dessus, partagée par cinq autres juges dans le *renvoi sur les juges*, n'était qu'une observation

on the basis of paragraph 11(d) of the Charter.

[28] Secondly it seems difficult to treat the so-called doctrine of separation of powers as prescriptive rather than (loosely) descriptive. If indeed it has its origins in the preamble it is difficult to reconcile the doctrine with the principles of the Constitution of the United Kingdom where, for example, the Lord Chancellor is head of the judiciary, a member of Cabinet, and Speaker of the upper house of Parliament; and where, (similarly to Canada) the Executive is subject to control by the legislature and where members of the Executive are required by convention to be members of the legislative branch of government as well.<sup>28</sup> It is generally believed that the notion that the United Kingdom had a strict separation of powers derived from the erroneous observations of Baron Montesquieu in his 18th century work *De l'Esprit des Loix*. His observations, while wrong, nevertheless had considerable influence in the drafting of the U.S. Constitution where a true separation of powers is prescribed. In fact, the preambular reference to a "constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" had its origin in Resolution 4 of the Quebec Resolutions of 1864 and was understood at that time to be an entrenchment of responsible government, that is, a system where the Executive would be responsible to the legislature.<sup>29</sup> The very concept was the antithesis of separation of powers. There are many other examples of the mixing of functions among the various branches of government, the most obvious being the statutory power of the Supreme Court of Canada to give advisory opinions, a function not countenanced in systems of true separation of powers such as the United States. In the *Quebec Secession Reference* the Court unanimously confirmed its right to perform this function as follows:

Moreover, the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally

incidente puisque la cause a été tranchée au regard de l'alinéa 11d) de la Charte.

[28] En second lieu, il est difficile de voir dans la soi-disant doctrine de la séparation des pouvoirs une norme et non une description (générale). Si de fait elle avait son origine dans le préambule, il est difficile de la réconcilier avec les principes de la Constitution du Royaume-Uni où, par exemple, le lord chancelier est tout à la fois le chef de la hiérarchie judiciaire, un membre du Cabinet et le président de la chambre haute du Parlement, et où (tout comme au Canada), l'exécutif est soumis au contrôle du législatif et où les membres de l'exécutif doivent être, par convention, aussi membres de l'organe législatif du gouvernement<sup>28</sup>. On pense généralement que l'illusion que le Royaume-Uni observait une stricte séparation des pouvoirs était créée par les observations erronées faites au XVIIIe siècle par Montesquieu dans son ouvrage *De l'Esprit des Loix*. Ces observations, tout erronées qu'elles furent, ont exercé une influence considérable sur la formulation de la Constitution des États-Unis, qui met en place une véritable séparation des pouvoirs. En fait, la mention au préambule d'une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni» avait son origine dans la Résolution 4 des Résolutions de Québec de 1864, et était considérée à l'époque comme traduisant le principe de la responsabilité gouvernementale, savoir un régime dans lequel l'exécutif est comptable devant le législatif<sup>29</sup>. Ce concept même était l'antithèse de la séparation des pouvoirs. Il y a un grand nombre d'exemples de chevauchement de fonctions entre les trois pouvoirs, le plus visible étant le pouvoir légal de la Cour suprême de Canada de donner des avis consultatifs, fonction que ne sauraient tolérer les régimes véritables de séparation des pouvoirs comme aux États-Unis. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour a confirmé à l'unanimité son droit d'exercer cette fonction en ces termes:

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie

obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role.<sup>30</sup> [Emphasis added.]

It is not surprising that the Court reached this conclusion, as it was there engaged in a celebrated exercise of advising the Executive, answering several hypothetical questions posed by the Governor in Council in the absence of any real “case or controversy” in the legal sense (the criterion in the U.S. for the exercise of judicial power).

[29] In the present context it is difficult to see how, even on the basis of the separation of powers, the refusal of one branch of the Executive, the Privy Council Office, to give to another branch of the Executive,<sup>31</sup> the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission, both governed by the laws of Parliament, access to certain Cabinet information, can be seen to be a violation of the separation of powers. The appellants argue, however, that for Parliament to deny this Court the right to look at the documents, because the Clerk of the Privy Council has pronounced them to be within section 39, is an illicit conferral of judicial authority on the Clerk of the Privy Council. Why such a determination by the Clerk of the Privy Council is necessarily judicial is not entirely clear. It is the certification of a fact which in effect is binding on the courts because of the particular nature of the subject-matter, just as would be, for example, a certificate from the Secretary of State for Foreign Affairs as to which government is recognized by Canada as the Government of China. This function appears to me to be consistent with the traditional bounds of mutual respect owed by each “branch” of government to the others. For example in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*<sup>32</sup> the Supreme Court held that the exercise of inherent privileges of a provincial legislature were not subject to review by the Court under the Charter. In *MacKeigan v. Hickman*<sup>33</sup> it was held that other branches of government could not compel a judge to testify as to how and why he or she arrived at the conclusions reached in a judgment. It is therefore not particularly surprising that courts, at least

en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif<sup>30</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Il n'est pas étonnant que la Cour soit parvenue à cette conclusion, engagée comme elle l'était dans un cas célèbre d'exercice de sa fonction consultative auprès de l'exécutif, répondant à plusieurs questions hypothétiques posées par le gouverneur en conseil en l'absence de tout «litige» réel au sens juridique du terme (lequel litige est aux États-Unis le critère de l'exercice du pouvoir judiciaire).

[29] En l'espèce, on voit mal comment le refus d'une organe de l'exécutif, le Bureau du Conseil privé, de donner à un autre organe de l'exécutif<sup>31</sup>, la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, l'un et l'autre régis par des lois adoptées par le Parlement fédéral, accès à certains renseignements du Cabinet, peut constituer une violation du principe de la séparation des pouvoirs, à même supposer que ce principe soit en vigueur. Les appellants soutiennent cependant que le fait pour le Parlement de dénier à notre Cour le droit d'examiner les documents parce que le greffier du Conseil privé les a déclarés protégés par l'effet de l'article 39, constitue une attribution illicite de pouvoirs judiciaires au greffier du Conseil privé. On ne voit pas très bien comment pareille décision de la part de ce dernier est nécessairement de nature judiciaire. Il s'agit de l'attestation d'un fait, qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet, tout comme le serait par exemple l'attestation faite par le ministre des Affaires étrangères quant au gouvernement que le Canada reconnaît comme le gouvernement de la Chine. Cette fonction est tout à fait conforme aux paramètres du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres. Par exemple, dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*<sup>32</sup>, la Cour suprême a jugé que l'exercice des privilèges inhérents d'une législature provinciale n'est pas justiciable sous le régime de la Charte. Dans *MacKeigan c. Hickman*<sup>33</sup>, il a été jugé que les autres pouvoirs ne pouvaient contraindre un juge à témoigner sur les motifs qui présidaient aux conclusions tirées dans un

when prevented by Act of Parliament from doing so, should refrain from compelling evidence on how and why the Executive Branch made certain policy decisions and what those decisions were. Just as there are fundamental policy reasons of a quasi-constitutional nature as to why legislators should have full control of their procedures and judges should not have to reveal the processes by which they reach a given decision, so the Executive (with the guidance of an Act of Parliament) should be able to identify those documents generated in its internal decision-making process which should not, for the integrity of the system of Cabinet secrecy, be disclosed.

[30] If our system of government must conform to some concept of separation of powers, it should embrace this form of mutual respect among the various “branches” so as to reflect and enhance their respective roles.

[31] As McLachlin J. wrote in the *New Brunswick Broadcasting case*:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.<sup>34</sup>

### (iii) The Rule of Law

[32] The appellants have somewhat mixed this fundamental principle with that of the independence of the judiciary. What they really maintain is that government must not only be conducted in accordance with law, but that such law must never exclude the courts from the decision-making process of government. To avoid confusion I think it best to keep the concepts separate in the interest of clear analysis.

jugement ni sur la façon dont il y était parvenu. Il n'est donc pas particulièrement étonnant que les tribunaux, du moins quand interdiction leur en est faite par une loi fédérale, doivent s'abstenir d'exiger les témoignages sur les raisons qui poussent l'exécutif à prendre certaines décisions d'orientation générale, ni sur la manière dont il y parvient ni sur la nature de ces décisions. De même qu'il y a des raisons d'ordre public de nature quasi constitutionnelle qui veulent que le législateur soit maître de ses procédures et que le juge n'ait pas à révéler le processus par lequel il est parvenu à une décision en particulier, de même l'exécutif (guidé par une loi du Parlement) doit être en mesure d'identifier les documents produits dans son processus de décision interne et qui ne doivent pas être révélés, pour protéger l'intégrité du système du secret des délibérations du Cabinet.

[30] S'il est quelque concept de séparation des pouvoirs auquel doive se conformer notre système de gouvernement, c'est cette forme de respect mutuel des trois pouvoirs qu'il doit appliquer, afin de distinguer et de renforcer leurs rôles respectifs.

[31] Ainsi que l'a fait observer M<sup>me</sup> le juge McLachlin dans *New Brunswick Broadcasting*:

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches: la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre<sup>34</sup>.

### (iii) La primauté du droit

[32] Les appelants ont confondu dans une certaine mesure ce principe fondamental avec celui de l'indépendance de la magistrature. Ce qu'ils soutiennent réellement, c'est que non seulement le gouvernement doit s'exercer conformément à la loi, mais encore la loi ne doit jamais exclure le pouvoir judiciaire du processus décisionnel de l'exécutif. Pour prévenir toute confusion, il vaut mieux séparer les deux concepts en vue d'une analyse claire.

[33] Advocates tend to read into the principle of the rule of law anything which supports their particular view of what the law should be. A recent pronouncement by the Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession Reference*, reiterated with approval its description of the rule of law in *Reference re Manitoba Language Rights*.<sup>35</sup> In summary the Court there confirmed the elements of the rule of law to be: that the law is supreme over the acts of both government and private persons (“one law for all”); that an actual order of positive laws be created and maintained to preserve “normative order”; and that “the exercise of all public power must find its ultimate source in the legal rule”. As they said, put another way, “the relationship between the state and the individual must be regulated by law”.

[34] As the learned Trial Judge has held, this is precisely the situation where section 39 of the *Canada Evidence Act* is applied to preserve the immunity from disclosure of Cabinet documents. The situation is clearly regulated by law, namely section 39, being an Act of Parliament operating in what has been held to be its field of legislative authority. The rule of law is not the equivalent of a guarantee of the paramountcy of the common law (which itself has mutated on this subject of immunity in recent decades). In fact the “actual order of positive laws” in our system makes valid legislation paramount over the common law. That the government is bound by the law, just as are private citizens, is not in dispute here. This does not mean that the law must produce the same results in respect of every citizen or institution in the country: differently situated persons and public bodies require different treatment and it is part of the art and science of law making, both by legislatures and courts, to fashion a content of laws appropriate to the different persons and bodies they regulate. All of this must now, of course, be done within the confines of section 15 of the Charter which is not in issue before us.

[35] In this respect I agree with McKeown J. when he cited with approval the recent decision of the

[33] Ceux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi. Tout récemment, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada a réitéré la conception de la primauté du droit, qu’elle avait exprimée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*.<sup>35</sup> En bref, elle a confirmé que les trois composantes du principe de la primauté du droit sont: la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers («une seule loi pour tous»), la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve le principe de «l’ordre normatif», et le fait que «l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit». En d’autres termes, dit-elle, «les rapports entre l’État et les individus doivent être régis par le droit».

[34] Ainsi que l’a conclu le distingué juge de première instance, il s’agit justement en l’espèce d’un cas où l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* s’applique pour préserver la protection des renseignements du Cabinet contre la divulgation. Ce cas est clairement régi par la loi, savoir l’article 39, qui est un texte de loi adopté par le Parlement pour produire des effets dans son domaine reconnu de compétence législative. Primauté du droit ne signifie pas garantie de la suprématie de la common law (laquelle a, dans ce domaine, subi une mutation ces dernières décennies). En fait, l’«ordre réel de droit positif» dans notre système fait que les lois valides priment la common law. Que l’État soit tenu de respecter la loi au même titre que les citoyens, n’est pas contesté en l’espèce. Cela ne veut pas dire pour autant que la règle de droit doit produire les mêmes effets à l’égard de tout citoyen ou institution du pays: les individus et les organismes publics dont la situation est différente requièrent un traitement différent, et l’art et la science de l’élaboration des règles de droit, pour le législateur comme pour le juge, consistent à formuler des règles appropriées aux différents individus et organismes publics qu’elles régissent. Bien entendu, cette fonction doit s’exercer dans les limites définies par l’article 15 de la Charte, lequel n’est pas en jeu en l’espèce.

[35] À ce sujet, c’est à juste titre que le juge McKeown a cité le récent arrêt *Bacon v.*

Saskatchewan Court of Appeal in *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*<sup>36</sup> There a government agency which operated a crop insurance program had changed the terms of that program. Although it considered such changes to be within the contemplation of the original contract made with farmers, this was contested in the courts. As a result the legislature of Saskatchewan adopted legislation to alter the terms of the program and provided that no action or proceeding would lie against the Crown or a Crown agent with respect to the legislative amendments to the original contracts of crop insurance. It also prohibited a court from considering any argument that notice was required before such contracts were changed. In attacking this legislation in court the representatives of farmers registered under the original program argued that the legislation was invalid as contrary to the rule of law. They largely relied on statements made by the Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession Reference*<sup>37</sup> where it referred to the requirement of the rule of law that the law be supreme over the acts of both government and private persons, that is, "one law for all". On this basis it was argued that the government has no more right to avoid its contractual obligations than does a private person. Having regard to much jurisprudence of the Supreme Court and of the Judicial Committee of the Privy Council upholding laws which did affect contractual rights, Wakeling J.A. writing for the Court stated:

The observation of the Supreme Court (para. 78) that the rule of the law and the constitution are not in conflict is a compelling statement. It is a statement made in 1998 with full knowledge that on many occasions over the preceding years Parliament has passed and relied upon legislation restricting or eliminating contractual and property rights which would otherwise have been available. Since the Supreme Court does not find this historical background to constitute a conflict with the rule of law, it must of necessity indicate they accept that legislation constitutes an important source of the laws which rule us and the sole restriction on that right to legislate is contained in the relevant Constitution.

I am unable to accept that these justices of the Supreme Court, whilst providing an analysis of our federal system,

*Saskatchewan Crop Insurance Corp.*<sup>36</sup> de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Dans cette dernière affaire, l'organisme gouvernemental chargé de l'administration d'un programme d'assurance-récoltes en avait modifié les dispositions. Bien qu'à son avis, les modifications effectuées ne dérogent pas au contrat conclu à l'origine avec les agriculteurs, elles ont été contestées en justice. Par suite, la législature de la Saskatchewan a adopté une loi pour modifier les dispositions du programme tout en prévoyant qu'aucune action ou procédure ne serait recevable contre la Couronne ou l'un quelconque de ses préposés par suite de la modification par voie législative des contrats primitifs avec les agriculteurs. La nouvelle loi interdisait également aux tribunaux de considérer l'argument qu'un préavis était nécessaire avant la modification des contrats. En contestant cette loi en justice, les représentants des agriculteurs participant au programme primitif soutenaient qu'elle était invalide pour atteinte au principe de la primauté du droit. Ils s'appuyaient surtout sur les conclusions tirées dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>37</sup> où la Cour suprême du Canada évoquait la règle posée par le principe de la primauté du droit et portant suprématie du droit sur tous les actes du gouvernement et des particuliers, c'est-à-dire le principe d'«une seule loi pour tous». Ils en concluaient que l'État n'avait pas plus le droit de se soustraire à ses obligations contractuelles qu'un sujet de droit privé. Citant la jurisprudence de la Cour suprême et du Comité judiciaire du Conseil privé portant confirmation des lois qui affectaient des droits contractuels, le juge Wakeling, prononçant le jugement de la Cour d'appel, a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] L'observation faite par la Cour suprême (paragraphe 78) qu'il n'y a pas conflit entre le principe de la primauté du droit et la constitution est une énonciation irrésistible. Elle a fait cette observation en 1998, sachant qu'à plusieurs reprises par le passé, le Parlement avait adopté et consacré des lois limitant ou supprimant des droits contractuels et des droits de propriété, qui autrement auraient pu s'exercer. Puisque la Cour suprême ne trouve pas que ce contexte historique représente un conflit avec le principe de la primauté du droit, cela signifie nécessairement qu'à son sens, la loi écrite constitue une importante source du droit qui nous régit et que la seule limitation de ce pouvoir de légiférer se trouve dans la Constitution.

Je ne peux concevoir que les juges de la Cour suprême, tout en donnant une analyse de notre régime fédéral,

were at the same time engaged in changing that system. That is particularly so when we are not talking of a subtle or marginal change, but one which would reduce the supremacy of Parliament by subjecting it to the scrutiny of superior court judges to be sure it did not offend the rule of law and if it did, to determine whether it was an arbitrary action. If the Supreme Court of Canada meant to embrace such a doctrine, I would expect it would see the need to say so very clearly in a case where that was the issue before them. This is particularly so when they are not only cognizant of the many cases in various jurisdictions acknowledging the supremacy of Parliament, but must also be aware of their own previous judgments which have endorsed that principle such as: *P.S.A.C. v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424 (S.C.C.), *Reference re Canada Assistance Plan (Canada)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (S.C.C.), *Esquimalt & Nanaimo Railway v. British Columbia (Attorney General) (1949)*, [1950] A.C. 87 (British Columbia P.C.). Furthermore, I am unable to accept that when the justices were laying a foundation for their decisions in the *Secession* case by reviewing the historical and legal development of federalism in this country, that they were also engaged in changing that foundation. If that were so, it would surely not be done in such a subtle manner as to be questionable whether it had happened at all.

I respectfully agree with these observations.

[36] I therefore agree with the Trial Judge that the rule of law cannot be taken to invalidate a statute which has the effect of allowing representatives of the Crown to identify certain documents as beyond disclosure: that is, the rule of law does not preclude a special law with a special result dealing with a special class of documents which, for long standing reasons based on constitutional principles such as responsible government, have been treated differently from private documents in a commercial law suit.

[37] I therefore conclude that the rule of law is not a basis for ignoring the provisions of section 39 of the *Canada Evidence Act*.

(iv) Independence of the Judiciary

[38] This principle is invoked by the appellants intermittently in association with the separation of

entreprennent du même coup de changer ce régime. Cela d'autant plus qu'il n'est pas question de changement subtil ou marginal, mais de changement qui restreindrait la suprématie du Parlement en le soumettant au contrôle des juges de cour supérieure chargés de s'assurer qu'il ne porte pas atteinte au principe de la primauté du droit et, dans l'affirmative, de juger s'il y a eu action arbitraire de sa part. Si la Cour suprême du Canada entendait souscrire à pareille doctrine, je pense qu'elle l'aurait dit très clairement dans une cause où elle était saisie de cette question. D'autant plus que non seulement elle avait conscience du grand nombre de causes dans lesquelles les divers ressorts reconnaissent la suprématie du Parlement, mais encore devait avoir conscience de ses propres jugements passés qui ont appliqué ce principe, par exemple *A.F.P.C. c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 (S.C.C.), *Renvoi: Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525 (S.C.C.), *Esquimalt & Nanaimo Railway v. British Columbia (Attorney General) (1949)*, [1950] A.C. 87 (P.C. Colombie-Britannique). Au surplus, il m'est impossible de concevoir qu'en posant la fondation de leur décision dans la cause *Sécession* en invoquant le développement historique et juridique du fédéralisme dans ce pays, les juges de la Cour suprême se soient occupés aussi à changer cette fondation. Cela eût-il été le cas, ce changement n'aurait pas été effectué de façon si subtile qu'on puisse se demander s'il a vraiment eu lieu.

Je partage entièrement ces observations.

[36] Je conviens donc avec le juge de première instance que le principe de la primauté du droit ne saurait être interprété de façon à invalider une loi qui a pour effet d'autoriser les représentants de l'État à indiquer que certains documents échappent à la divulgation, c'est-à-dire que la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, ont reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial.

[37] Je conclus en conséquence que le principe de la primauté du droit n'est pas un facteur sur lequel on pourrait se fonder pour écarter les dispositions de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

(iv) L'indépendance de la magistrature

[38] Les appelants invoquent ce principe parfois en conjugaison avec les principes de la séparation des

powers and with the rule of law. As I understand their proposition, it is that section 39 is beyond the powers of Parliament because it prevents either the Commission or this Court from looking at the documents covered by the certificate of the Clerk of the Privy Council. Essentially their position is that any limitation on the jurisdiction of judicial bodies, precluding them in certain instances from engaging in the review of government decisions, is a violation of a constitutionally guaranteed independence of the judiciary.

[39] The Trial Judge, correctly I believe, held that this did not constitute an interference with independence as measured by the now well-established rules in *Valente v. The Queen et al.*<sup>38</sup> Section 39 in no way interferes with the security of tenure, the financial security, or the administrative independence of judges as dealt with in that case. Section 39 is a public law enacted by Parliament applicable in a variety of circumstances, not for the purposes of interfering in a particular case before the Court. While it is generally assumed to be invoked in aid of the government's position in litigation, it is quite conceivable that it would be invoked in a manner which might be contrary to the government's interests: for example, where the Clerk of the Privy Council is obliged to keep confidential the Cabinet documents of a previous administration and to certify them in order to preclude their production in a case where the government of the day might gain advantage from their disclosure. Or, as was pointed out by La Forest J. in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,<sup>39</sup> invocation of section 39 in furtherance of Cabinet secrecy may compromise the ability of the government in litigation to justify, for the purposes of section 1 of the Charter, its choice of legislative measure. None of this can be seen as putting improper pressure on a judge as to the outcome of a given case before him: he or she is simply barred by Act of Parliament from making certain determinations.

[40] In fact such a section is really another form of privative clause with which the judicial system has

pouvoirs et de la primauté du droit. À ce que je vois, leur argument est que le Parlement n'a pas le pouvoir pour adopter l'article 39 parce qu'il interdit soit à la Commission soit à notre Cour d'examiner les documents visés par l'attestation du greffier du Conseil privé. Cet argument est essentiellement que toute limitation de la compétence des autorités juridictionnelles, qui les empêche dans certains cas de contrôler des décisions du gouvernement, est une violation de l'indépendance, constitutionnellement garantie, de la magistrature.

[39] Le juge de première instance a conclu, judicieusement à mon avis, que cette disposition n'est pas une atteinte à l'indépendance de la magistrature, telle qu'elle est définie par les règles dégagées dans *Valente c. La Reine et autres*<sup>38</sup> et qui sont maintenant bien établies. L'article 39 ne porte nullement atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges, telles qu'elles étaient en jeu dans cette dernière cause. Cet article est un texte de loi publique adopté par le Parlement pour s'appliquer à une variété de circonstances, et non pour produire ses effets dans un cas d'espèce. Bien qu'on puisse présumer qu'il est généralement invoqué à l'appui de la position de l'État dans un procès, on peut parfaitement concevoir qu'il puisse être invoqué contre les intérêts de l'exécutif, par exemple dans le cas où le greffier du Conseil privé est obligé de garder confidentiels les documents d'un gouvernement précédent par une attestation afin d'en empêcher la production dans un cas où le gouvernement de l'heure pourrait tirer profit de leur divulgation. Ou bien, comme l'a fait observer le juge La Forest dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>39</sup>, l'invocation de l'article 39 pour protéger le secret des renseignements du Cabinet pourrait compromettre l'aptitude du gouvernement engagé dans un procès, à justifier, au regard de l'article premier de la Charte, son choix de telle ou telle mesure législative. Rien de tout cela ne saurait être interprété comme équivalant à exercer une pression inappropriée sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce; il se voit tout simplement interdire par une loi fédérale de rendre certaines décisions.

[40] En fait, la disposition en question est tout bonnement une autre forme de disposition privative,



long been familiar. It is accepted that legislated privative clauses can preclude courts from reviewing findings of fact by a tribunal where such fact finding is done within its jurisdiction. As was pointed out by Chief Justice Dickson in the *Auditor General's* case,<sup>40</sup> where Parliament has ousted judicial remedies to enforce the Auditor General's right to information such rights become non-justiciable.

The just-stated view sits comfortably with the occasions on which the courts give effect to so-called privative clauses that explicitly oust judicial review. As a constitutional matter, it is not appropriate for the court to intervene by virtue of the simple fact that Parliament has directed that they must not.

[41] Courts are simply barred by section 39 from reviewing the documents and thus the ambit of Cabinet secrecy. This is a permissible privative clause unless we have, since the *Auditor General's* case, arrived at the constitutional doctrine based on the "fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution", or on its "organizing principles", that a judicial decision may always be substituted for a governmental decision in the name of judicial independence.

[42] It appears to me that the essential constitutional limitations on the assignment of certain functions to non-courts such as the Clerk of the Privy Council, and thus withdrawing them from the courts, are to be found in section 96 of the *Constitution Act, 1867* and paragraph 11(d) of the Charter. The issuance of such certificates cannot in my view be characterized as a traditional and necessary function of a superior court of a kind contemplated in 1867 and thus within section 96.<sup>41</sup> Nor can it be seen to be integral to the conduct of a trial within the contemplation of paragraph 11(d) of the Charter: the proceeding before the Commission, out of which this request arises, is not a trial of anyone's guilt and if, indeed, it were so considered then the Commission would not be constitutionally allowed to conduct it.<sup>42</sup>

que connaît notre système de justice depuis longtemps. Il est de droit constant que les dispositions privatives instituées par voie législative peuvent interdire au juge judiciaire de revenir sur les conclusions sur les faits du juge administratif, si celui-ci les a tirées dans les limites de sa compétence. Ainsi que l'a souligné le juge en chef Dickson dans la cause *Vérificateur général*<sup>40</sup>, au sujet de l'exclusion par le législateur des recours judiciaires pour forcer le respect du droit à l'information du vérificateur général, les droits de ce genre sont devenus non justiciables.

Ce point de vue se concilie d'ailleurs fort bien avec les cas où les tribunaux donnent effet aux clauses dites «privatives» faisant expressément échec au contrôle judiciaire. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas approprié que le tribunal intervienne, dès lors que le Parlement le lui interdit.

[41] Le juge judiciaire se voit simplement interdire par l'article 39 d'examiner les documents et, partant, la portée du secret des délibérations du Cabinet. Il s'agit là d'une disposition privative acceptable à moins que, depuis l'arrêt *Vérificateur général*, nous n'ayons adopté une doctrine constitutionnelle fondée sur les «principes fondamentaux, non écrits de la Constitution canadienne» ou sur ses «principes structurels», pour poser qu'une décision judiciaire peut toujours, au nom de l'indépendance de la magistrature, se substituer à une décision gouvernementale.

[42] À mon avis, les limitations constitutionnelles essentielles de la pratique consistant à investir les autorités non judiciaires comme le greffier du Conseil privé de certaines fonctions soustraites au contrôle du pouvoir judiciaire, se trouvent dans l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'alinéa 11d) de la Charte. La délivrance des attestations dont s'agit ne peut être, à mon avis, qualifiée de fonction traditionnelle et nécessaire d'une cour supérieure telle qu'elle était envisagée en 1867; pareille attestation ne va donc pas à l'encontre de l'article 96<sup>41</sup>. Elle ne saurait être considérée non plus comme partie intégrante de la conduite d'un procès au sens de l'alinéa 11d) de la Charte: l'audience devant la Commission, qui est à l'origine des procédures en instance, n'est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit et, l'eût-elle été, la Commission n'aurait pas été, constitutionnellement parlant, habilitée à la tenir<sup>42</sup>.

[43] This is not to say that there is no role for the courts in relation to the issuance of certificates under section 39 of the *Canada Evidence Act*. It has been held that the Court may entertain a proceeding for judicial review of the issuance of a certificate although it may not review the factual correctness of the certificate if it is otherwise in proper form.<sup>43</sup> In performing such a judicial review, a court would be in a position analogous to any court reviewing a decision of a Board whose orders are protected by a privative clause.

[44] Any concern for the impact of a subsection 39(1) certificate on a judicial body is applicable only to the role of the Federal Court when faced with such a certificate. For reasons stated above the Commission is not a judicial body although it may arguably perform some quasi-judicial functions. It is essentially an agency of the Executive<sup>44</sup> and draws such powers as it has solely from an Act of the same Parliament that enacted the *Canada Evidence Act*.

#### B. Applicability of Section 39 in these Circumstances

[45] In the alternative the appellants argue that if section 39 is constitutionally valid, it should nevertheless not apply in this situation because "Parliament cannot authorize the Executive to shield its own conduct from constitutional scrutiny by employing section 39 of the *Canada Evidence Act*".<sup>45</sup> They therefore invite the Court to read down section 39 as not applying in these circumstances.

[46] As a general proposition, this argument has considerable force and must be seriously considered.

[47] The appellants largely base their arguments by way of analogy on three decisions of the Supreme Court. In *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*,<sup>46</sup> in an action involving an attack on the constitutionality of British Columbia legislation by which the province purported to take over the

[43] Cela ne veut pas dire que le juge n'a aucun rôle à jouer à propos des attestations délivrées en application de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il a été jugé que la Cour peut se saisir d'un recours en contrôle judiciaire contre la délivrance d'une attestation, bien qu'elle ne soit pas habilitée à contrôler la véracité de cette attestation si celle-ci est délivrée en bonne et due forme<sup>43</sup>. En procédant à ce contrôle judiciaire, le juge serait dans la même position qu'une cour contrôlant la décision d'un office fédéral dont les ordonnances sont protégées par une disposition privative.

[44] La question des effets que pourrait avoir une attestation délivrée en application de l'article 39 sur un organe judiciaire ne se poserait qu'en Cour fédérale, lorsqu'elle est aux prises avec une attestation de ce genre. Comme noté, *supra*, la Commission n'est pas un organe judiciaire bien qu'on puisse dire qu'elle exerce certaines fonctions quasi judiciaires. Elle est essentiellement une agence de l'exécutif<sup>44</sup> et tire ses seuls pouvoirs d'une loi adoptée par le Parlement même qui a adopté la *Loi sur la preuve au Canada*.

#### B. L'applicabilité de l'article 39 en l'espèce

[45] À titre subsidiaire, les appelants soutiennent que l'article 39, eût-il été constitutionnellement valide, n'est quand même pas applicable en l'espèce puisque «le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses agissements à l'examen à la lumière de la Constitution en recourant à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*»<sup>45</sup>. Ils concluent donc à une interprétation restrictive de cet article de façon à ne pas l'appliquer aux circonstances de la cause.

[46] À titre d'observation de portée générale, cet argument est bien convaincant et doit être examiné sérieusement.

[47] Les appelants s'appuient en grande partie, par voie d'analogie, sur trois décisions de la Cour suprême. Dans *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*<sup>46</sup>, où il y avait contestation de la constitutionnalité d'une loi provinciale par laquelle la Colombie-Britannique entendait prendre en charge le

privately-owned electrical supply and distribution system in that province, the plaintiffs, owners of the property being expropriated, sought an interlocutory order to have a receiver of the property appointed pending the outcome of the action. B.C. authorities invoked the then-existing immunity of the Crown in Right of British Columbia from action with respect to its property. The Supreme Court of Canada held that the Crown provincial could not claim a Crown immunity based upon an interest in property which itself depended on the validity of legislation under constitutional attack. It was said that if this were possible the province could achieve its goal of retaining the property even though the enabling legislation was held to be invalid. In *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*<sup>47</sup> provincial regulations purporting to impose a tax on certain minerals were under attack in the courts. A long-standing provision of the provincial *The Proceedings against the Crown Act*<sup>48</sup> precluded *inter alia* any action to recover taxes paid under a statute or regulation since found to be invalid. The Supreme Court struck down that provision. As Dickson J. [as he then was] stated for the Court “[i]f a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means”.<sup>49</sup> The Court placed considerable reliance on the earlier *B.C. Power case*. *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*<sup>50</sup> also involved an attempt to recover taxes paid under an invalid statute. In British Columbia the old proceeding of petition of right was required for actions against the Crown. When the law was amended in the late 1970s it required that any causes of action arising before August 1, 1974 should proceed by way of petition of right. Petitions of right, of course, required the issue of a *fiat* by the Lieutenant Governor permitting an action against the Crown, such *fiat* being issued on the advice of the Attorney General or the provincial Cabinet. Taxes had been paid both before and after August 1, 1974 in compliance with the statute. In an action to recover taxes paid after that date the province had conceded that the tax was invalid.<sup>51</sup> When the appellant Air Canada sought to recover taxes paid before August 1, 1974 a *fiat* was refused. The Supreme Court ordered the Attorney General of British Columbia to advise the Lieutenant Governor to grant the *fiat* with respect to the action concerning pre-1974 taxes. Relying on cases such as

réseau privé de production et de distribution de l'électricité dans la province, les demandeurs, qui étaient les propriétaires du bien exproprié, concluaient à ordonnance interlocutoire portant désignation d'un séquestre en attendant l'issue de leur action. Les autorités provinciales ont invoqué l'immunité dont jouissait à l'époque la Couronne du chef de la Colombie-Britannique à l'égard des actions relatives aux biens domaniaux. La Cour suprême du Canada a jugé que la Couronne provinciale ne pouvait invoquer l'immunité fondée sur un droit de propriété, lequel dépendait de la validité de la loi attaquée sur le plan constitutionnel. Et que si pareille immunité pouvait jouer, la province pourrait réaliser son dessein de conserver le bien dans le cas même où la loi en question serait jugée invalide. Dans *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*<sup>47</sup>, un règlement de taxation de certains minéraux fut contesté en justice. Une disposition de longue date de la loi dite *The Proceedings against the Crown Act*<sup>48</sup> excluait entre autres toute action en restitution de taxes payées en application d'une loi ou d'un règlement jugé invalide après coup. La Cour suprême a invalidé cette disposition. Ainsi que l'a fait observer le juge Dixon [tel était alors son titre] au nom de la Cour, «[u]n État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures»<sup>49</sup>. La Cour s'y appuyait surtout sur son ancien arrêt *B.C. Power*. L'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>50</sup> portait aussi sur une action en restitution de la taxe payée sous le régime d'une loi invalide. En Colombie-Britannique, les actions contre la Couronne devaient se faire par voie de «*petition of right*». Après modification vers la fin des années 1970, la loi applicable prévoyait que les actions relatives aux faits antérieurs au 1<sup>er</sup> août 1974 devaient s'engager par voie de «*petition of right*». Pareille procédure était bien entendu subordonnée à l'autorisation de se pourvoir en justice contre la Couronne, accordée par le lieutenant-gouverneur sur recommandation du procureur général ou du gouvernement provincial. La taxe avait été versée avant et après le 1<sup>er</sup> août 1974, conformément à la loi en question. Défenderesse dans une action en restitution de la taxe payée après cette date, la province avait reconnu que la taxe était invalide<sup>51</sup>. Lorsque l'appellante Air Canada a voulu se faire restituer la taxe payée avant le 1<sup>er</sup> août

*Amax* and *B.C. Power Corp.* they held that “a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute”,<sup>52</sup> and the same result cannot be achieved by the government withholding a *fiat* to allow an action for the recovery of that money.

[48] It will be noted that these cases all involved an attack on the validity of a statute (in the *Air Canada* case the province had, prior to the Supreme Court decision, conceded that the tax was invalid in the relevant period) and the inability of the Crown to assert, by means of legislation or discretionary refusal of a *fiat*, rights which completely depended on the validity of that statute.

[49] Important as these cases no doubt are, I agree with the learned Trial Judge that they are not determinative of the present matter. This Court must deal with the actual case before it. The Trial Judge has concluded, as have I, that section 39 is intrinsically valid and therefore we have no situation of the Crown asserting a right which is squarely based on a statute whose validity is in question. Instead, the appellants assert in a general way that “Parliament cannot authorize the Executive to shield its own conduct from constitutional scrutiny” and that if that is the effect of applying section 39 here, it should not be applied. But in the statement of claim commencing the present proceedings there is no allegation of misconduct on the part of “the Executive”. Instead, there are references to selected bits of evidence before the Commission indicating communications between the Prime Minister’s Office and the RCMP. Even if one treats the Commission as a forum where unlawful conduct by “the Executive” may be relevant to the making of recommendations it must be observed, as the Trial Judge noted,<sup>53</sup> that “the inquiry is concerned with the conduct of the RCMP officers and not the conduct of the executive”. Basically section 45.35 of the RCMP Act gives the Commission power to consider com-

1974, elle s’est vu refuser l’autorisation d’agir en justice. La Cour suprême a ordonné au procureur général de la Colombie-Britannique d’engager le lieutenant-gouverneur à accorder l’autorisation pour l’action relative à la taxe payée avant 1974. Citant les précédents comme *Amax* et *B.C. Power*, elle a jugé qu’«une loi ne peut permettre de conserver une somme d’argent obtenue en vertu d’une loi inconstitutionnelle»<sup>52</sup>, et qu’il ne saurait être question de parvenir au même résultat au moyen du refus par le gouvernement d’accorder l’autorisation d’intenter une action en recouvrement de cet argent.

[48] Il y a lieu de noter que toutes les causes invoquées portaient sur la validité d’une loi (dans la cause *Air Canada*, la province a, antérieurement à la décision de la Cour suprême, reconnu que la taxe était invalide au moment en question) et l’impossibilité pour la Couronne de faire valoir, par voie législative ou par refus discrétionnaire d’autorisation, des droits qui dépendaient entièrement de la validité de cette loi.

[49] Aussi indéniablement importants que soient ces précédents, je conviens avec le juge de première instance qu’ils ne sont pas déterminants en l’espèce. La Cour doit juger à la lumière des faits de la cause. Le juge de première instance a conclu, comme je l’ai fait, que l’article 39 est intrinsèquement valide; il ne s’agit donc pas d’un cas où l’État fait valoir un droit fondé sur une loi dont la validité est en cause. De fait, les appelants soutiennent en termes généraux que «le Parlement ne saurait autoriser l’exécutif à soustraire ses agissements à l’examen à la lumière de la Constitution» et que si l’application de l’article 39 devait avoir pareil effet en l’espèce, il ne faut pas l’appliquer. Cependant, dans la déclaration par laquelle ils ont intenté l’action à l’origine, il n’y a aucune allégation d’inconduite de la part de «l’exécutif». Il y est plutôt question d’éléments de preuve produits devant la Commission sur des communications entre le bureau du premier ministre et la GRC. À même supposer qu’on puisse considérer la Commission comme un tribunal où les agissements illégaux de «l’exécutif» puissent entrer en ligne de compte dans la formulation de ses recommandations, il faut noter, comme l’a fait le juge de première instance<sup>53</sup>, que «l’enquête vise le comportement des agents de la GRC

plaints against members of the RCMP and to make recommendations to the Commissioner of the RCMP and the Minister as a result. Any findings which may be made about the conduct of the Prime Minister's Office or other members of the executive in relation to the conduct of the RCMP will presumably be incidental to this and cannot be legally determinative of whether such persons have done something constitutionally unlawful.<sup>54</sup> Therefore the withholding of documents containing confidences of Her Majesty's Privy Council pursuant to section 39 cannot in these circumstances prevent any definitive determination of constitutionally unlawful behaviour. That determination would have to be made by a court in an action brought for the purpose of obtaining redress for such behaviour, against those alleged to be guilty of it.

[50] What in fact the appellants are trying to do here is to turn an action for a declaration as to the constitutional invalidity of section 39 into a collateral attack on the actual decision of the Clerk in this case. This alternative argument as to the non-applicability of section 39, should that section be found valid, was nowhere raised in their statement of claim. The appropriate way to raise this kind of argument would be by way of judicial review of the Clerk's certificate and, as has been noted above,<sup>55</sup> it is possible to bring an application for judicial review in respect of the issue of such a certificate. If the appellants have any evidence of improper motives in the issue of the certificate they should present them in that context. If there is a question of the Clerk's jurisdiction related to unconstitutionality of applying the subsection 39(1) procedure in the circumstances of this particular case then the judicial review is also the place to raise it, provided the appellants have some evidence to support the proposition that the certificate was wrongly withheld here. The reviewing court would of course be working under some difficulty in that it would be barred from examining the documents so certified by subsection 39(1). This is an unusual privative clause but one which, for reasons already given, it is open to Parliament to prescribe. Courts are not unfamiliar with privative clauses and this one, precluding the Court from making certain findings of fact, is not unrelated

et non celui de l'exécutif». Essentiellement, l'article 45.35 de la Loi sur la GRC investit la Commission du pouvoir d'instruire les plaintes contre des agents de la GRC puis de faire des recommandations au commissaire de la GRC et au ministre. Toute conclusion qu'elle aurait pu tirer sur les agissements du bureau du premier ministre et d'autres membres de l'exécutif dans le contexte des agissements de la GRC serait forcément accessoire et ne saurait permettre, sur le plan juridique, de conclure si ces personnes ont fait quelque chose d'illégal sur le plan constitutionnel<sup>54</sup>. En conséquence, le refus, en application de l'article 39, de communiquer des documents renfermant des renseignements confidentiels du Conseil privé de Sa Majesté ne peut, dans les circonstances de la cause, exclure tout jugement définitif d'agissements inconstitutionnels. Ce jugement appartient à la juridiction qui serait saisie de l'action intentée en réparation de ces agissements, contre ceux qui en seraient coupables.

[50] En fait, ce que les appelants cherchent à faire en l'espèce, c'est de faire d'une action en jugement déclaratif de l'invalidité constitutionnelle de l'article 39, une action en jugement déclaratif de la nullité radicale de la décision même du greffier du Conseil privé en l'espèce. Cet argument subsidiaire sur la non-applicabilité de l'article 39, au cas où il serait jugé que celui-ci est valide, n'était proposé nulle part dans la déclaration. La voie à suivre pour faire valoir cet argument serait un recours en contrôle judiciaire contre l'attestation du greffier du Conseil privé et, comme noté *supra*<sup>55</sup>, il est possible d'agir en contrôle judiciaire contre une attestation de ce genre. Si les appelants ont une preuve quelconque de motifs irréguliers qui auraient présidé à la délivrance de l'attestation, c'est dans ce contexte qu'ils devraient la produire. S'ils contestent la compétence du greffier du Conseil privé pour appliquer, de façon inconstitutionnelle à leur avis, la procédure prévue à l'article 39 dans les circonstances de l'espèce, c'est aussi par voie de recours en contrôle judiciaire qu'il faut procéder, pourvu qu'ils aient des preuves à l'appui de l'assertion que l'attestation ait été délivrée à tort. Bien entendu, la juridiction saisie du recours en contrôle judiciaire se heurterait à un certain obstacle du fait qu'il lui serait interdit d'examiner les documents faisant l'objet de l'attestation visée au paragraphe 39(1). Il s'agit là d'une disposition privative inusitée, mais d'une

to many other privative clauses. The Court would instead have to draw such inferences as it could from all the surrounding evidence. While there are many good arguments to be made, as a matter of policy, for allowing judges to review the documents and to assure themselves as to their nature, in my view this is not a constitutional imperative.

[51] The consequence of accepting the appellants' arguments would be that section 39 would not apply in any case where there was the merest allegation that Cabinet documents might reveal policy or operating decisions arguably inconsistent with the rights of certain individuals. This would severely attenuate the absolute protection of Cabinet communications from disclosure which section 39 now affords.

[52] I therefore conclude that there is no basis upon which section 39 should be held to be inapplicable to the circumstances of this case.

#### Costs

[53] The appellants asked for their costs in this appeal regardless of the outcome. In the Trial Division the learned Trial Judge gave them costs notwithstanding their lack of success. They have nevertheless continued with an appeal, also unsuccessfully. In the circumstances I have concluded that no costs should be awarded.

#### Disposition

[54] The appeal will therefore be dismissed, without costs.

ROBERTSON J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

disposition que, pour les raisons évoquées, *supra*, il est loisible au législateur de promulguer. Les tribunaux judiciaires ne sont pas versés en dispositions privatives, et celle qui nous intéresse en l'espèce et qui interdit à la Cour de tirer certaines conclusions sur les faits, n'est pas différente d'un grand nombre d'autres dispositions privatives. La Cour aurait à tirer des inférences d'autres éléments de preuve connexes. Bien que sur le plan des principes, il y ait des arguments convaincants en faveur de la possibilité pour les juges d'examiner les documents en question et de s'assurer eux-mêmes de leur nature, je ne pense pas qu'il s'agisse là d'un impératif constitutionnel.

[51] Faire droit aux arguments des appelants reviendrait à décider que l'article 39 serait inapplicable chaque fois qu'il y a la moindre allégation que des renseignements du Cabinet pourraient révéler des décisions d'orientation générale ou d'application spécifique, dont on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte aux droits de certains individus. Ce qui aurait pour effet de réduire de façon draconienne la protection absolue des délibérations du Cabinet contre la divulgation, que l'article 39 garantit à l'heure actuelle.

[52] En conséquence, je conclus qu'il n'y a rien qui permette de juger que l'article 39 est inapplicable dans les circonstances de la cause.

#### Frais et dépens

[53] Les appelants concluent aux dépens de l'appel quelle qu'en soit l'issue. En première instance, le juge leur a alloué les dépens malgré leur échec. N'empêche qu'ils ont fait appel, également en vain. Dans ces conditions, j'ai conclu qu'il n'y a pas lieu de leur allouer les dépens.

#### Décision

[54] Par ces motifs, l'appel sera rejeté sans dépens.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

- <sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. C-5.
- <sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. R-10 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16].
- <sup>3</sup> *Ibid.*, ss. 45.42 [as enacted *idem*], 45.43 [as enacted *idem*], 45.44 [as enacted *idem*].
- <sup>4</sup> *Ibid.*, s. 45.45(14) [as enacted *idem*].
- <sup>5</sup> *Ibid.*, s. 45.46(3) [as enacted *idem*].
- <sup>6</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 278.
- <sup>7</sup> *Ibid.*, at pp. 278-279.
- <sup>8</sup> *Ibid.*, at p. 279.
- <sup>9</sup> *Ibid.*, at p. 282.
- <sup>10</sup> *Supra*, note 1.
- <sup>11</sup> [1997] 3 S.C.R. 3.
- <sup>12</sup> [1998] 2 S.C.R. 217.
- <sup>13</sup> [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 103-104.
- <sup>14</sup> *Supra*, note 12, at p. 258. In point of fact, s. 52 is not part of the Charter.
- <sup>15</sup> (U.K.), 28-29 Vict., c. 63.
- <sup>16</sup> 22 Geo. V, c. 4 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], ss. 2, 7.
- <sup>17</sup> *Supra*, note 13, at pp. 91-92.
- <sup>18</sup> [1982] 1 S.C.R. 215, at pp. 223-228.
- <sup>19</sup> *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at p. 665.
- <sup>20</sup> [1986] 2 S.C.R. 637, at p. 659.
- <sup>21</sup> *Ibid.*, at pp. 667-668.
- <sup>22</sup> [1999] S.C.J. No. 68 (QL), at para. 60.
- <sup>23</sup> See *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.).
- <sup>24</sup> [1942] A.C. 624 (H.L.).
- <sup>25</sup> *Supra*, note 23, at pp. 952, 987, 993.
- <sup>26</sup> *Supra*, note 11.
- <sup>27</sup> *Ibid.*, at p. 87.
- <sup>28</sup> Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., Toronto: Carswell, 1992, ss. 7.3(a), 9.4(e).
- <sup>29</sup> See e.g. C. Moore *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997, at pp. 80-81; Hogg, *id.*, at s. 9.2.
- <sup>30</sup> *Supra*, note 12, at p. 233.
- <sup>31</sup> See e.g. *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169 (C.A.), para. 13, pp. 179-180.
- <sup>32</sup> [1993] 1 S.C.R. 319. See also *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at p. 487. Iacobucci C.J. expressed doubts that courts could review the workings of a parliamentary committee.
- <sup>33</sup> [1989] 2 S.C.R. 796.
- <sup>34</sup> *Supra*, note 32, at p. 389.
- <sup>35</sup> [1985] 1 S.C.R. 721, at pp. 747-752.
- <sup>36</sup> [1999] 11 W.W.R. 51 (Sask. C.A.).
- <sup>37</sup> *Supra*, note 12, para 71, pp. 257-258.
- <sup>38</sup> [1985] 2 S.C.R. 673.
- <sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 5].
- <sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. R-10 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16].
- <sup>3</sup> *Ibid.*, art. 45.42 [édicte, *idem*], 45.43 [édicte, *idem*], 45.44 [édicte, *idem*].
- <sup>4</sup> *Ibid.*, art 45.45(14) [édicte, *idem*].
- <sup>5</sup> *Ibid.*, art. 45.46(3) [édicte, *idem*].
- <sup>6</sup> Dossier d'appel, vol. 2, à la p. 278.
- <sup>7</sup> *Ibid.*, aux p. 278 et 279.
- <sup>8</sup> *Ibid.*, à la p. 279.
- <sup>9</sup> *Ibid.*, à la p. 282.
- <sup>10</sup> *Supra*, note 1.
- <sup>11</sup> [1997] 3 R.C.S. 3.
- <sup>12</sup> [1998] 2 R.C.S. 217.
- <sup>13</sup> [1989] 2 R.C.S. 49, aux p. 103 et 104.
- <sup>14</sup> *Supra*, note 12, à la p. 258. En fait, l'art. 52 ne fait pas partie de la Charte.
- <sup>15</sup> (R.-U.), 28-28 Vict., ch. 63.
- <sup>16</sup> 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 27], art. 2, 7.
- <sup>17</sup> *Supra*, note 13, aux p. 91 et 92.
- <sup>18</sup> [1982] 1 R.C.S. 215, aux p. 223 à 228.
- <sup>19</sup> *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), à la p. 665.
- <sup>20</sup> [1986] 2 R.C.S. 637, à la p. 659.
- <sup>21</sup> *Ibid.*, aux p. 667 et 668.
- <sup>22</sup> [1999] A.C.S. n<sup>o</sup> 68 (QL), au par. 60.
- <sup>23</sup> Voir *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.).
- <sup>24</sup> [1942] A.C. 624 (H.L.).
- <sup>25</sup> *Supra*, note 23, aux p. 952, 987 et 993.
- <sup>26</sup> *Supra*, note 11.
- <sup>27</sup> *Ibid.*, à la p. 87.
- <sup>28</sup> Hogg, *Constitutional Law of Canada* (édition en feuilles mobiles), Toronto: Carswell, 1992, art. 7.3(a), 9.4(e).
- <sup>29</sup> Voir par ex. C. Moore, *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997, aux p. 80 et 81; Hogg, *op. cit.*, à l'art. 9.2.
- <sup>30</sup> *Supra*, note 12, à la p. 233.
- <sup>31</sup> Voir par ex. *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.), au par. 13, p. 179 et 180.
- <sup>32</sup> [1993] 1 R.C.S. 319. Voir aussi *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), à la p. 487. Le juge en chef Iacobucci y exprime le doute que les tribunaux judiciaires puissent contrôler les travaux d'un comité parlementaire.
- <sup>33</sup> [1989] 2 R.C.S. 796.
- <sup>34</sup> *Supra*, note 32, à la p. 389.
- <sup>35</sup> [1985] 1 R.C.S. 721, aux p. 747 à 752.
- <sup>36</sup> [1999] 11 W.W.R. 51 (C.A. Sask.).
- <sup>37</sup> *Supra*, note 12, au par. 71, p. 257 et 258.
- <sup>38</sup> [1985] 2 R.C.S. 673.

<sup>39</sup> [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 310.

<sup>40</sup> *Supra*, note 13, the relevant quotation being at note 17.

<sup>41</sup> See e.g. *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714.

<sup>42</sup> See e.g. *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, at p. 460.

<sup>43</sup> See e.g. *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co. (Attorney General)*, *supra*, note 19; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.); cited with approval by La Forest J. in the *RJR-MacDonald* case *supra*, note 39, at p. 310.

<sup>44</sup> See *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, *supra*, note 31, at p. 180.

<sup>45</sup> Appellants' factum, para. 62.

<sup>46</sup> [1962] S.C.R. 642.

<sup>47</sup> [1977] 2 S.C.R. 576.

<sup>48</sup> R.S.S. 1965, c. 87, s. 5(7).

<sup>49</sup> *Supra*, note 47, at p. 592.

<sup>50</sup> [1986] 2 S.C.R. 539.

<sup>51</sup> *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185 (B.C.S.C.).

<sup>52</sup> *Supra*, note 50, at p. 545.

<sup>53</sup> [1999] 4 F.C. 583 (T.D.), at para 84, p. 622.

<sup>54</sup> See note 42, *supra*.

<sup>55</sup> See note 43, *supra* and accompanying text.

<sup>39</sup> [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 310.

<sup>40</sup> *Supra*, note 13, la citation ci-dessus fait partie de la citation dont la référence figure à la note 17.

<sup>41</sup> Voir *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

<sup>42</sup> Voir par ex. *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, à la p. 460.

<sup>43</sup> Voir par ex. *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, *supra*, note 19; *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.); cité avec approbation par le juge La Forest dans *RJR-MacDonald*, *supra*, note 39, à la p. 310.

<sup>44</sup> Voir *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, *supra*, note 31, à la p. 180.

<sup>45</sup> Mémoire des appelants, au par. 62.

<sup>46</sup> [1962] R.C.S. 642.

<sup>47</sup> [1977] 2 R.C.S. 576.

<sup>48</sup> R.S.S. 1965, ch. 87, art. 5(7).

<sup>49</sup> *Supra*, note 47, à la p. 592.

<sup>50</sup> [1986] 2 R.C.S. 539.

<sup>51</sup> *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185 (C.S. C.-B.).

<sup>52</sup> *Supra*, note 50, à la p. 545.

<sup>53</sup> [1999] 4 C.F. 583 (1<sup>re</sup> inst.), au par. 84, p. 622.

<sup>54</sup> Voir note 42, *supra*.

<sup>55</sup> Voir note 43, *supra*, et le texte cité.



# 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.*

## ARMED FORCES

Application for judicial review of decision by Career Review Board to change applicant's release status—Applicant member of Canadian Armed Forces—Applied for release from Forces under Force Reduction Plan 1996 (FRP96)—Career Review Board changing release status to "5(f)—Unsuitable for further service—Suitability C" as applicant violated Canadian Forces Drug Policy in offering drugs to undercover police constable—Applicant losing FRP status, associated financial benefits—Claiming not given opportunity to meet case against him—Applicant using illicit drugs, encouraging others to use them as well—Found with quantity of marijuana on person—No evidence tape recording of conversation between him, undercover officer existed—Unedited police report disclosed to applicant herein although copy not given to him prior to being invited to make submissions—Applicant knew gist of case against him—Finding by Career Review Board applicant had engaged in drug trafficking pre-condition to being released from Forces—Resolution of credibility issue significant step in Board's ultimate disposition of applicant's rights—No reason for Court to order new hearing if applicant failing to show reason to question evidentiary value of document—No substantive injustice occurred notwithstanding procedural defect—Court declining to send matter back for new hearing—Cases relied on by applicant not conferring right to make submissions directly to Release Authority once Career Review Board recommendations known—Application dismissed.

ROCKMAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-694-97, Pelletier J., order dated 15/2/00, 20 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Removal of Refugees*

Application for stay of removal of applicant from Canada—Application for leave, judicial review underlying application for stay with respect to issuance of departure

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### —Continued

order against applicant on March 7, 2000—Applicant citizen of Trinidad, 30 years of age—Alleging fear of return to Trinidad by reason of vendetta on part of individual who undertook unsuccessful coup against government of Trinidad—Sole issue whether respondent has authority to remove applicant against his will on basis of departure order made against him—Under Immigration Act, s. 48, removal order, departure order shall be executed as soon as reasonably practicable—If individual subject of departure order does not voluntarily leave Canada within limited period of time, normally 30 days from day on which departure order becomes effective, departure order "matures", by law, into deportation order—Departure order not enforceable in same way as deportation order under Act, s. 55(3)(a)(ii)—To conclude otherwise would vest respondent with authority to thwart legislative scheme distinguishing between departure orders, deportation orders—Act only vesting respondent with authority to involuntarily remove person against whom departure order made in circumstances where certificate of departure issued to person under Act, s. 32.01—Respondent having authority under Act, s. 103 to arrest, detain applicant if reasonable grounds to believe applicant would not voluntarily leave, appear for involuntary removal from Canada—Not beyond capacity of respondent's officers to release person from detention but keep him under intensive surveillance so that, when removal order matures into deportation order, he could then be apprehended, involuntarily removed—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32.01 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 22), 48, 55(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 45), 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19).

GARDNER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1031-00, Gibson J., order dated 17/3/00, 9 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of decision rejecting applicant's request for landing as member of Deferred

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Removal Order Class (DROC)—Applicant born in Jijiga, Ethiopia of Somali parents—Applicant, two children remained in Kenya for one year, two months, came to Canada on September 22, 1989, claimed refugee status—Applicant found by Convention Refugee Determination Division (CRDD) to be Somali citizen—In November 1994, applicant, children applied for landing from within Canada under DROC program—Applicant failed refugee claimant in country for 3 years following refusal of refugee claim—Appeared to be type of person for whom program designed—Lengthy period of intermittent correspondence between Processing Centre in Vegreville and applicant's counsel, Mr. Berger—Application successful on basis of lack of fairness in bypassing counsel, contacting applicant directly when obtaining information used to deny claim—No common law right to consult lawyer in all situations—However, duty of fairness shaped by circumstances of particular cases—Applicant harmed because, unknown to her, possibility of waiver of documentation requirement; possibility discussed internally by Processing Centre staff—Bypassing counsel breach of duty of procedural fairness contrary to Federal Court Act, s. 18.1(4)(b)—Application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

HUSSEIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5151-98, Pelletier J., order dated 20/12/99, 11 pp.)

## IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of visa officer's decision refusing applicant admission to Canada as latter convicted of possession of offensive weapon while in Hong Kong in June 1983—Counsel for applicant, respondent agreeing visa officer made error in law respecting application of Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(1) since applicant 17 at time of conviction, could not be found guilty of "offence" in Canada "punishable by indictment" under Young Offenders Act—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(2)(a.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11)—Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1.

WONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4464-98, Campbell J., order dated 22/2/00, 2 pp.)

In 1993, conditional removal order issued against applicant—Appeal to Immigration Appeal Division (IAD) dismissed in July 1994—In January 1998, applicant filed motion to reopen 1993-1994 appeal—In April 1998, motion to reopen granted by IAD, and hearing scheduled—Before hearing held, Minister issued danger opinion pursuant to Immigration Act, s. 70(5)—In September 1998, IAD decided

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

it did not have jurisdiction and dismissed appeal—IAD's decision based on interpretation of transitional provisions found in S.C. 1995, c. 15, s. 13(4) providing Act, s. 70(5) applying to appeal made before coming into force thereof and in respect of which hearing not commenced—IAD concluded reopening of appeal closer to commencement of second appeal than continuation of earlier appeal—Application for judicial review of IAD's decision—Application dismissed—Although only one appeal herein, hearing not commenced before coming into effect of Act, s. 70(5), July 10, 1995—In effect hearing *de novo*—Therefore IAD without jurisdiction—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

PORTILLO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5444-98, Reed J., order dated 14/9/99, 4 pp.)

Judicial review of visa officer's refusal to issue visa for admission to Canada as entrepreneur immigrant—Record including documentary record before visa officer, applicant's sworn affidavit, visa officer's handwritten notes, presumably made at time of interview, and notes of interview subsequently entered by visa officer into computer (CAIPS notes)—Visa officer not filing affidavit attesting to truth of statements made in either notes—Applicant not having opportunity to cross-examine author of notes—In *Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 165 (C.A.) memorandum, handwritten notes prepared by visa officer struck from record because no supporting affidavit attesting to veracity—CAIPS notes entered into computer by visa officer same in kind as visa officer's handwritten notes—*Wang* recently cited with approval in *Moldeveanu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 105 (F.C.A.)—Case law referred to in *Qiu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 141 (T.D.) (QL), indicating visa officer's notes not admissible without affidavit—Subsequently decision rendered in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] 2 S.C.R. 817, in which notes characterized as reasons for decision under review—Thus CAIPS notes should be admitted as part of record i.e. as reasons for decision under review, but underlying facts on which rely must be independently proven—In absence of visa officer's affidavit attesting to truth of what recorded as having been said, notes having no status as evidence—CAIPS notes repeat visa officer's conclusion applicant not researching type of business planned to purchase—Observations contradicted by documentary evidence on file including business plan—Application allowed as no evidentiary basis for significant factor in visa officer's decision.

CHOU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-873-99, Reed J., order dated 13/3/00, 7 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD denial of refugee claim—Applicant, Roman Catholic born in Northern Ireland (N.I.), citizen of United Kingdom—Member of Irish Republican Army from 1969 to 1974, Irish National Liberation Army (INLA) from 1975 to 1982—In 1982 arrested, turned informer, moved to England, preparing to testify against those arrested because of him—In September decided to retract, returned voluntarily to N.I. where lived without incident—Learned orders out to kill him, probably by faction of INLA—Came to Canada in 1986—Applicant feared persecution if returned to N.I., U.K. or Europe—CRDD holding not satisfied applicant providing clear, convincing confirmation of U.K.’s inability to protect him, that objectively unreasonable for him not to have sought such protection—Relying on *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, CRDD performed separate analyses of U.K.’s ability to protect applicant and applicant’s unwillingness to avail himself of protection of U.K.—Concluding being unable to avail self of state protection implying circumstances beyond will of person concerned such as state of war, civil war or other grave disturbance preventing country of nationality from extending protection; denial of entry to U.K. could also be aspect of “unable” test—Considering arguments advanced as to why applicant, given Prevention of Terrorism Act (PTA, permitting British authorities to expel person from England to N.I.) would not be allowed to enter, remain in U.K. i.e. person holding responsible positions with IRA, INLA, retracted cooperation, convictions related to nationalist cause—CRDD holding no persuasive evidence to support contention would be denied entry to U.K. or indicating British authorities interested in him—Assessed effectiveness of protection if returned to U.K., considering evidence regarding Patrick Ward, subject of *Ward*, (*supra*) who had been returned to U.K. with no immediate repercussions—CRDD found applicant unwilling to avail himself of protection of British government because believes would not offer him adequate protection—Refugee status not granted to claimant if serious reasons for considering committed crime against humanity (Art. 1F(a))—CRDD inferring from positions, history of involvement in both organizations, applicant knew about activities undertaken by people in his command and by INLA in general and therefore complicit in crimes against humanity committed by INLA during involvement in that organization—CRDD finding applicant involved in commission of serious non-political crime (Art. 1F(b)), as evidence not establishing nexus between crimes committed by INLA, potential accomplishment of group’s political objective to overthrow local government—CRDD holding as applicant complicit in crimes by INLA, characterized as contrary to purposes of United Nations, falling with Art. 1F(c)—Tape

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

recording of cross-examination by Minister’s representative of applicant blank—Hearing proceeding on basis of agreed statement of facts—Application allowed in part: findings of CRDD in respect of all exclusions set aside; finding applicant not having well-founded fear of persecution based on U.K.’s ability to protect him upheld—CRDD correctly interpreted legal principles related to concept of state protection established by *Ward*—Concept integral part of demonstration of “well-founded fear” of persecution because if state able to protect claimant, fear not well-founded—CRDD’s separate analysis of claimant being unable to avail himself of protection (encompassing applicant’s right to enter, stay in England) and U.K.’s ability to offer him effective protection from INLA and unwillingness to do so also in accord with *Ward*—Correctly assessed whether applicant first had to seek protection of U.K. when claiming under unwilling branch: claimant will not meet definition of “Convention refugee” where objectively unreasonable not to have sought state protection—*Ward* helpful on other points: question not whether applicant’s life in danger if returned to Ireland or Great Britain, but whether can be protected from that danger (finding of fact); PTA might serve to rebut presumption by demonstrating lack of protection, depending on particular circumstances which must be determined by Board—On each critical finding of (a) refusal of entry or being allowed to stay in England, (b) effectiveness of protection, (c) unwillingness of applicant to seek protection evidence reasonably supporting findings, inferences drawn—CRDD’s reference to *Ward*’s experience after deported to England not basis for setting aside decision as could take into account, as matter of public knowledge what happened to *Ward* after decision in his case—*Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 setting out common law natural justice test to be applied where transcript of proceeding before administrative tribunal not expressly statutorily obliged to record testimony unavailable—Whether defects or gaps in transcript must be shown to raise “serious possibility” of denial of ground of appeal or review before new hearing ordered—Must consider other means available i.e. notes taken during part of hearing for which transcript missing; that CRDD’s decision dealt with both whether U.K. unable to protect applicant and with exclusionary grounds under Art. 1F of Convention; each ground for review advanced by applicant because only ground for review advanced, denied may breach natural justice—Subject-matter covered in gap including number of operations applicant involved in, who decided on operations, whether applicant knew targets; applicant’s detailed knowledge on specific operations; knowledge of INLA funding, specific robberies committed for purpose; history of detentions, treatment during internment; scope of deal with authorities; death threat received and whether sought protection from U.K. authorities; arrival in Canada—Transcript gap not denying applicant any ground for review on U.K.’s ability to protect applicant—But CRDD’s findings on exclusions cannot stand

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

because of transcript gap—Court not satisfied record permitting it, in respect of such exclusions, to say with any degree of comfort applicant's ground of review meaningfully aired before it—Factual foundation for exclusionary finding CRDD made anchored on crimes committed by INLA, applicant's knowledge of crimes, participation therein or shared common purpose with organization committing them—Evidence relied upon by CRDD substantially derived from cross-examination of applicant for which no transcript available—Missing information crucial to CRDD's exclusionary findings, relied upon by CRDD in significant way—Counsel's notes not adequate means to fill gap.

GOODMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1977-98, Lemieux J., order dated 29/2/00, 43 pp.)

Application for judicial review of decision of Convention Refugee Determination Division (CRDD) dismissing Minister's application to reconsider, vacate determination respondent Convention refugee under Immigration Act, s. 69.2(2)—Rejection resulting from CRDD's decision to grant respondent's motion not to admit into evidence material filed in statutory declaration of John Gardner, Interventions Officer, Citizenship and Immigration Canada, and to dismiss Minister's application—Right of Minister to seek reversal of favourable refugee determination found in Act, s. 69.2(2)—First issue whether CRDD erred in fact in calculation of length of delay—CRDD never calculated length of delay at six and half years, merely said it may have been that long—Applicant's argument must be dismissed—Second issue whether CRDD erred in law in finding respondent could rely on delay to establish violation of Charter, s. 7—Where delay in question passage of time between alleged commission of offence, laying of charge, mere fact of delay will not justify finding justice denied—Refugee claimant not in same legal position as accused person—Issue of whether Board erred on this point turned on whether prejudice suffered by respondent of such nature as to establish violation of s. 7—To dismiss application by reason of delay alone would be to impose judicially created limitation period—CRDD erred in finding respondent's s. 7 Charter rights violated—Third issue whether CRDD erred in characterizing delay as abuse of process—Since record not indicating respondent deprived of right to fair hearing by Minister's delay in bringing vacation application, no abuse of process herein—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 13; S.C. 1992, c. 49, s. 61)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. CORTEZ (IMM-231-99, Pinard J., order dated 21/1/00, 12 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application for judicial review of rejection of applicant's claim based on a fear of persecution in Congo—Decision based on contradictions between Personal Information Form (PIF) and applicant's testimony, and between PIF and examination record in which immigration officer stated view claim unfounded, being "transparently false"—Applicant objects to fact evidence in examination record filed without proof form in question had been established by order—Application allowed—Division right in not rejecting examination record—Issue of form's legality irrelevant to issue of admissibility of document as evidence of facts contained therein—However, Section erred in law in basing its decision on immigration officer's opinion on merit of claim.

NOWA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-430-99, Pelletier J., order dated 1/2/00, 8 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee on ground claimant, citizen of Pakistan, lacked credibility with respect to key elements of her claim—Alleged spouse arrested, detained and beaten for political reasons, in Pakistan—Alleged spouse disappeared shortly thereafter in Pakistan—Alleged that, after spouse's disappearance, she was beaten, threatened with kidnapping—Application dismissed—CRDD did not make reviewable error in finding not open to counsel to argue consent to one-member panel should be disregarded and matter heard *de novo* or by newly constituted two-member panel—CRDD did not err in not allowing *de novo* hearing on grounds of incompetence of applicant's immigration consultant—Alleged incompetence of immigration consultant did not decisively affect outcome of hearing—CRDD made no reviewable error in finding applicant lacked credibility and in rejecting application for Convention refugee status—No reviewable error on part of CRDD in rejecting documentary evidence, sworn and unsworn, filed in support of claim, given CRDD's conclusion regarding credibility.

FATIMA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1601-99, Gibson J., order dated 10/3/00, 13 pp.)

### *Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision refusing applicant visa for permanent residence—Applicant applying under self-employed category as stock analyst—"Self-employed person" defined in Immigration Regulations, s. 2(1) as "an immigrant who intends and has the ability to establish or purchase a business in Canada that will create an employment opportunity for himself and will make a significant contribution to the economy or the cultural or artistic life of Canada"—Visa officer committed error of law

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

in reaching decision on assessment of applicant as self-employed immigrant—Visa officer's decision based to significant degree on finding stock analyst not type of self-employed activity that could make significant contribution to economic life of Canada—Visa officer's discretion not extending to refusing self-employed applicant visa merely on basis of type of work or business applicant intends to pursue—Not open to visa officer, when assessing person in self-employed category, to reject person because visa officer considers occupation individual intends to pursue in Canada of type not of significant benefit to Canada—Sufficiently significant error that can be seen as tainting whole assessment—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/83-837, s. 1).

ZHAO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3382-98, Reed J., order dated 17/2/00, 6 pp.)

Application for judicial review of refusal by visa officer of applicant's application for permanent residence as independent immigrant in intended occupation as mechanical engineer (NOC 2132)—Visa officer determining applicant did not qualify as mechanical engineer—Counsel for applicant arguing visa officer did not give sufficient weight to Informal Assessment of Qualifications for Engineers issued by Canadian Council of Professional Engineers (CCPE)—Parties not agreeing on weight to be attached to CCPE informal assessment—Latter determinative of applicant's qualifications as mechanical engineer under National Occupational Classification (NOC)—Forming part of information, together with applicant's curriculum vitae, description of employment tasks, letter of reference, which must be considered by visa officer in determining whether candidate meets NOC criteria for engineers—Visa officer did not file affidavit—Neither visa officer's comments nor handwritten notes of interview indicate consideration of CCPE positive assessment—Decision made without regard to material before her—Application granted.

YAO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4952-98, Lutfy A.C.J., order dated 16/3/00, 6 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS**

Motion to strike out judicial review application filed by applicants under rr. 4, 81, 221—Respondents also seeking order factual issue of whether respondents seized 60 lobster traps purportedly belonging to applicant be determined in advance of constitutional and treaty issues raised on judicial review application—Also seeking to convert within applica-

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

tion into action under Federal Court Act, s. 18.4(2)—Applicants alleging officers of respondent Minister of Fisheries and Oceans seized approximately 60 lobster traps belonging to applicant Ken Barlow—Applicants also seeking declaration respondents breached Mr. Barlow's treaty rights under 1760 Treaty of Peace and Friendship with Mi'kmaq people—Notice of motion for interlocutory injunction, writ of *mandamus* directing respondents to return all lobster traps seized from applicant dismissed by MacKay J.—Issue of whether application to strike originating notice of motion could be brought under r. 221 considered by F.C.A. in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588—While applicants may not establish facts at core of proceeding in notice of motion, application not bereft of any possibility of success—Not exceptional case warranting Court to strike originating notice of motion—Respondents claiming Union of New Brunswick Indians lacks standing to bring application by reason applicant has not alleged, established treaty right—Applicants failing to make evidence Union of New Brunswick Indians incorporated body representing first nation peoples, not having same rights as Ken Barlow—Incumbent upon plaintiff to name every person directly affected by order in notice of motion—Respondent submitting first issue raised in application should be dealt with in advance of broader constitutional and treaty issues—No rule permitting Court to bifurcate first issue from second before hearing of application—Judicial review intended to be speedy remedy—To separate issues can only delay proceedings—Test to be applied in assessing whether application should be converted into action whether judge can see affidavit evidence will be inadequate, not that trial evidence might be superior—Second issue raised in application highly complex, historical one which would be difficult to present in affidavit form—Entire matter should be heard at same time—Constitutional issue cannot be dealt with on affidavit evidence, especially as it relates to oral history—Affidavit evidence would be inadequate—Matter should be determined after oral hearing—Questions should be fully answered in best interests of all parties involved particularly where no prejudice to applicant Barlow—Application for judicial review converted into trial of action—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 4, 81, 221—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BARLOW V. CANADA (T-1876-99, Teitelbaum J., order dated 3/3/00, 28 pp.)

**DAMAGES**

Continuing wrong—Report to determine, recommend damages, costs arising out of action based on trespass to, resulting loss of use of land held pursuant to certificate of

**DAMAGES—Concluded**

title to Indian reserve land—In 1985 Kincolith Indian Band Council, installing radio antenna, satellite dishes, wooden frame building on plaintiff's land without his permission—Settlement attempts fruitless—Action commenced in September 1996—Plaintiff obtained default judgment in March 1999—Radio antenna, frame building still on land—Appraiser's rent for use of land as \$710 per year accepted—But statement of claim issued in September 1996 thereby cutting off present claim as of September 1996—As land still encumbered, plaintiff suffering continuing wrong; remedy currently incomplete—Possibility of actions to recover damages continuing until all appurtenances belonging to Band removed from land—*McGregor on Damages*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1997, stating where single act constituting continuing wrong, damages at common law only awarded in respect of loss accruing before commencement of action—Reference to *Battishill v. Reed*, [1856] 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544 wherein Court holding only loss, to commencement of action, might be awarded—Thus each time wronged plaintiff harmed enough to make it worthwhile to try to deter wrongdoer, must sue to recover for damage accumulated since last writ, statement of claim issued—*McGregor* characterizing this as inconvenient—Litigation luxury for all concerned, including taxpayer who must pay for use of scarce judicial resources—Long recognized in some jurisdictions—In England Rules of Court, as early as *Hole v. Chard Union*, [1894] 1 Ch. 293 (C.A.) providing for award of damages, for continuing cause of action, right up to time of assessment—Similar rule in Ontario, but no such provision in Federal Court Act or British Columbia Supreme Court Rules which could have been imported by way of analogy pursuant to gap rule—Should plaintiff wish to make further claim, based on trespass or loss of use since issuance of statement of claim in September 1996 will have to commence new action at which time Band might claim as set-off outstanding community fee against property—Based on recoverable damages period of 11 years, 2 months, damages recommended at \$10,300—As to bill of costs, counsel fees, disbursements accepted—Appraisal fee of \$3,745 properly reflecting work performed, taking into consideration only sensible transportation to Kincolith by chartered float plane—Costs of service of statement of claim on defendants whom process server could not find, identify substantial, again reflecting cost of charter plane—Pre- and post-judgment interest recommended.

WATTS V. KINCOLITH INDIAN BAND (T-2044-96, Hargrave P., Referee's Report dated 22/3/00, 10 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Motion for stay of proceedings, prohibiting CHRT from inquiring into discrimination complaint filed by respondent—Applicant asking inquiry be stayed until Court has ruled on CN's pending application for judicial review of

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

Canadian Human Rights Commission's (Commission) decision to request inquiry—Respondent had first alleged discrimination on basis of mental disability (depression and anxiety) after CN refused his application for disability pension, saying respondent could not receive both pension and \$75,000 severance package—Commission declined to request inquiry, finding, on evidence, allegation of discrimination unfounded—Respondent filed second complaint, alleging discrimination on basis of disability (mental illness) in form of harassment, failure to accommodate, and forced resignation—Commission decided to request tribunal inquiry into complaint—Motion for stay dismissed—Test for stay: serious issue; irreparable harm; balance of convenience—Serious issue—CN's reliance on CHRA, s. 41(1)(e) for arguing statutory time bar unfounded, given Commission's considerable discretion to extend time for filing complaints—Although some doubt as to applicability of *res judicata* herein, in view of dismissal of first complaint before adjudication stage and differences in content of complaint, serious issue to be considered—Overall delay of approximately 6 years raising serious issue—Irreparable harm—Issue of possible violation of right to be heard within reasonable time, given unavailability of evidence, can be examined by CHRT at inquiry—Potential evidentiary difficulties therefore not constituting irreparable harm—Demands of litigation, including inconvenience to parties and witnesses, stress and inability to recover costs not sufficient to meet irreparable harm branch of test where incurred in ordinary course of litigation—Argument based on CN's possible success on judicial review application unfounded as applicant assuming favourable decision on judicial review—In any event, even assuming successful issue for applicant, participation in inquiry inconvenience, not irreparable harm—Balance of convenience—Public interest militating against causing further delay in hearing of complaint—Applicant has not established would suffer irreparable harm if inquiry proceeds, or that such harm outweighing that which would be suffered by respondent if stay granted—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1)(e) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49).

CANADIAN NATIONAL RAILWAYS V. LEGER (T-1547-99, Hansen J., order dated 22/2/00, 14 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION**

Appeal from T.C.C. decision dismissing appeal from assessments pursuant to ITA, s. 160(1)(c) (tax liability re property transferred not at arms's length)—In October 1991, five days prior to wife's death, father of three appellants disclaimed inheritance under wife's will (leaving husband all assets, including family home in London, Ontario) and renounced right to act as executor, trustee or administrator

**INCOME TAX—Continued**

of wife's will or estate—However, did act as executor of wife's estate and continued to live in family home with appellants after death of wife and still lives there today—Father indebted to Revenue Canada since 1988, owing \$74,823.97—In September 1994, father executed formal disclaimer of interests as beneficiary of wife's estate and family home transferred by father, in capacity as executor of estate, to Earl Biderman as trustee for appellants—Transfer avoided vesting of real property in favour of father pursuant to Ontario Estates Administration Act—MNR assessed each of appellants pursuant to ITA, s. 160(1)(c) on basis father had interest in estate assets when he signed formal disclaimer and that he directly or indirectly transferred property to appellants with whom he was not dealing at arm's length—Appellants unsuccessfully challenged assessment before Tax Court—T.C.J. found even if disclaimer valid, nonetheless had right derived from will which corresponded to net value of family home and by disclaiming that right, transfer of property occurred within ITA, s. 160—Also found father had not truly disclaimed under will as benefited from assets for almost 3 years by having home for himself and children and as used assets to negotiate deal with Revenue Canada with respect to debt—Issues whether father validly disclaimed inheritance to family home; if so, whether appellants nonetheless jointly and severally liable pursuant to ITA, s. 160(1)(c), to pay taxes owed by father because property in form of right to inherit family home, which had allegedly been vested in their father, was transferred to them for value less than fair market value by person not dealing at arm's length with them—Appeal dismissed—First, informal disclaimer made in 1991 legally ineffective and of no avail to him as made before death of legator—Furthermore, subsequent conduct of father wholly inconsistent with disclaimer—Second attempt to disclaim inheritance came too late as evidence establishing acquiesced to will—Formal disclaimer in fact surrender or release—Therefore, estate had vested in him beneficially, and appellants received family home directly from father—Case of tax debtor transferring property to non-arm's length persons for less than fair market value—Appellants therefore jointly and severally liable with father for income taxes owed—*Obiter*: ITA, s. 248(8) not applicable herein as, in combination with ITA, s. 70, aimed at recognition of liability for capital gains tax and determines when and in whose hands liability arising—On other hand, ITA, s. 160 anti-avoidance provision with respect to transfers—Literal interpretation of ITA, s. 248(8)(b) would appear to render ITA, s. 160 inapplicable to devise under will where devise has been disclaimed, released or surrendered—No basis to respondent's argument through combined effect of ITA, s. 160 and broad definition of property in ITA, s. 248(1), even if father had made valid disclaimer, would have transferred to appellants not family home but right to inherit or interest in property derived from will, value of which corresponded to net value of family home—In case of valid disclaimer, no transfer of property, direct or indirect, and ITA, s. 160(1)(c)

**INCOME TAX—Continued**

cannot apply to person who so disclaims—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 70, 160(1)(c), 248(1) "property", (8)(b)—Estates Administration Act, R.S.O. 1990, c. E-22.

BIDERMAN V. CANADA (A-535-98, Létourneau J.A., judgment dated 4/2/00, 25 pp.)

*Deductions*

Appeal from T.C.C. decision rental losses incurred by taxpayer not deductible from income as no reasonable expectation of profit—In 1986, taxpayer acquired 2 condominium units in London, Ontario and 2 in Surrey, British Columbia—Not for personal use—For taxation years 1990, 1991, 1992, taxpayer claimed losses of close to \$60,000 primarily from interest on loan to acquire units—Minister disallowed losses on basis for years under review, no reasonable expectation of profit—T.C.C. confirmed assessment—Appeal dismissed—Case of *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 (establishing reasonable expectation of profit test) interpreted as standing for principle in order to have source of income, taxpayer must have profit or reasonable expectation of profit—Where property held with objective other than profit, losses cannot be deducted as property not source of income—T.C.J. did not err in applying reasonable expectation of profit test to determine whether units source of income—T.C.J. found taxpayer bought units intending to use expected rental losses to offset other income and realize capital gain on sale of units from expected appreciation of property; plan held out no expectation of profit from rental income—No overriding or palpable error in T.C.J.'s findings of fact—As no source of income herein, no possibility of deducting interest pursuant to Act, s. 20(1)(c)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 20(1)(c).

STEWART V. CANADA (A-337-98, Rothstein J.A., judgment dated 18/2/00, 5 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeal from T.C.C. decision affirming assessment by MNR against taxpayer for 1987—By assessment MNR allocated to taxpayer in entirety, and treated as business income, profits which he and persons related to him had made from series of transactions involving purchase and sale of building, which they had reported separately as capital gains—T.C.C. found series of complex transactions in 43 stages completed in a few days, involving participation of artificial persons, trusts and individuals forming partnerships, resulting in transfer of ownership of building, concealed profit made by taxpayer by disposing of rights obtained by operation of commercial nature—Appeal dismissed—No basis for disputing essential conclusions of fact on which decision based—One fact crucial: minimizing tax conse-

**INCOME TAX—Concluded**

quences of overall transaction was purpose for conceiving and carrying out series of manoeuvres in 43 stages—T.C.C. decision based on necessary conclusion, namely series of manoeuvres engaged in not only artificial in several respects but did not reflect actual transactions completed and did not correspond to actual relationships formed between parties: in short, constituted deception, subterfuge, sham.

LEDoux v. CANADA (A-813-97, Marceau J.A., judgment dated 21/1/00, 6 pp.)

**PRACTICE**

Motion to expedite hearing of appeal in files A-823-99 and A-106-00 from Trial Division decision dismissing application for judicial review of decision by Hearing Officer acting under Income Tax Act, s. 231.4 on various aspects of procedure to be followed by him in conducting inquiry into financial affairs of appellant—*Inter alia*, Hearing Officer's decision raised issue of whether interest of fairness required respondents to disclose documents and information they intend to use in examining witnesses at inquiry some time prior to witnesses beginning to testify—One of prime issues raised in appeal touching on alleged breach of natural justice and procedural fairness based on some prior involvement of Motions Judge on behalf of appellant and of his former law firm in litigation arising out of inquiry process—Appeal in this matter and appeal in Court file A-106-00 ought to be heard and disposed of before appellant in Court file number A-106-00 and other major witness required to testify—Schedule set for filing of Appeal Books, adding fresh evidence thereto, cross-examination on affidavit evidence, filing of Memorandum of Fact and Law, hearing of appeal—Questions as to relevance and admissibility of fresh evidence (including any part of transcript of inquiry) added to Appeal Book reserved to panel hearing appeal—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.4 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121).

DEL ZOTTO v. M.N.R. (A-106-00, A-823-99, Stone J.A., order dated 2/5/00, 7 pp.)

**MARITIME LAW****LIENS AND MORTGAGES**

Applications for orders of payment of claims presented against proceeds paid into Court following sale of M/V *Brussel* in July 1996, and interest attributed to proceeds (fund)—*Brussel* arrested off port of Halifax in March 1996 in action commenced by plaintiff for unpaid fees and charges related to stevedoring services provided to ship in U.S.—Belgian owner and operator of ship declared bankrupt in Belgium—Defendants, appointed trustees in bankruptcy in Belgium, obtained order in Quebec Superior Court declaring Belgian bankruptcy executory in Canada and

**MARITIME LAW—Continued**

sought to take possession of ship as asset of owner for liquidation and distribution among creditors—Plaintiff obtained judgment in default in Federal Court of Canada in action *in rem* against vessel, declaration it should recover amount claimed from proceeds of sale and declaration it had maritime lien to secure amount owing, with interest on outstanding balance at 7%—Claim's priority left to be resolved at later date—By order, claimants required to file and substantiate claims against *Brussel* by September 1997—Ship sold for \$5,682,978—Mortgagee's claim in amount of \$68,100,000 under registered mortgages—Court dismissed trustees' application for order proceeds of sale be paid out to trustees, rather than to creditors who had filed claims against ship and order issued providing secured creditors advancing claims against vessel would rank in accord with maritime law as applied by Court—That decision upheld by Federal Court of Appeal, leave to appeal to S.C.C. allowed 9/12/99—In circumstances now prevailing, Court will set out in reasons for judgment basis on which it will order how claims will be resolved—At this stage, Court will order payment out only in relation to claims that would be recognized in any event of outcome of proceedings before S.C.C.—Court will not order payment of most claims pending decision by S.C.C., or further order of Court by any judge thereof—Since time of arrest and sale, orders have issued for payment of proceeds to meet certain costs associated with preservation, advertisement and sale of vessel, and costs of disposal of unclaimed cargo—(A) General issues or considerations—(1) Statutory liens and priority claims recognized under Canadian maritime law—Any claimant with Canadian statutory lien entitled to priority against fund as provided for under relevant legislation—(2) Maritime liens arising in U.S.—Most claimants submit their claims against *Brussel* raise American maritime liens by operation of Commercial Instruments and Maritime Liens Act—Maritime liens arising under U.S. law recognized and can be enforced by this Court on same basis accorded to them under American law: *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248—(3) Sister ships and claims against sister ships—Although Federal Court Act, s. 43(8) providing for sister ship claims, according to evidence of foreign law, American maritime liens do not attach to sister ships—Sister ship provision of Federal Court Act cannot be construed to allow for interpretation giving maritime lien holders with claim against one ship same priority as maritime lien in relation to sister ship arrested in Canada, regardless of whether claims originated in Canada or abroad—In absence of legislation, special priority accorded to maritime liens not portable to sister ships—Holders of maritime liens against sister ships of *Brussel* may enforce claims against *Brussel* under Federal Court Act, s. 43(8), but they do not have same status as holders of traditional maritime liens against vessel—They have statutory right *in rem* with priority similar to that of any creditor who has ordinary *in rem* claim against sister ship of *Brussel*—(4) Interest rates applicable—According to



## MARITIME LAW—Continued

contracts, provincial law concerning pre-judgment interest, federal Interest Act—For equitable treatment of parties with regard to pre- and post-judgment interest, Court will order payment to all claimants will include interest on following bases: where rate set by contract, rate shall apply from date of breach to July 24, 1996, when vessel sold; where no rate set by contract, rate applicable from date of breach to July 24, 1996 shall be 7 %; for all claims, after July 24, 1996, to date of payment, interest shall be paid at rate of interest attributed to fund while held in Court—(5) Exchange rates—Law clear for claims expressed in foreign currency, exchange rate applicable that prevailing at date of breach established—In case of contract claims, date that when invoices underlying claims due—Where date not available, for convenience and equity among claimants, claims expressed in foreign currency should be converted to Canadian dollars at exchange rate prevailing at date of sale of vessel, July 24, 1996, being C\$1.37—(B) Claims ranking wholly or in part in priority to ship's mortgages—Canadian statutory claims—(a) Halifax Port Corporation—Claims for sum of \$2448.47 for fees and charges for services levied against *Brussel* at Halifax, based on statutory lien under Canada Ports Corporation Act, with interest at 18% *per annum* to July 24, 1996, and thereafter with interest at rate attributed to fund while held in Court, up to date of payment—Claims have first priority—Halifax Port Corp. also claiming amounts owing for services provided to ships said to be sister ships of *Brussel*—Court can allow claim only if consistent with law here applied to all other claims—Corporation has claim against fund, but ranking behind that of mortgagee—(b) Atlantic Pilotage Authority—Claiming preferred maritime lien in amount of \$2197.38 against vessel for pilotage services—Case law recognizing maritime lien ranking ahead of ship's mortgage—Claim against fund for services provided to sister ship ranking behind ship's mortgages—American maritime liens—(a) Holt Cargo Systems Inc.—Plaintiff has already obtained judgment in default entitling it to \$527,128.06, with provision for interest at 7% per annum, declaring interest of Holt in *Brussel* maritime lien—Payment suspended pending determination of priorities of claimants, and outcome of appeal from Court's order for sale of ship—Solicitors' costs associated with appraisal, advertisement and sale of vessel should be paid when billed, from fund, with priority ahead of payment to mortgagee—(b) Necessaries provided to *Brussel* in U.S. giving rise to maritime lien having priority to mortgages—Claims in relation to goods and services supplied to sister ships giving rise to statutory *in rem* claims against *Brussel*, but without priority ahead of mortgages—Claims against vessels other than sister ships cannot be advanced against *Brussel*—Then comes mortgagee (\$68,100,000)—Then other claims, ranking after mortgage (for which no money will be left)—Halterm Ltd.—Claim for services provided to *Brussel* in course of operating container terminal, vessel berth and container storage facility—Under terms of contract between Halterm and Halifax Port Corp.,

## MARITIME LAW—Continued

Halterm pays Port Corp. fees for wharfage and dockage ordinarily owed directly by vessels to Port Corp.—Fees paid by Halterm to Port Corp. billed by Halterm to vessels and vessels pay amounts billed to Halterm—Halterm cannot enjoy same priority as Port Corp. as no evidence of guarantee or explicit assignment of Port Corp.'s right to enforce its claims for fees by lien against vessels—Supply of bunkers to *Brussel* by Bridge Oil Ltd. in Belgium resulting in "preferential rights" under Belgian law, but not maritime liens—Not ranking ahead of ship's mortgages, since not established claim raised maritime lien against ship—Claims of container lessors under agreements with ABC Containerline providing contractual lien against ABC's vessels having no special priority as against claims of third party, including mortgagee—Some claims perfected but not pursued at hearing—Some claimants failed to provide evidence of foreign law—Some claims against other than sister ships—Some claims remained without proof and were deemed abandoned—Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 31342—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 43(8).

HOLT CARGO SYSTEMS INC. v. *BRUSSEL* (THE)  
(T-738-96, MacKay J., order dated 11/2/00, 50 pp.)

## PRACTICE

Motion for summary judgment to recover amounts owing by defendant for freight and ancillary charges plus interest—Cross-motion by defendant for order granting leave to amend statement of defence and counterclaim; order for stay pending outcome of action commenced by defendant in Ontario Superior Court; order main action and counterclaim be tried together in Federal Court or in Ontario Superior Court—Plaintiff Pantainer Swiss carrier of goods by water—Plaintiff Panalpina Canadian forwarder acting as agent of Pantainer in making arrangements for physical transport of cargos by ocean carriers for which cargos Pantainer issues transport documents—Defendant Canadian importer of foodstuff—Since 1997, defendant and plaintiffs entered into contracts whereby plaintiffs would ship to and store in Canada food products ordered by defendant from Italy and elsewhere—Defendant alleging that on number of occasions since 1997, plaintiffs breached fundamental terms of contract, causing defendant to suffer damages, thereby preventing plaintiffs from now claiming relief sought in statement of claim—Business relationship between plaintiffs and defendant terminated in 1998—Not disputed that defendant agreed claims would not be applied against freight and ancillary charges owing—By counterclaim, defendant claiming damages for negligence, breach of contract and negligent misrepresentation in amount of \$150,000; punitive, aggravated and exemplary damages in amount of \$100,000; interests; costs—Issues whether defendant entitled to right of set-off, and if not, should judgment be stayed until

**MARITIME LAW—Concluded**

determination of counterclaim; whether claims relating to warehousing of goods within jurisdiction of Court—Motion for summary judgment allowed; defendant's cross-motion, motion for stay denied—As to Court's jurisdiction, claims for warehousing and storage herein arose out of contracts for carriage of goods by sea and as such within jurisdiction of Court—General rule to effect freight must be paid without deduction unless parties have agreed otherwise—Nothing in terms and conditions set out by parties to suggest rule not applicable herein; therefore, defendant owing amount of \$144,037.98 to plaintiffs—No reason why defendant should not pay what is owing for freight costs—Court grants summary judgment asked by plaintiffs and orders defendant to pay plaintiffs sum of \$144,037.98, with interest from February 1, 1999 to date of payment together with pre- and post-judgment interest in accordance with provisions of Federal Court Act, with costs—Cross-motion by defendant denied as defendant's counterclaim cannot be decided without full hearing before Court—Motion for stay of decision on plaintiffs' summary judgment motion denied—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7.

PANTAINER LTD. v. 996660 ONTARIO LTD. (T-231-99, Teitelbaum J., order dated 17/3/00, 31 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for judicial review of disciplinary tribunal decision finding plaintiff guilty of disciplinary offence—Application based on fact request pursuant to Official Languages Act, s. 16 that proceeding be in French before presiding officer who understood French denied—Act, s. 3 stating federal tribunal "body that carries out adjudicative functions and is established by or pursuant to an Act of Parliament"—Only question whether disciplinary tribunal "carries out adjudicative functions"—Application dismissed—Supreme Court of Canada and Federal Court of Appeal have already held this type of tribunal is administrative tribunal and so not body that carries out adjudicative functions: *Martineau et al. v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118 and *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, and *Hanna v. Mission Institution*, (1995), 102 F.T.R. 275 (T.D.) (F.C.A.)—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 3, 16.

BELAIR v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-1413-98, Pelletier J., order dated 15-2-00, 4 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of decision of Veterans Review and Appeal Board dated May 8, 1998 affirming

**PENSIONS—Concluded**

decision of Assessment panel—Pension Commission implementing recommendations of Director of Pensions Medical Advisory Directorate without prior notice to applicant—Court exercising discretion to extend time for bringing of application for judicial review up to July 24, 1998, date of notice of application—Board's failure to increase assessments in light of further medical evidence basis of application for judicial review—Veterans Affairs Canada Table of Disabilities with respect to assessment of lumbar spine providing descriptions of various degrees of disability—Under Pension Act s. 35(2), Table of Disabilities provided for guidance of physicians, surgeons to promote uniform standard for assessment—Physicians, surgeons not mere cataloguers of indicia of disability for Board—Board's narrow definition of role of physicians, surgeons in assessment process unacceptable—Board cannot reject physician's assessment of disability without providing meaningful reasons as to why it is doing so—Not apparent how Board came to conclusion as to degree of disability—Failure to give reasons for decisions error of law justifying Court's intervention—Reasons herein consisting of statement of conclusions reached but did not show how conclusion reached—No principle which would require Board to disregard evidence accumulated in claimant's file over period of time—Court could not simply direct Board to give effect to Dr. Li's evidence—Usual remedy to refer matter back for rehearing by differently constituted Assessment Appeal Panel—Under Pension Act, s. 85, Minister entitled to reconsider decision if asked to do so by Board—Minister having independent right to review decisions, to correct errors found in decisions—Exercise of Minister's discretion to review issue of applicant's entitlement in interests of justice—Order setting aside Appeal Board decision dated May 8, 1998, remitting matter to it—Board ordered to refer matter to Minister for reconsideration under Act, s. 85—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 35(2), 85.

KING v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1530-98, Pelletier J., order dated 11/2/00, 18 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

(1) Motion by interveners to strike out affidavit filed by plaintiffs in support of main motion seeking to strike out interveners' intervention; (2) motion for leave to examine interveners' representatives in connection with main motion—Motions dismissed—(1) Although improper as replete with conclusory, argumentative allegations, almost all of which on matters of law as to which deponent not apparently qualified, affidavit should not be struck—In sane, modern procedure, irregularities in proceedings should not be made subject of motions and should not require Court to give

**PRACTICE—Continued**

orders striking out or correcting such irregularities unless party attacking irregularity can show that it suffers some sort of prejudice as result thereof—That Court might be induced to believe that these highly tendentious allegations in affidavit uncontested matters of fact only prejudice suggested by counsel for interveners—Hopefully Court not that gullible—Absent any showing of prejudice, and notwithstanding that almost all of affidavit irregular, no grounds justifying striking out affidavit—(2) If original order granting intervenor status void because of intervening judgment of Court of Appeal setting aside decision at first trial, interveners must show as matter of legal argument on main motion, order, although spent, should be renewed—If, because of what happened since first trial, situation sufficiently changed that order should be revisited, burden of showing order should be changed on plaintiffs—No right to go on fishing expedition, hoping by forcing interveners to testify will hit upon something.

SAWRIDGE BAND V. CANADA (T-66-86A, Hugessen J., order dated 3/2/00, 7 pp.)

**CONFIDENTIALITY ORDERS**

Motion for issuance of confidentiality order in action for trade-mark infringement, passing off—Counsel for defendant objecting to inclusion of paragraphs 9(d) (restricting number of experts to whom confidential information may be disclosed), 11 (restricting use of confidential information for purpose of action only) in proposed confidentiality order—No basis in law for restricting, at pleading stage of action, number of experts to whom confidential information may be disclosed under terms of confidentiality order—Term “direct competitor” undefined, could require party to disclose in advance identity of expert, face risk of breaching confidentiality order—Portions of paragraph 9(d) deleted from confidentiality order—Nature of implied undertaking must be considered in order to determine whether paragraph 11 should be included in confidentiality order—Application of implied undertaking not dependent on existence of confidentiality order—Confidentiality orders having purpose distinct from implied undertaking—Proceedings often settled on basis of information disclosed between parties under terms of confidentiality order without even holding discoveries—In such cases, implied undertaking may not arise—Provision such as paragraph 11 of proposed confidentiality order necessary to govern subsequent use of confidential information—Inclusion of provision such as paragraph 11 in confidentiality order not objectionable, may be necessary depending on manner in which litigation unfolds—Such provision may also be necessary where, as in proposed confidentiality order, term “confidential information” defined very broadly, may include information beyond that disclosed

**PRACTICE—Continued**

in discovery process—Paragraph 11 not to be deleted from proposed confidentiality order—Motion allowed in part.

MARK ANTHONY PROPERTIES LTD. V. VICTOR INTERNATIONAL INC. (T-1521-99, McGillis J., order dated 10/2/00, 5 pp.)

**CONTEMPT OF COURT**

Evidence establishing except for brief time on afternoon of December 15, 1994 and early following day, after December 14 until late in day on December 16 Apotex continuing to sell Apo-Enalapril, product Court found infringed plaintiffs’ patent interests, as reasons for judgment filed December 14, 1994 clearly stated—Sales of Apo-Enalapril exceeding \$9 million on December 15, and more than \$360,000 on December 16—Between December 16 and December 23, no purchase orders for Apo-Enalapril but Apotex continuing to deliver Apo-Enalapril to customers whose purchases made before sales stopped on December 16—From December 23 until January 9, 1995 Apotex’ sales not enjoined while interim stay in place—Apotex not selling product to customers after stay withdrawn on January 9—Following filing of reasons for judgment, Dr. Sherman (President of Apotex), Executive Vice-President Jack Kay, counsel for Apotex reading reasons—Dr. Sherman concluding reasons indicating injunction would issue when formal judgment filed, and in interim Apotex free to carry on business as usual—Apotex not offering incentives for sales, but none required as product only generic brand of largest selling prescription drug in Canadian market, had ready sales with preference under provincial drug plans listing it as accepted for medical prescription public funding in all but one province—Federal Court Rules, R. 355 providing two kinds of conduct constituting contempt: (1) disobeying any process, order of Court; (2) acting in such way as to interfere with orderly administration of justice, or to impair authority, dignity of Court—First paragraph of preamble to show cause order describing alleged contempt as breach of permanent injunction pronounced on December 14 in reasons for judgment—As no injunction until December 22, no breach of injunction or of order for delivery up of infringing product until formal order filed—Second paragraph of preamble alleging conduct interfering with orderly administration of justice, or impairing authority, dignity of Court—In *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388, Dickson J. holding may be contempt in respect of that sort of conduct by action taken between release of reasons, filing of formal judgment, if with knowledge of reasons, one acts in manner clearly prohibited in reasons—Must show beyond reasonable doubt Dr. Sherman, Apotex between December 14 and 22, with knowledge of reasons acted contrary to conclusions, directions set out in Court’s reasons of December 14, and that by actions after January 9, 1995 when interim stay of injunction withdrawn and permanent

**PRACTICE—Continued**

injunction set down, terms those of order for delivery up, rendered nugatory by aid proffered to third parties to trade among themselves infringing product—Reference in reasons to counsel's request for opportunity to consult about terms of formal judgment not indicating intention to await final order to determine effective date for conclusions, findings set out by reasons—Consultation could not do more than implement by formal judgment findings, conclusions already made, effective, without any prospect of significant change, when reasons dated, filed—Reasons clearly specified Merck, plaintiffs entitled, at date of reasons, to declaration certain claims of patent infringed by defendant Apotex, and to permanent injunction restraining defendant from infringing valid claims of patent and to order in appropriate terms for delivery up, or destruction under oath or under supervision of Court of all Apo-Enalapril products not including bulk enalapril maleate held in inventory—Specified Merck entitled to permanent injunction prohibiting infringement of valid patent claims—That infringement found to be in manufacture, sale of Apo-Enalapril tablets infringing on Merck's patent—Clear on December 14 formal judgment would include permanent injunction—Contempt if offence consisting of intentional doing of act in fact prohibited by order—Absence of contumacious intent mitigating factor, but not exculpatory circumstance—Once reasons for decision released, any action which would defeat purpose of anticipated injunction undermining that which has already been given judicial approval—Any such action subverting processes of Court and may amount to contempt—Reasons clearly described permanent injunction to be issued—Beyond reasonable doubt both Apotex by officers and Dr. Sherman in personal capacity committed contempt by selling, authorizing selling, of Apo-Enalapril after Dr. Sherman read reasons for judgment dated December 14, 1994 indicating as of that day Merck entitled to permanent injunction prohibiting Apotex from infringing upon valid claims of Merck's patent—As "directing mind" of Apotex, Dr. Sherman's decision about effect of reasons, leading to sales of Apo-Enalapril on following two days, thereby committing contempt—Second allegation of contempt relating to actions between January 9, when interim stay of injunction withdrawn, and April 27, 1995 when show cause order issued—Dr. Sherman directing Mr. Kay that after January 9, Apotex not accepting returns of Apo-Enalapril from customers—Departure from normal policy to accept returns because once goods returned could not be resold—Dr. Sherman gave no instruction about implementing policy of "no returns"—Apotex, by actions of Vice-President Sales, Mr. Barbeau, and direction of staff, played active role in promoting sales, purchases by third parties of infringing product until April 20, 1995 when Court upholding Apotex' claim product produced from bulk enalapril maleate acquired prior to grant of Merck's patent protected from claim of infringement by Patent Act, s. 56—Apotex' activities between January 9 and date of show cause order facilitating sales of product among third parties not merely

**PRACTICE—Continued**

by exchange of information, but by its financial involvement in providing distribution allowances, prompt payment allowances, treating some transactions as if sales made directly by Apotex to third party purchasers, interference with orderly administration of justice, impairing authority, dignity of Court—Apotex' action in relation to these transactions, involvement in financial arrangements facilitating transactions subverting Court's process constituted contempt of Court in period after January 9—Dr. Sherman not guilty of contempt by directing "no returns" policy—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 355—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 199).

MERCK & CO. INC. v. APOTEX INC. (T-2408-91, MacKay J., judgment dated 7/3/00, 30 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Undue delay*

Motion for dismissal of action for want of prosecution under r. 167—Defendants alleging inordinate delay on part of plaintiff in prosecuting action—Proceeding, instituted in 1996, subject to status review under r. 380—Late Harriet Bell died intestate in April 1988—Survived by six of seven children, including plaintiff, Edward Bell—Two principal assets of estate consisting of parcel of land located on reserve (Lot 226), campground business located on property—Plaintiff filing statement of claim in July 1996, claiming to be sole heir of estate entitled to use, possession of Lot 226, neither business nor assets of business part of estate—No indication of further procedural steps taken by plaintiff to move proceeding forward after July 26, 1996—On March 4, 1999, notice of status review issued by Court requiring plaintiff to show cause by April 6, 1999 why action should not be dismissed for delay—On June 21, 1999, Associate Senior Prothonotary allowed proceeding to continue—In considering motion for delay, following test must be applied: whether inordinate delay, whether delay inexcusable, whether defendant likely to be seriously prejudiced by delay—Same test should not be applied to proceedings which have survived status review—In determining whether to allow matter to continue on status review, Court not only takes into account explanation of defaulting party for delay, but also proposal for moving proceeding along—Party's written representations therefore given significant weight by Court in disposing of status review—If in response to status review party states unequivocally that specific step will be taken within certain time and Court subsequently orders proposed step be taken, party should comply, except for circumstances beyond control of counsel, party—Otherwise, Court's ability to supervise, manage proceeding will be thwarted—Plaintiff has on numerous occasions disregarded deadlines imposed by Court—Pattern of non-compliance resulting in substantial delay in moving

**PRACTICE—Continued**

proceeding forward—Lackadaisical attitude of plaintiff should be strongly censured by Court—Plaintiff should not be permitted to continue with action—Defendants' motion to dismiss for delay granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 167, 380.

BELL V. BELL ESTATE (T-1628-96, Lafrenière P., order dated 7/4/00, 13 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Motions brought under r. 399 for reconsideration of F.C.T.D. judgment on judicial review application heard, decided on December 3, 1999—Applicants respectively subject of, principal witness before inquiry conducted under Income Tax Act, s. 231.4—Judge hearing application for judicial review ex-partner in firm of Osler's—Judge's prior involvement with Osler's, applicants in litigation said to have come to latter's knowledge shortly after judgment of December 3, 1999—Facts allegedly giving rise on their part to reasonable apprehension of bias rendering decision sought to be reviewed void—Both applicants appealed judgment of December 3, 1999—Appeals pending—Motions dismissed on procedural grounds only—Decision based on F.C.A. decision in *Etienne v. Canada* (1993), 164 N.R. 318—Inappropriate for proceedings under predecessor to r. 399 to go forward simultaneously with hearing of appeal when Court of Appeal capable of admitting newly discovered facts into evidence, of judging upon them under own independent powers—Permitting that to happen likely to draw administration of justice into disrepute—Court of Appeal will not be fettered in exercise of own jurisdiction to admit new evidence, to decide whether or not that should affect outcome of appeal—R. 399 exceptional rule—Judgments reconsidered, set aside only in special circumstances envisaged by r. 399—Proper route to follow if new facts uncovered, appeal pending, to make application to Court of Appeal for leave to introduce that evidence—Matter to be decided in due course by Court of Appeal—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.4.

DEL ZOTTO V. M.N.R. (T-1724-99, T-1755-99, Hugessen J., order dated 23/3/00, 7 pp.)

**LIMITATION OF ACTIONS**

Motion for summary judgment seeking dismissal of plaintiff's claim on ground statute barred under National Defence Act, s. 269(1)—Plaintiff member of Canadian Armed Forces—Arrested on 6 separate occasions by military police, charged with various criminal offences—Held in custody for total of approximately 10 days—Statement of

**PRACTICE—Continued**

claim issued by plaintiff on August 21, 1996 alleging negligence, wrongful arrest, detention—Whether plaintiff's claim barred under National Defence Act, s. 269(1)—All of allegedly wrongful acts of arrest, detention at end by November 28, 1995—Action not commenced within time required by Act—Evidence not clear whether matters leading to suspension, recommendation for release related to, flowing from allegedly wrongful arrest, detention—Plaintiff not meeting requirement when faced with motion for summary judgment to set out in evidence facts establishing genuine issue for trial as to whether statement of claim issued within limitation period—Upon evidence before Court, no genuine issue for trial as to when cause of action accrued—Action not commenced within time frame required by Act, s. 269(1)—Whether, if prescription provision of Act bars claim in tort, plaintiff's claim for relief under Charter survives—No proper evidentiary basis before Court to allow proper adjudication of question—Further evidence required—Defendant entitled to judgment dismissing all of claims advanced by plaintiff except claim under Charter, ss. 9, 24(1)—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 269(1)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 9, 24(1).

BARON V. CANADA (T-1905-96, Dawson J., order dated 29/2/00, 13 pp.)

**PARTIES***Intervention*

Appeal from interlocutory decision of Trial Division granting Public Service Alliance of Canada (PSAC) leave to intervene in judicial review applications pertaining to Canadian Human Rights Tribunal's rejection of complaint by Canadian Union of Public Employees (CUPE) appellants paid discriminatory wages to flight attendants, pilots, technical operations personnel—Tribunal holding such employees working in separate "establishments" for purposes of Canadian Human Rights Act, s. 11 since subject to different wage, personnel policies—PSAC not seeking to intervene in proceedings before Tribunal—Sole issue with respect to which leave to intervene sought whether pilots, flight attendants, technical operations personnel in same "establishment" for purposes of s. 11—No reasons given for order allowing intervention—PSAC not representing anyone employed by either of appellant airlines; Tribunal's decision not referring to litigation in which PSAC engaged; grounds on which PSAC granted leave to intervene precisely those which both Commission, CUPE intending to address; nothing in materials filed by PSAC indicating will place before Court any case law, authorities or viewpoint which Commission or CUPE unable, unwilling to present—PSAC's

**PRACTICE—Continued**

interest merely “jurisprudential” i.e. concerned Tribunal’s decision, if allowed to stand, may have repercussions on litigation involving pay equity issues in future—Well-established this kind of interest alone cannot justify application to intervene—Incumbent upon PSAC to demonstrate how expertise would be of assistance in determination of issues placed before Court by parties—Did not do so—Without benefit of Motions Judge’s reasoning, Court of Appeal unable to see basis on which could have granted intervention without falling into error—Appeal allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 11.

CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD. V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (A-346-99, Noël J.A., judgment dated 15/2/00, 6 pp.)

*Joinder*

Motion to join minor child as applicant in application for judicial review of Six Nations Council decision directing applicant’s wife to remove herself from Six Nations of Grand River Territory—Affidavit in support of motion providing details as to perceived effect of eviction notice on physical, mental and social well-being of minor child—Motion allowed—Motion governed by Federal Court Rules, 1998, r. 104(1)(b) providing Court may order party be added to ensure all matters in dispute in proceeding may be effectively and completely determined—Rr. 115, 121 specifically recognizing status of infant child as person under disability—Child may have interest not fully protected by father as remaining applicant in application for judicial review—Child clearly having interest in decision—Child also suffering from serious health problem: fetal alcohol syndrome—No prejudice to respondent resulting in addition of child as applicant and child should be joined as party in order that all matters and disputes be effectually and completely determined, as mandated by r. 104(1)(b)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 104(1)(b), 115, 121.

MILLER V. SIX NATIONS OF THE GRAND RIVER BAND OF INDIANS (T-1301-98, Heneghan J., order dated 12/4/00, 6 pp.)

**PLEADINGS**

Appeal by applicant, cross-appeal by respondents from prothonotary’s order dated December 10, 1999 in Court file number T-1400-99 referred to as “original proceeding”—Order striking out portions of notice of application, significantly reducing scope of judicial review—Motion by applicant seeking leave to amend application filed in original proceeding, extension of time to bring application—Motion by respondents striking out significant portions of notice of application in Court file number T-1993-99 referred to as “second proceeding”—Applicant wishing to

**PRACTICE—Continued**

complete Alexander/Red Hill Creek Expressway—Minister of Environment referring project to Review Panel constituted under Canadian Environmental Assessment Act for purpose of conducting public environmental hearing assessment—Applicant commenced two applications for judicial review challenging number of decisions of federal authorities related to review Expressway Project—Informed by Department of Fisheries and Oceans (DFO) Project could have harmful impact on fish, fish habitat in violation of Fisheries Act, s. 35(1)—Application for authorization to go ahead with project would trigger CEAA, which in turn would cause DFO, as responsible authority, to conduct environmental screening of Project—Effect of prothonotary’s order to limit scope of original proceeding to review of decision of Minister of Environment appointing members of Review Panel, fixing Panel’s terms of reference—Appropriate standard of review to be applied when reviewing prothonotary’s order set out in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—Court exercising own discretion *de novo*—In exercising discretion, Court concluding applicant’s position not bereft of possibility of success—Not exceptional case so as to warrant striking portions of notice of application—Appeal from order striking out portions of original application allowed, cross-appeal dismissed—Discretion referred to herein one to be exercised by judge on hearing of application on merits—Leave to amend notice of application in original proceeding, necessary extension of time granted—Prior to issuance of Review Panel’s terms of reference, no demonstration of intent to seek judicial review with respect to requirement of Fisheries Act approval, application of CEAA—Motion to strike portions of notice of application filed in second proceeding dismissed—Not such exceptional case as to justify striking allegations from notice of application—Neither plain nor obvious allegations will fail, or bereft of possibility of success—Entire issue of costs should be left, reserved to discretion of judge hearing applications on merits—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 35(1).

HAMILTON-WENTWORTH (REGIONAL MUNICIPALITY) V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-1400-99, T-1993-99, Dawson J., order dated 6/4/00, 30 pp.)

*Amendments*

Motion for leave to amend notices of application so as to seek declaratory relief in lieu of *mandamus*, to add to grounds of applications for judicial review allegations Minister took into account irrelevant considerations, made decision in bad faith—Applicants previously brought motion to broaden grounds of applications to include allegations of administrative bias—Motion dismissed by Nadon J.—Amendments now sought different in substance to that previously considered by Court—Notice of application may be amended at any time—In absence of prejudice to opposing party, amendments should be allowed if useful in

**PRACTICE—Continued**

determining real issues between parties—Applicants must adduce evidence to convince Court it would be fair in circumstances to allow them to add further ground to applications for judicial review—Evidence now adduced to convince Court fair to allow applicants to amend applications—Leave given to applicants to amend applications as they sought.

ATLANTIC PRUDENCE FUND CORP. v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2294-96, IMM-2296-96, IMM-2297-96, Dawson J., order dated 31/3/00, 6 pp.)

*Motion to Strike*

Appeal from Prothonotary's decision refusing to strike out certain parts of plaintiffs' statement of claim—Statement of claim seeking declaration plaintiffs have been members of Ermineskin Indian Band No. 942 since November 1937, or since respective birth dates, and that plaintiffs therefore entitled to all benefits received by band members since and in future—Claim alleging joint and several liability on part of Crown and Ermineskin defendants—Appeal dismissed—Prothonotary did not err in considering whether "plain and obvious" Court without jurisdiction to hear claim by individual against Band council—In *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, and *Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 132 F.T.R. 145 (F.C.T.D.), where Court held to have jurisdiction arising from Federal Court Act, s. 17(4), facts similar to those herein—Not plain and obvious Court without jurisdiction—Not clearly futile for plaintiffs to allege Ermineskin defendants may owe fiduciary obligation to plaintiffs' parents and three of plaintiffs and descendants arising from resolution to add them as band members—Categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed: *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(4) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3).

HODGSON v. ERMINESKIN INDIAN BAND NO. 942 (T-2553-91, Reed J., order dated 13/3/00, 10 pp.)

Motion to strike out statement of claim on basis of argument pleaded two years ago as defence—Present continuation of pre-trial conference procedure arising out of pre-trial conference requisition of March 25, 1999—Defendants having instructed new counsel to bring heavy-duty motion, only four weeks from trial date, to strike out statement of claim on jurisdictional, *res judicata*, issue estoppel argument—Clients issuing such last-minute instructions should have fortitude to come to pre-trial conference, explain such last-minute change of instructions—Much confusion, inconvenience to plaintiff who brought recalcitrant defendants up to trial date—Where estoppel, *res judicata* pleaded in defence, filing of defence not bar to motion to strike out—To strike out motion at that

**PRACTICE—Continued**

stage would deny plaintiffs chance of going to trial judge where relief at issue might be within latter's discretion, ought to be heard by him—Issue ought to be allowed to go to trial—Defendants should be enjoined from bringing disruptive, delaying striking out motion at such late date which will, in all likelihood, deprive plaintiff of having case heard at least another year—Motion dismissed.

AIR SPRAY (1967) LTD. v. CANADA (T-2293-97, Hargrave P., order dated 9/2/00, 9 pp.)

Application for judicial review of Chief Electoral Officer's refusal, during election of Chief, Council of Lubicon Lake Indian Nation, to allow anyone associated with action taken in attempt to establish new band, to vote unless signed affidavit disassociating themselves from action—(1) Respondent seeking order to strike judicial review application because not containing precise statement of relief sought as required by Federal Court Rule, 1998, r. 301(d)—Court will allow failure to specifically identify remedy sought to be corrected pursuant to r. 59(b)—Never any doubt as to remedy sought; although defect existing since application filed, respondent replying to application without concern for defect until now; no prejudice to respondent, defect apparently clerical oversight—Whether practical consequences flowing from impugned decision matter for consideration by judge hearing application on merits—Focus in judicial review application on moving application to hearing stage as quickly as possible—Should discourage preliminary motions to dismiss judicial review applications—(2) Motion for order striking out as applicants those not filing affidavits in support of application without merit—Person filing application for judicial review not required to file affidavits—Judicial review application can proceed in absence of any affidavit—Focus on validity of decision—Interlocutory motions not encouraged in judicial review proceedings—(3) Motion for order allowing respondent to withdraw affidavit of Dwight Gladue, describing procedures used at election dismissed—*Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 3 (T.D.) distinguished—Withdrawal of affidavit herein more analogous to party putting witness on stand, adducing evidence in chief, applying to have evidence struck from record, witness excused, rather than to decision not to call witness—Not only will withdrawal prevent cross-examination, but appears to be part of strategy to limit applicants' access to relevant information—That counsel now deciding not wishing to rely upon affidavit not acceptable reason to grant order permitting withdrawal—(4) Applicants seeking order requiring Chief Electoral Officer to produce band membership list as existed on date of election—While Chief Electoral Officer may not have had physical possession of such list, record disclosing relied on list in deciding eligibility to vote as indicated by questions asked membership clerk—Documents not confidential, privileged; request not vague, general; directly relevant to Chief Electoral Officer's affidavit—Documents should be produced—(5) Mr. Gladue ordered to

**PRACTICE—Concluded**

attend for cross-examination for reasons above—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 59(b), 301(d).

OMINAYAK V. VENNE (T-875-99, Reed J. order dated 24/2/00, 11 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

## SELECTION PROCESS

*Merit Principle*

Judicial review of Appeal Board's decision lacked jurisdiction to hear Public Service Employment Act, s. 21 appeal on ground no appointment made—S. 21 providing appeal procedure to challenge appointment on basis not made according to merit principle—D. Wipp employed as Employment Counsellor (PM-02) at Human Resources Centre in Vanderhoof, B.C., until July 1995—Granted one-year leave of absence without pay because spouse relocated—On June 5, 1996 "appointed" as Program and Services Officer (PM-02) at Human Resources Centre in Kelowna for almost four months—"Appointed" for second term of six months—Thereafter "assigned" to same position for six months—"Assignment" twice extended—Appeal Board holding no promotion resulting from transfer from one position to another at same group, level—Accordingly no appointment resulting from "assignment" to position in Kelowna—Holding applicant not demonstrating Kelowna position requiring additional, special qualifications, duties similar—Application allowed—Cases establishing following test to determine whether appointment: (1) was assignment of such "significant and indefinite duration" as to be presumed to place D. Wipp at "distinct advantage" in any subsequent selection process; (2) was there such significant or substantial change in functions requiring "additional or special qualifications" so that "assignment" tantamount to new position; (3) was staffing action attempt by Department to avoid observance of merit principle—Board failed to properly apply correct legal test by not addressing issue of duration of assignment, given importance of this part of legal test, especially in light of case law holding in some circumstances even nine months too long for assignment—Also Board not mentioning attempt to circumvent merit principle part of legal test in reasons—Evidence Department under financial restraint in Kelowna, reluctant to create new position while negotiations under review, yet wished to accommodate D. Wipp's relocation, would have made appointment but for fact of negotiations—Evidence required analysis as to whether Department exercising reasonable management flexibility or whether attempting to avoid merit principle—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

ABERCROMBIE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-166-99, Dawson J., judgment dated 31/3/00)

**PUBLIC SERVICE—Continued**

## STAFF RELATIONS

Application to transfer application for judicial review to Federal Court of Appeal pursuant Federal Court Rules, 1998, r. 49—Application allowed—Only question whether when deputy president made decision in October 1999, acted as Board, thereby giving Federal Court of Appeal exclusive jurisdiction under Federal Court Act s. 28(1)(i) to hear application for judicial review, or whether acted instead as grievance adjudicator, giving Trial Division jurisdiction—When deputy president ruled on application for extension of time under PSSRB Regulations and Rules of Procedure, s. 63(b), acted as Board—S. 96.1 allows grievance adjudicator to exercise discretionary authority of Board only in relation to adjudication—In case at bar when application for extension of time heard adjudication not yet before deputy president—PSSRB Regulations and Rules of Procedure, 1993, SOR/93-348, s. 63(b)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(i) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 49.

FRÈVE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1611-99, Tremblay-Lamer J., order dated 9/3/00, 4 pp.)

## TERMINATION OF EMPLOYMENT

Appeal from Trial Division decision (*Green v. Canada (Treasury Board)* (1997), 134 F.T.R. 108) setting aside Adjudicator's decision dismissing grievance from dismissal of air traffic controller by Transport Canada for having wilfully left control tower unmanned for 35 minutes; cross-appeal with respect to Trial Judge's finding Adjudicator did not err in application of principle from *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.) as to credibility of witnesses—Trial Judge referred matter back to different adjudicator to determine appropriate penalty, taking into consideration principles of corrective and progressive discipline—Appeal allowed; cross-appeal dismissed—Appropriate standard in judicial review of adjudicators' decisions patent unreasonableness—Trial Judge vacated Adjudicator's decision because she did not address respondent's long and untarnished work record, or ramifications to him of dismissal, as possible justification for corrective discipline rather than penalty of dismissal—However, Trial Judge erred in finding work record ignored—Weighing and balancing of opposing considerations (work record v. egregiousness of abandoning post) task squarely within expertise and jurisdiction of Adjudicator—As to ramifications of dismissal, Trial Judge should not have found Adjudicator erred on issue on which no evidence adduced and not argued in adjudication or in judicial review—With respect to principle of progressive or corrective discipline, decision upholding dismissal not patently unreasonable if evidence before Adjudicator capable of supporting conclusion employment relationship fundamentally breached and no rehabilitative potential: *Canadian Labour Arbitration*, Donald J. M. Brown and David M.



**PUBLIC SERVICE—Continued**

Beatty, 3rd ed., Canada Law Books Inc., Aurora, 1999—Adjudicator herein not persuaded respondent's behaviour would not be repeated; found no evidence of remorse or appreciation of gravity of situation; found respondent continued to minimize and justify actions—Adjudicator concluded employer's position bond of trust between it and respondent irretrievably broken not unreasonable—Adjudicator therefore did not err in failing to address specifically possibility of corrective or progressive discipline—As to cross-appeal, *Brown v. Dunn* standing for rule of evidence that where credibility of witness to be impeached by

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

evidence contradicting testimony, witness must be given fair opportunity to explain discrepancy—Evidence for respondent from two witnesses—In one case, *Brown v. Dunn* not applicable—In other, Adjudicator merely gave evidence little weight, noting that even if recalled conversation indicated some past animosity, ample facts to justify decision to discharge respondent; *Brown v. Dunn* not precluding Adjudicator from reaching that conclusion.

GREEN V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-542-97, Sharlow J.A., judgment dated 27/3/00, 15 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.*

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande de droit d'établissement de la demanderesse en qualité de membre de la Catégorie des immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée (IMRED)—La demanderesse est née à Jijiga, en Éthiopie, de parents somaliens—La demanderesse et ses deux enfants sont demeurés au Kenya pendant un an et deux mois, puis sont arrivés au Canada le 22 septembre 1989, où ils ont revendiqué le statut de réfugié—La section du statut de réfugié (SSR) a conclu que la demanderesse était citoyenne de la Somalie—En novembre 1994, la demanderesse et ses enfants ont demandé le droit d'établissement à partir du Canada conformément au programme IMRED—La demanderesse était une revendicatrice du statut de réfugié déboutée qui était demeurée trois ans au pays après le rejet de sa revendication—Elle semblait donc être une personne visée par le programme—A suivi une longue période de correspondance intermittente entre le centre de traitement de Vegreville et l'avocat de la demanderesse, M<sup>c</sup> Berger—Demande accueillie parce qu'il y a eu manquement à l'équité du fait qu'on a communiqué directement avec la demanderesse, sans passer par son avocat, pour lui demander les renseignements qui ont été utilisés pour rejeter sa revendication—Il n'existe pas de droit, reconnu en common law, à l'assistance d'un avocat dans toutes les situations—Toutefois, l'obligation d'agir équitablement varie en fonction des circonstances particulières de chaque espèce—La demanderesse a subi un préjudice parce que, sans qu'elle le sache, il existait toujours une possibilité qu'elle soit dispensée de fournir les documents requis, possibilité dont les employés du Centre de traitement avaient discuté entre eux—Le fait de ne pas passer par l'avocat constituait un manquement à l'obligation d'équité procédurale visé à l'art. 18.1(4b) de la Loi sur la Cour fédérale—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

HUSSEIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5151-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 20-12-99, 11 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Renvoi de réfugiés*

Demande de sursis de l'exécution d'une mesure de renvoi du Canada qui a été prise contre le demandeur—La demande d'autorisation et de contrôle judiciaire qui sous-tend la demande de sursis concerne la mesure d'expulsion qui a été prise contre le demandeur le 7 mars 2000—Le demandeur est un citoyen de Trinité âgé de 30 ans—Il soutient qu'il craint de retourner à Trinité en raison de ce qui paraît être la vendetta que mène un individu dont la tentative de coup d'État contre le gouvernement de Trinité a échoué—La seule question litigieuse est de savoir si le défendeur peut renvoyer le demandeur contre son gré sur le fondement de la mesure d'interdiction de séjour qu'il a prise contre lui—En vertu de l'art. 48 de la Loi sur l'immigration, une mesure de renvoi ou une mesure d'interdiction de séjour doit être exécutée dès que les circonstances le permettent—Dans le cas où la personne qui fait l'objet de la mesure d'interdiction de séjour ne quitte pas le Canada de son gré dans le délai prescrit, habituellement une période de 30 jours suivant la date à laquelle la mesure d'interdiction de séjour devient applicable, cette mesure devient légalement une mesure d'expulsion—Une mesure d'interdiction de séjour n'est pas applicable de la même façon qu'une mesure d'expulsion, en vertu de l'art. 55(3)a(ii) de la Loi—Conclure autrement reviendrait à conférer au défendeur le pouvoir de contrecarrer le régime législatif, qui établit une distinction entre les mesures d'interdiction de séjour et les mesures d'expulsion—La Loi confère seulement au défendeur le pouvoir de renvoyer contre son gré une personne qui fait l'objet d'une mesure d'interdiction de séjour qui a été prise dans une situation où une attestation de départ a été délivrée à cette dernière en vertu de l'art. 32.01—Le défendeur avait le pouvoir, en vertu de l'art. 103 de la Loi, d'arrêter et de détenir le demandeur, s'il était d'avis qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que ce dernier ne quitterait pas le Canada de son gré ou ne se présenterait pas aux autorités en vue d'en être renvoyé de son gré—Les agents du défendeur pouvaient libérer l'intéressé et, par la suite, le surveiller de très près, de sorte qu'au moment où la mesure de renvoi

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

deviendrait une mesure d'expulsion, on pourrait l'appréhender et le renvoyer du pays contre son gré—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.01 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 22), 48, 55(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 45), 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19).

GARDNER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1031-00, juge Gibson, ordonnance en date du 17-3-00, 9 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de ne pas accorder au demandeur l'admission au Canada parce qu'en juin 1983, à Hong Kong, il a été déclaré coupable de possession d'une arme offensive—L'avocat du demandeur et l'avocate du défendeur ont convenu que l'agent des visas avait commis une erreur de droit en ce qui concerne l'application de l'art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l'immigration puisque, comme le demandeur était âgé de 17 ans quand il a été déclaré coupable, il ne pouvait pas être reconnu coupable au Canada d'une «infraction [...] punissable par mise en accusation» en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a.1 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)—Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

WONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4464-98, juge Campbell, ordonnance en date du 22-2-00, 2 p.)

Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre le demandeur en 1993—L'appel interjeté devant la Section d'appel de l'immigration (la SAI) a été rejeté en juillet 1994—En janvier 1998, le demandeur a présenté une requête en réouverture de l'appel de 1993-1994—En avril 1998, la SAI a accueilli la requête en réouverture et une audience a été fixée—Avant la tenue de l'audience, le ministre a émis un avis de danger en application de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration—En septembre 1998, la SAI a décidé qu'elle n'avait pas compétence et elle a rejeté l'appel—La décision de la SAI était fondée sur une interprétation des dispositions transitoires qui se trouvent à L.C. 1995, ch. 15, art. 13(4), prévoyant que l'art. 70(5) de la Loi s'applique aux appels interjetés dans le cadre de l'art. 70 dont l'audition n'est pas commencée à la date de son entrée en vigueur—La SAI a conclu que la réouverture d'un appel était plus près de l'introduction d'un deuxième appel que d'une poursuite de l'appel antérieur—Demande de contrôle judiciaire de la décision de la SAI—Demande rejetée—Même s'il n'y avait qu'un appel en l'espèce, l'audition n'était pas commencée à la date de l'entrée en vigueur de l'art. 70(5) de la Loi, soit le 10 juillet 1995—En fait, il

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

s'agissait d'une audition *de novo*—En conséquence, la SAI n'avait pas compétence—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

PORTILLO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5444-98, juge Reed, ordonnance en date du 14-9-99, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision d'un agent des visas qui a refusé de délivrer un visa à la demanderesse permettant à celle-ci d'être admise au Canada en tant qu'immigrante entrepreneure—Le dossier comprenait la preuve documentaire dont disposait l'agent des visas, un affidavit de la demanderesse, des notes manuscrites, qui ont vraisemblablement été prises par l'agent des visas à l'entrevue, et des notes d'entrevue, qui ont ultérieurement été versées par l'agent des visas dans l'ordinateur (les notes CAIPS)—L'agent des visas n'a pas produit d'affidavit attestant la véracité des déclarations qu'il a faites dans ses notes manuscrites et ses notes CAIPS—La demanderesse n'a pas eu l'occasion de contre-interroger l'auteur des notes—Dans l'arrêt *Wang c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] 2 C.F. 165 (C.A.), une note de service et des notes manuscrites d'un agent des visas relativement à l'entrevue ont été radiés du dossier vu l'absence d'un affidavit en attestant la véracité—Les notes CAIPS qu'un agent des visas a versées dans l'ordinateur ne sont pas de nature différente des notes manuscrites d'un agent des visas—L'arrêt *Wang* a récemment été citée avec approbation dans l'arrêt *Moldeveanu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 105 (C.A.F.)—Il ressort de la jurisprudence à laquelle on a renvoyé dans l'affaire *Qiu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] J.C.F. n° 141 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), que les notes de l'agent des visas ne sont pas admissibles sans affidavit—Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, qui a été ultérieurement rendu, des notes semblables à celles dont il est question dans la présente affaire ont été caractérisées comme étant les motifs de la décision qui faisait l'objet du contrôle—Les notes CAIPS doivent donc être admises au dossier en tant que motifs de la décision qui fait l'objet du présent contrôle, mais les faits qui sous-tendent la présente affaire sur lesquels elles sont fondées doivent être établis de façon indépendante—En l'absence d'un affidavit d'un agent des visas attestant la véracité de ce qu'il a, dans ses notes, inscrit comme ce qui a été dit à l'entrevue, les notes n'ont pas de statut en tant que preuve—Dans ses notes CAIPS, l'agent des visas a de nouveau fait état de sa conclusion que la demanderesse n'avait pas fait de recherche pour ce qui est du type d'entreprise qu'elle envisageait d'acheter—Ces observations sont contredites par la preuve documentaire que contient le dossier, dans lequel la demanderesse présente un plan d'entreprise—La demande est accueillie étant donné qu'un

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

des facteurs importants de la décision de l'agent des visas est une conclusion qui n'a aucun fondement en preuve.

CHOU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-873-99, juge Reed, ordonnance en date du 13-3-00, 7 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire du rejet, par la SSR, d'une revendication du statut de réfugié—Le demandeur, un catholique né en Irlande du Nord, était citoyen du R.-U.—Il a été membre de l'Armée républicaine irlandaise de 1969 à 1974 et de l'Irish National Liberation Army (INLA) de 1975 à 1982—En 1982, il a été arrêté, est devenu délateur, a déménagé en Angleterre, s'est préparé à témoigner contre les personnes arrêtées grâce à lui—En septembre, il a décidé de se rétracter, est retourné en Irlande du Nord de son propre gré, où il a vécu sans incident—Il a appris que l'ordre de le tuer avait été donné, probablement par une faction de l'INLA—Il est arrivé au Canada en 1986—Le demandeur craignait d'être persécuté s'il était renvoyé en Irlande du Nord, au R.-U. ou ailleurs en Europe—La SSR a statué qu'elle n'était pas convaincue que le demandeur avait fourni une confirmation claire et convaincante que le R.-U. était incapable de le protéger et qu'il était objectivement déraisonnable de sa part de ne pas avoir demandé sa protection—La SSR s'est appuyée sur *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, pour effectuer une analyse séparée de la capacité du R.-U. de protéger le demandeur et du refus du demandeur de se réclamer de la protection du R.-U.—Elle a conclu que le fait de ne pouvoir se prévaloir de la protection de l'État tient à des circonstances indépendantes de la volonté de la personne en cause, comme un état de guerre, une guerre civile ou d'autres troubles graves qui empêchent le pays dont l'intéressé a la nationalité de lui accorder sa protection; le fait de se voir refuser l'entrée au R.-U. pourrait aussi constituer un aspect du critère de l'incapacité de se réclamer de la protection de l'État—Elle a examiné les arguments invoqués quant aux raisons pour lesquelles le demandeur, compte tenu de la Prevention of Terrorism Act (PTA, qui permet aux autorités britanniques d'expulser une personne d'Angleterre pour l'envoyer en Irlande du Nord) ne serait pas autorisé à entrer ou à demeurer au R.-U., c'est-à-dire le fait qu'il a occupé des postes de responsabilité au sein de l'IRA et de l'INLA, qu'il a mis fin à sa collaboration, qu'il a été déclaré coupable d'infractions reliées à la cause nationaliste—La SSR a statué qu'aucune preuve convaincante n'étayait la prétention qu'il ne serait pas autorisé à entrer au R.-U. ni ne révélait que les autorités britanniques s'intéressaient à lui—Elle a évalué l'efficacité de la protection du demandeur s'il retournait au R.-U., en tenant compte de la preuve concernant Patrick Ward, visé par l'arrêt *Ward* précité, qui a été renvoyé au R.-U. sans

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

subir de représailles immédiates—La SSR a conclu que le demandeur ne veut pas se réclamer de la protection du gouvernement britannique parce qu'il le croit incapable de lui assurer une protection suffisante—Le statut de réfugié ne sera pas reconnu au revendicateur s'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il a commis un crime contre l'humanité (art. 1Fa)—La SSR a déduit des postes occupés par le demandeur et de sa participation passée dans les deux organisations qu'il était au courant des activités entreprises par les personnes se trouvant sous ses ordres et par l'INLA en général et qu'il a donc été complice des crimes contre l'humanité commis par l'INLA pendant qu'il était membre de cette organisation—La SSR a conclu que le demandeur a participé à la perpétration de crimes graves de droit commun (art. 1Fb)), car la preuve n'établissait pas de lien entre les crimes commis par l'INLA et la réalisation éventuelle de l'objectif politique du groupe qui consistait à renverser le gouvernement local—La SSR a statué que l'art. 1Fc) s'appliquait au demandeur parce qu'il a été complice de crimes commis par l'INLA, qualifiés de contraires aux buts des Nations Unies—L'enregistrement sur bande magnétique du contre-interrogatoire du demandeur par la représentante du ministre n'a pas fonctionné—L'audition s'est déroulée à l'aide d'un exposé conjoint des faits—Demande accueillie en partie: les conclusions tirées par la SSR relativement à toutes les exclusions ont été annulées; la conclusion portant que le demandeur ne craint pas avec raison d'être persécuté en raison de la capacité du R.-U. de le protéger a été confirmée—La SSR a bien interprété les principes juridiques liés au concept de la protection de l'État établis dans *Ward*—Ce concept fait partie intégrante de la démonstration que le revendicateur craint avec raison d'être persécuté, car si un État est capable de le protéger, alors, objectivement, il ne craint pas avec raison d'être persécuté—L'analyse distincte effectuée par la SSR de la question de savoir si le demandeur ne peut se réclamer de la protection de l'État, qui englobe en l'espèce son droit d'entrer et de demeurer en Angleterre et la capacité du R.-U. de lui assurer une protection efficace contre l'INLA, et s'il ne veut pas s'en réclamer est conforme à l'arrêt *Ward*—La SSR a correctement évalué la question de savoir si le demandeur devait, en premier lieu, demander la protection du R.-U. pour invoquer le fait qu'il ne veut pas se réclamer de la protection de l'État: le demandeur ne sera pas visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» s'il est objectivement déraisonnable qu'il n'ait pas sollicité la protection de son pays d'origine—L'arrêt *Ward* s'avère utile à d'autres égards: la question n'est pas de savoir si la vie du demandeur serait en danger s'il retournait en Irlande ou en Grande-Bretagne, mais s'il peut être protégé contre ce danger (conclusion de fait); la PTA pourrait servir à réfuter la présomption en démontrant l'absence de protection selon les circonstances particulières de l'espèce, qui doivent être déterminées par la Commission—Il existait à l'égard de chaque conclusion cruciale concernant a) le refus d'autoriser le demandeur à entrer ou

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à demeurer en Angleterre, b) l'efficacité de la protection et c) le fait que le demandeur ne veut pas demander la protection, une preuve pouvant raisonnablement étayer les conclusions et les inférences de la SSR—La mention par la SSR de ce qu'il est advenu de M. Ward après son expulsion en Angleterre ne peut fonder l'annulation de sa décision parce qu'elle pouvait tenir compte de ce qu'il est advenu de M. Ward après le prononcé de sa décision à son sujet, étant donné qu'il s'agit d'un fait de notoriété publique—L'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, a établi le critère de common law qu'il convient d'appliquer relativement à la justice naturelle lorsque la transcription d'une procédure devant un tribunal administratif, qui n'est pas expressément tenu par la loi d'enregistrer les témoignages, n'est pas disponible—Il faut se demander si les défauts ou les omissions dans la transcription font surgir une «possibilité sérieuse» de négation d'un moyen d'appel ou de révision pour qu'une nouvelle audition soit ordonnée—Il faut tenir compte des autres moyens disponibles, c'est-à-dire les notes prises pendant la partie de l'audition dont la transcription est manquante; du fait que la décision de la SSR a tranché à la fois la question de savoir si le R.-U. était incapable de protéger le demandeur et celle des motifs d'exclusion prévus par la section 1F de la Convention; de chaque moyen invoqué par le demandeur à l'appui du contrôle judiciaire parce que seul un moyen de contrôle plaidé et rejeté peut entraîner un manquement à la justice naturelle—La partie de l'audience omise dans la transcription portait notamment sur le nombre d'interventions auxquelles le demandeur avait participé, l'auteur des décisions s'y rapportant et la question de savoir si le demandeur en connaissait les cibles; la connaissance détaillée que le demandeur avait de certaines interventions données; sa connaissance de la façon dont l'INLA finançait ses activités et des vols qualifiés précis commis à cette fin; ses détentions et la façon dont il avait été traité pendant qu'il était incarcéré; la portée de son marché avec les autorités; la menace de mort qu'il avait reçue et la question de savoir s'il avait demandé la protection des autorités du R.-U; son arrivée au Canada—Les omissions dans la transcription ne privent le demandeur d'aucun moyen de contrôle concernant la capacité du R.-U. de le protéger—Toutefois, les conclusions de la SSR concernant les exclusions doivent être modifiées en raison des omissions dans la transcription—En ce qui concerne les exclusions, la Cour n'était pas convaincue que l'état du dossier lui permettait d'affirmer avec quelque assurance que le demandeur avait pu faire valoir réellement son moyen de contrôle devant elle—Le fondement factuel de la conclusion tirée par la SSR relativement aux exclusions reposait sur les crimes commis par l'INLA et sur la connaissance que le demandeur en avait, sa participation à ces crimes ou l'intention commune qu'il partageait avec l'organisation qui les a perpétrés—La preuve sur laquelle s'est appuyée la SSR découlait, dans une large mesure, du contre-interrogatoire du demandeur, dont la transcription n'est pas disponible—Les

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

renseignements manquants étaient déterminants quant aux conclusions de la SSR sur les exclusions et la SSR s'est appuyée sur eux de façon significative—Les notes des avocates ne constituaient pas un moyen adéquat de remédier aux omissions dans la transcription.

GOODMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1977-98, juge Lemieux, ordonnance en date du 29-2-00, 43 p.)

Demande de contrôle judiciaire, fondée sur l'art. 69.2(2) de la Loi sur l'immigration, contre la décision dans laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) a rejeté la demande du ministre visant à obtenir qu'elle réexamine et annule sa décision selon laquelle le défendeur est un réfugié au sens de la Convention—Ce rejet a résulté de la décision de la SSR d'accueillir la requête par laquelle le défendeur avait cherché à obtenir que les documents que John Gardner, agent d'interventions de Citoyenneté et Immigration Canada, avait déposés dans le cadre de sa déclaration solennelle ne soient pas admis en preuve et que la demande du ministre soit rejetée—Le droit du ministre de chercher à obtenir l'annulation d'une décision ayant reconnu le statut de réfugié est prévu à l'art. 69.2(2) de la Loi—La première question litigieuse est de savoir si la SSR a commis une erreur de fait en déterminant la durée du retard—La SSR n'a jamais déterminé que la durée du retard était de six ans et demi: elle a simplement dit qu'il se pouvait que le retard ait été de cette durée—L'argument du demandeur doit être rejeté—La deuxième question litigieuse est de savoir si la SSR a commis une erreur de droit en concluant que le défendeur peut invoquer ce retard pour établir que ses droits garantis à l'art. 7 de la Charte ont été violés—Dans le cas où le retard en question est la période qui s'est écoulée entre le moment où l'infraction aurait été commise et celui où l'accusation a été portée, le seul retard ne justifiera pas une conclusion qu'il y a eu déni de justice—Un revendicateur du statut de réfugié n'est pas, du point de vue juridique, dans la même position qu'une personne accusée—La question de savoir si la Commission a commis une erreur à cet égard dépend de celle de savoir si le préjudice que le défendeur a subi était de nature à établir une violation de l'art. 7—Rejeter la demande en raison du seul retard imposerait un délai de prescription d'origine judiciaire—La SSR a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les droits que l'art. 7 de la Charte garantit au défendeur ont été violés—La troisième question litigieuse est de savoir si la SSR a commis une erreur en considérant que le retard à déposer la demande en annulation constituait un abus de procédure—Comme le dossier n'indique pas que le défendeur a été privé de son droit à une audience équitable du fait que le ministre a tardé à déposer sa demande en annulation, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu d'abus de procédure en l'espèce—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. CORTEZ (IMM-231-99, juge Pinard, ordonnance en date du 21-1-00, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire du rejet de la réclamation du demandeur basée sur une crainte de persécution au Congo—Décision fondée sur les contradictions entre le formulaire de renseignements personnels (FRP) et le témoignage du demandeur ainsi qu'entre le FRP et la fiche d'interrogatoire où l'agent d'immigration indiquait que d'après lui, la revendication n'était pas fondée, étant «cousue de fils blancs»—Le demandeur s'attaque au fait qu'il y a eu dépôt de la preuve de la fiche d'interrogatoire sans qu'il y ait eu preuve que le formulaire en question avait été établi par arrêté—Demande accueillie—La section a eu raison de ne pas rejeter la fiche d'interrogatoire—La question de la légalité du formulaire n'est pas pertinente à la question de l'admissibilité du document comme preuve des faits qui y sont inscrits—Cependant la section a commis une erreur de droit en se basant sur l'opinion de l'agent d'immigration sur le fond de la revendication.

NOWA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-430-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 1-2-00, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR qui a déterminé que la demanderesse, une citoyenne du Pakistan, n'était pas une réfugiée au sens de la Convention au motif qu'elle n'était pas crédible relativement à des éléments importants de sa revendication—Elle a soutenu que son mari avait été arrêté, détenu et battu pour des raisons politiques, au Pakistan—Elle a soutenu que son mari était disparu peu après au Pakistan—Elle a soutenu que, peu après la disparition de son mari, elle avait été battue et menacée d'enlèvement—Demande rejetée—La SSR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en concluant que l'avocat était mal venu de soutenir qu'il ne fallait pas tenir compte du consentement à ce que le tribunal soit constitué d'un membre et en refusant d'accorder à la demanderesse une audience *de novo* ou un tribunal nouvellement constitué de deux membres—La SSR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en refusant d'accorder une audience *de novo* en raison de l'incompétence du conseiller en immigration de la demanderesse—L'incompétence alléguée du conseiller en immigration n'a pas influé de façon décisive sur l'issue de l'audition—La SSR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en décidant que la demanderesse manquait de crédibilité et en rejetant sa revendication du statut de réfugiée au sens de la Convention—La SSR n'a commis

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en rejetant les éléments de preuve documentaire assortis ou non d'un serment et déposés au soutien de la revendication, étant donné la conclusion de la SSR quant à la crédibilité de la demanderesse.

FATIMA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1601-99, juge Gibson, ordonnance en date du 10-3-00, 13 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire contre la décision dans laquelle un agent des visas a refusé de délivrer à la demanderesse un visa de résidence permanente—La demanderesse a présenté sa demande en invoquant la catégorie des travailleurs autonomes, à titre d'analyste de valeurs mobilières—En vertu de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration, l'expression «travailleur autonome» désigne l'«immigrant qui a l'intention et qui est en mesure d'établir ou d'acheter une entreprise au Canada, de façon à créer un emploi pour lui-même et à contribuer de manière significative à la vie économique, culturelle ou artistique du Canada»—L'agent des visas a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé d'apprécier la demanderesse en tant que travailleuse autonome—L'agent des visas a fondé sa décision en grande partie sur sa conclusion que la profession d'analyste de valeurs mobilières ne constituait pas un type d'activité de travailleur autonome susceptible de contribuer de manière significative à la vie économique du Canada—L'agent des visas ne peut, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, refuser de délivrer un visa à un travailleur autonome sur le seul fondement du type de travail ou d'entreprise qu'il entend exercer ou fonder—Un agent des visas ne peut, lorsqu'il apprécie une personne dans le cadre de la catégorie des travailleurs autonomes, rejeter cette personne au motif que la profession ou le métier qu'elle entend exercer au Canada n'est pas, selon lui, une profession ou un métier qui contribue de manière significative à la vie canadienne—Il s'agit d'une erreur suffisamment importante pour être considérée comme viciant l'ensemble de l'appréciation—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/83-837, art. 1).

ZHAO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3382-98, juge Reed, ordonnance en date du 17-2-00, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision d'une agente des visas, qui a refusé la demande de résidence permanente que la demanderesse a présentée en tant qu'immigrante indépendante ayant l'intention d'exercer la profession d'ingénieur en mécanique (CNP 2132)—L'agente des visas a conclu que la demanderesse n'était pas admissible en tant qu'ingénieur mécanique—L'avocate de la demanderesse a soutenu que l'agente des visas n'a pas accordé suffisam-

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

ment de poids à l'évaluation informelle des compétences d'ingénieurs faite par le Conseil canadien des ingénieurs (le CCI)—Les parties ne s'entendent pas sur le poids qu'il convient d'accorder à l'évaluation informelle du CCI—Cette évaluation est déterminante pour ce qui est des compétences de la demanderesse à l'égard de la profession d'ingénieur mécanique décrite dans la Classification nationale des professions (la CNP)—L'évaluation fait partie des renseignements, en plus du curriculum vitae du demandeur, d'une description de ses fonctions et d'une lettre de recommandation, dont l'agent des visas doit tenir compte lorsqu'il détermine si le candidat satisfait aux critères de la CNP applicables aux ingénieurs—L'agente des visas n'a pas produit d'affidavit—Ni les remarques de l'agente des visas, ni les notes manuscrites qu'elle a prises à l'entrevue n'indiquent qu'elle a tenu compte de l'évaluation favorable du CCI—L'agente des visas a pris sa décision sans tenir compte des éléments de preuve dont elle disposait—Demande accueillie.

YAO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4952-98, juge en chef adjoint Lutfy, ordonnance en date du 16-3-00, 6 p.)

**DOMMAGES-INTÉRÊTS**

Préjudice continue—Rapport visant à déterminer et à recommander les dommages-intérêts et les dépens découlant d'une action pour atteinte au droit de propriété et pour perte de jouissance d'une terre détenue en vertu d'un certificat de titre relatif à une terre d'une réserve indienne—En 1985, le conseil de la bande indienne de Kincolith a installé une antenne radio, des antennes paraboliques et un bâtiment à pans de bois sur la terre du demandeur sans sa permission—Tentatives de règlement infructueuses—Action intentée en septembre 1996—Le demandeur a obtenu jugement par défaut en mars 1999—L'antenne radio et le bâtiment à pans de bois sont toujours sur la terre—Le montant de 710 \$ par année estimé par l'évaluateur à titre de loyer pour l'usage de la terre est accepté—Mais la déclaration a été déposée en septembre 1996, ce qui limite la présente demande à cette date—La terre étant encore grevée, le demandeur subit un tort continu; le recours est actuellement incomplet—Il est possible d'intenter une action en dommages-intérêts jusqu'à ce que toutes les dépendances appartenant à la bande aient été enlevées de la terre—*McGregor on Damages*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell, 1997, indique que lorsqu'un seul acte constitue un préjudice continu, des dommages-intérêts ne peuvent être accordés en common law que relativement à la perte encourue avant le commencement de l'action—L'auteur fait référence à *Battishill v. Reed*, [1856] 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544, où la cour a conclu que seuls les dommages-intérêts pour la perte subie jusqu'au commencement de l'action

**DOMMAGES-INTÉRÊTS—Fin**

pouvaient être accordés—Par conséquent, chaque fois que le demandeur subit un préjudice suffisamment grand pour que cela vaille la peine d'essayer de dissuader l'auteur du délit, il doit intenter une poursuite pour les dommages qui se sont accumulés depuis le dépôt du dernier bref ou de la dernière déclaration—*McGregor* a qualifié cela de non pratique—Le recours aux tribunaux est un luxe pour toutes les parties concernées, y compris les contribuables qui doivent payer pour l'utilisation des ressources judiciaires limitées—Cela est reconnu depuis longtemps dans certains ressorts—En Angleterre, les règles des tribunaux prévoient, au moins depuis la décision *Hole v. Chard Union*, [1894] 1 Ch. 293 (C.A.), l'octroi de dommages-intérêts jusqu'à la date de l'évaluation dans les cas de cause d'action continue—Il existe une règle semblable en Ontario, mais il n'y a aucune disposition équivalente dans la Loi sur la Cour fédérale ni dans les règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui aurait pu être appliquée par analogie en vertu de la règle des lacunes—S'il désire présenter une autre demande, fondée sur l'atteinte au droit de propriété ou sur la perte de jouissance survenues depuis le dépôt de la déclaration en septembre 1996, le demandeur devra intenter une autre action et, à ce moment-là, la bande pourrait invoquer en compensation les frais de services communautaires relativement à la propriété—À la lumière de la période d'exigibilité des dommages-intérêts de 11 ans et 2 mois, l'octroi de dommages-intérêts de 10 300 \$ est recommandé—Quant au mémoire de frais, les honoraires d'avocat et les déboursés sont acceptés—Les frais d'évaluation de 3 745 \$ sont justifiés par les travaux effectués et par le fait que la seule façon de se rendre à Kincolith est de nolisier un hydravion—Bien que les frais de signification de la déclaration aux défendeurs que le huissier a pu trouver ou identifier soient élevés, ils reflètent également le coût d'un avion nolisé—L'octroi d'intérêts avant jugement et après jugement est recommandé.

WATTS C. BANDE INDIENNE DE KINCOLITH (T-2044-96, protonotaire Hargrave, rapport de l'arbitre en date du 22-3-00, 11 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****DROITS ANCESTRAUX OU  
ISSUS DE TRAITÉS**

Requête en radiation d'une demande de contrôle judiciaire déposée par les demandeurs en vertu des règles 4, 81 et 221—Les défendeurs demandent également une ordonnance pour que la question de fait de savoir s'ils ont saisi 60 cages à homard censées appartenir au demandeur soit décidée avant les questions constitutionnelles et relatives à des traités qui sont soulevées dans la demande de contrôle judiciaire—Les défendeurs demandent également que la



**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

demande de contrôle judiciaire soit entendue comme s'il s'agissait d'une action en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Les demandeurs allèguent que les représentants du ministre des Pêches et Océans, défendeur, ont saisi environ 60 cages à homard appartenant au demandeur Ken Barlow—Ils demandent également que la Cour déclare que les défendeurs ont contrevenu aux droits de M. Barlow issus du Traité de paix et d'amitié de 1760 conclu avec la Nation Mi'kmaq—L'avis de requête en vue d'obtenir une injonction interlocutoire et un bref de *mandamus* pour forcer les défendeurs à restituer toutes les cages à homard confisquées au demandeur a été rejeté par le juge MacKay—La question de savoir si la requête en radiation de l'avis introductif de requête pouvait être présentée en vertu de la règle 221 a été examinée par la C.A.F. dans l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588—Bien que les demandeurs n'aient pas établi les faits essentiels à l'instance dans leur avis de requête, il ne s'agit pas d'une demande qui n'a aucune chance de succès—Il ne s'agit donc pas d'un cas exceptionnel qui justifierait la Cour de radier l'avis introductif de requête—Les défendeurs ont prétendu que l'Union of New Brunswick Indiens n'avait pas qualité pour déposer une requête du fait que le demandeur n'a pas allégué ni établi qu'il avait un droit issu d'un traité—Les demandeurs n'ont pas fait la preuve que l'Union of New Brunswick Indiens était une association constituée en personne morale et représentant les Premières Nations, et celle-ci n'a pas les mêmes droits que Ken Barlow—Il incombe au demandeur de désigner toutes les personnes directement touchées par l'ordonnance dans l'avis de requête—Les défendeurs ont fait valoir que la première question soulevée dans la requête devrait être traitée avant les questions constitutionnelles et relatives à des traités, qui sont de portée plus large—Il n'y a pas de règle qui autorise la Cour à intervertir les questions avant d'entendre la demande—Le contrôle judiciaire a été conçu comme un recours expéditif—Dissocier les questions ne ferait qu'allonger la procédure—Le critère qui doit être appliqué pour évaluer si la demande devrait être entendue comme s'il s'agissait d'une action est de savoir si le juge peut constater que la preuve par affidavit serait inadéquate, et non pas de savoir si la preuve fournie à l'instruction pourrait être de qualité supérieure—La deuxième question soulevée dans la demande est une question historique d'une grande complexité qu'il serait difficile de présenter sous forme d'affidavit—Toute la cause devrait être entendue en même temps—La question constitutionnelle ne peut être réglée au moyen d'une preuve par affidavit, particulièrement du fait qu'elle est liée à la tradition orale—La preuve par affidavit serait inadéquate—La cause devrait être décidée après audition—Il serait au mieux des intérêts de toutes les parties en cause qu'une réponse complète soit donnée aux questions soulevées, particulièrement du fait que le demandeur Barlow ne subira aucun préjudice—La demande de contrôle judiciaire sera entendue comme s'il s'agissait d'une

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

action—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règles 4, 81, 221—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985) ch. F-7, art. 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BARLOW C. CANADA (T-1876-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 3-3-00, 29 p.)

**DROIT MARITIME**

## PRATIQUE

Requête en jugement sommaire pour recouvrer des sommes dues pour le fret et les frais accessoires, plus intérêts—Requête incidente de la défenderesse pour obtenir une ordonnance lui accordant l'autorisation de modifier la défense et demande reconventionnelle; une ordonnance de sursis d'exécution jusqu'au jugement sur une action introduite par la défenderesse en Cour supérieure d'Ontario; une ordonnance disposant que l'action principale et la demande reconventionnelle soient jugées ensemble soit devant la Cour fédérale soit devant la Cour supérieure d'Ontario—La demanderesse Pantainer est un transporteur suisse de marchandises par eau—La demanderesse Panalpina est un transitaire du Canada organisant, à titre de mandataire de Pantainer, le transport par des transporteurs maritimes de marchandises pour lesquelles Pantainer délivre des documents de transport—La défenderesse est un importateur canadien de produits alimentaires—Depuis 1997, la défenderesse et les demanderesse ont passé des contrats selon lesquels les demanderesse prenaient en charge le transport et l'entreposage au Canada de produits alimentaires commandés par la défenderesse en Italie et ailleurs—La défenderesse allègue qu'en plusieurs occasions depuis 1997, les demanderesse n'ont pas respecté des conditions fondamentales de ces contrats, lui causant ainsi des dommages, ce qui les empêche maintenant de prétendre au redressement demandé dans la déclaration—La relation commerciale entre les demanderesse et la défenderesse a pris fin en 1998—Il n'est pas contesté que la défenderesse a convenu que ses demandes ne seraient pas compensées avec le fret et les frais accessoires dus par elle—Par voie de demande reconventionnelle, la défenderesse demande des dommages-intérêts de 150 000 \$; des dommages-intérêts punitifs et exemplaires de 100 000 \$; les intérêts; les dépens—Les questions en litige sont de savoir si la défenderesse a un droit de compensation et, dans la négative, s'il faudrait surseoir à l'exécution du jugement jusqu'à ce que soit jugée la demande reconventionnelle; si les demandes relatives à l'entreposage entrent dans la compétence de la Cour—Requête en jugement sommaire accueillie; requête incidente et requête en sursis de la défenderesse rejetées—En ce qui concerne la compétence de la Cour, les demandes relatives à l'entreposage étaient fondées sur des contrats de transport de marchandises par mer et entrent donc dans la compétence de la Cour—La règle générale veut que le fret soit payé sans aucune déduction, à moins d'une entente contraire entre les parties—Aucune clause des conditions fixées par les parties ne

**DROIT MARITIME—Suite**

suggère que la règle ne s'applique pas en l'espèce; donc, la défenderesse doit la somme de 144 037,98 \$ aux demanderesse—Il n'y a pas de raison pour laquelle la défenderesse ne devrait pas payer ce qu'elle doit pour le fret—La Cour accorde le jugement sommaire demandé par les demanderesse et ordonne à la défenderesse de payer aux demanderesse la somme de 144 037,98 \$, avec intérêts à compter du 1<sup>er</sup> février 1999 jusqu'à la date du paiement, ainsi que les intérêts avant le jugement et après le jugement conformément aux dispositions de la Loi sur la Cour fédérale, avec dépens—La requête incidente de la défenderesse est rejetée au motif que sa demande reconventionnelle ne peut être décidée sans une instruction complète devant la Cour—La requête en sursis d'exécution de la décision sur la requête en jugement sommaire est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7.

PANTAINER LTD. C. 996660 ONTARIO LTD. (T-231-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 17-3-00, 31 p.)

**PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES**

Demandes visant à l'obtention d'ordonnances de paiement des montants réclamés sur le produit consigné au greffe de la Cour à la suite de la vente du *Brussel*, au mois de juillet 1996, ainsi que des intérêts imputés à ce produit (le fonds)—Le *Brussel* avait été saisi en dehors du port de Halifax au mois de mars 1996 à la suite d'une action par laquelle la demanderesse réclamait le paiement des frais d'arrimage relatifs aux services fournis au navire aux États-Unis—On avait prononcé la faillite du propriétaire et de l'exploitant belges du navire en Belgique—Les défendeurs, qui avaient été désignés pour agir comme syndics de faillite en Belgique, avaient obtenu une ordonnance de la Cour supérieure du Québec, qui avait déclaré que l'ordonnance de faillite belge était exécutoire au Canada, et avait demandé à prendre possession du navire à titre de bien du propriétaire aux fins de la liquidation et de la répartition du produit entre les créanciers—La demanderesse avait obtenu un jugement par défaut de la Cour fédérale du Canada dans l'action réelle intentée contre le navire, un jugement déclaratoire prévoyant le recouvrement du montant réclamé sur le produit de la vente et un jugement déclaratoire portant qu'elle détenait un privilège maritime garantissant le paiement des montants dûs, avec intérêts sur le solde impayé au taux de 7 p. 100—La question du rang de la créance avait été reportée à une date ultérieure—Une ordonnance prévoyait que les créanciers devaient déposer et étayer leurs réclamations contre le *Brussel* au plus tard au mois de septembre 1997—Le navire a été vendu pour la somme de 5 682 978 \$—Le créancier hypothécaire réclamait un montant de 68 000 000 \$ en vertu d'hypothèques enregistrées—La Cour avait rejeté la demande des syndicats visant à l'obtention d'une ordonnance portant que le produit de la vente devait être remis à ceux-ci, plutôt que d'être remis aux créanciers qui avaient présenté des réclamations contre le

**DROIT MARITIME—Suite**

navire; une ordonnance avait été rendue, prévoyant que les créanciers garantis qui avaient présenté des réclamations contre le navire occuperaient le rang qui leur est assigné sous le régime du droit maritime tel que la Cour l'appliquait—Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale, et l'autorisation de pourvoi a été accordée par la C.S.C. le 9-12-99—Eu égard aux circonstances qui existent maintenant, la Cour énoncera dans ses motifs de jugement ce sur quoi elle se fonde pour fixer les modalités de règlement des réclamations—À ce stade, la Cour ordonnera le paiement uniquement à l'égard des réclamations qui seraient reconnues quelle que soit l'issue de la cause devant la C.S.C.—La Cour n'ordonnera pas le paiement de la plupart des réclamations tant que la C.S.C. n'aura pas rendu sa décision et tant qu'un juge de la Cour n'aura pas rendu une ordonnance—Depuis que le navire a été saisi et vendu, des ordonnances ont été rendues aux fins du paiement de certaines sommes à valoir sur le produit en vue de permettre certains débours liés à la garde du navire, aux annonces et à la vente du navire ainsi que les débours se rapportant à la liquidation de la cargaison non réclamée—(A) Questions ou considérations générales—1) Privilèges d'origine législative et créances prioritaires reconnus sous le régime du droit maritime canadien—Tout créancier détenant un privilège canadien d'origine législative a priorité sur le produit comme le prévoit la législation pertinente—2) Privilèges maritimes qui ont pris naissance aux États-Unis—La plupart des créanciers soutiennent que les réclamations qui ont été présentées contre le *Brussel* se rapportent à des privilèges maritimes américains en vertu de la Commercial Instruments and Maritime Liens Act—Les privilèges maritimes fondés sur le droit américain sont reconnus et leur exécution peut être assurée par la Cour de la même façon qu'ils le sont sous le régime du droit américain: *Todd Shipyards Corp. c. Altama Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248—3) Navires frères et réclamations y afférentes—L'art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit la présentation de réclamations contre les navires frères, mais selon la preuve qui a été fournie au sujet du droit étranger, les privilèges maritimes américains ne grevent pas les navires frères—La disposition relative aux navires frères de la Loi sur la Cour fédérale ne peut pas être interprétée de façon à reconnaître aux titulaires de privilèges maritimes qui peuvent faire valoir une réclamation contre un navire le même rang que celui qui est assigné à un privilège maritime grevant un navire frère saisi au Canada, et ce, peu importe que les réclamations aient pris naissance au Canada ou à l'étranger—En l'absence de dispositions législatives, le rang spécial attribué aux privilèges maritimes ne peut pas être transmis aux navires frères—Les titulaires de privilèges maritimes grevant les navires frères du *Brussel* peuvent faire valoir leurs réclamations contre le *Brussel* en vertu de l'art. 43(8) de la Loi sur la Cour fédérale, mais leur statut n'est pas le même que celui des titulaires de privilèges maritimes traditionnels sur le navire—Les titulaires de ces privilèges maritimes ont un droit réel reconnu par la loi et

**DROIT MARITIME—Suite**

occupent le même rang qu'un créancier qui peut faire valoir une réclamation réelle ordinaire contre un navire frère du *Brussel*—4) Taux d'intérêt applicables—Compte tenu des contrats, la loi provinciale s'applique aux intérêts avant jugement et la Loi sur les intérêts fédérale s'applique également—Pour assurer le traitement équitable des parties à l'égard des intérêts avant et après jugement, la Cour ordonnera que les sommes versées à tous les créanciers comprennent les intérêts fixés comme suit: si un taux est fixé par contrat, ce taux s'appliquera à compter de la date de la violation jusqu'au 24 juillet 1996, soit la date à laquelle le navire a été vendu; si aucun taux n'est fixé par contrat, le taux applicable, entre la date de la violation et le 24 juillet 1996, sera de 7 p. 100; en ce qui concerne toutes les réclamations, les intérêts qui seront payés entre le 24 juillet 1996 et la date du paiement le seront au taux imputés au fonds pendant qu'il était consigné au greffe de la Cour—5) Taux de change—Il est clairement établi en droit qu'en ce qui concerne les réclamations dont le montant est exprimé en monnaie étrangère, le taux de change applicable est celui qui était en vigueur à la date établie de la violation—Dans le cas des réclamations contractuelles, la date applicable serait la date à laquelle les comptes y afférents étaient dus—En l'absence de preuve de la date, pour plus de commodité et afin d'assurer le traitement équitable des créanciers, les montants des réclamations exprimés en monnaie étrangère devraient être convertis en dollars canadiens au taux de change qui existait à la date de la vente du navire, le 24 juillet 1996, soit 1,37 dollar canadien pour un dollar américain—(B) Réclamations ayant en totalité ou en partie priorité sur les hypothèques grevant le navire—Réclamations canadiennes prévues par la loi—a) Société du port de Halifax—Les réclamations d'un montant de 2 448,47 \$ pour les frais liés aux services fournis au *Brussel* à Halifax sont fondées sur un privilège maritime reconnu par la Loi sur la Société canadienne des ports; des intérêts au taux annuel de 18 p. 100 sont également réclamés jusqu'au 24 juillet 1996, les intérêts devant par la suite être payés au taux imputé au fonds consigné au greffe de la Cour, jusqu'à la date du paiement—Ces réclamations ont priorité—La Société du port de Halifax réclame également les montants qui lui sont dus pour les services fournis aux navires qui seraient censément les navires frères du *Brussel*—La Cour peut uniquement faire droit à la réclamation si elle est conforme au droit qui s'applique ici à toutes les autres réclamations—La Société peut faire valoir une réclamation contre le fonds, mais elle vient après le créancier hypothécaire—b) Administration de pilotage de l'Atlantique—L'Administration revendique un privilège maritime prioritaire d'un montant de 2 197,38 \$ sur le navire pour les services de pilotage—La jurisprudence reconnaît l'existence d'un privilège maritime ayant priorité sur les hypothèques grevant le navire—La réclamation contre le fonds pour les services fournis au navire frère vient après les hypothèques qui grevent le navire—Privilèges maritimes américains—a)

**DROIT MARITIME—Suite**

Holt Cargo Systems Inc.—La demanderesse a déjà obtenu un jugement par défaut lui accordant la somme de 527 128,06 \$ avec des intérêts au taux annuel de 7 p. 100, le jugement renfermant une déclaration portant que le droit de Holt à l'égard de *Brussel* donne naissance à un privilège maritime—Le paiement a été suspendu en attendant la détermination du rang des créanciers et l'issue de l'appel interjeté contre l'ordonnance rendue par la Cour au sujet de la vente du navire—Les frais d'avocat associés à l'évaluation, aux annonces et à la vente du navire devraient être payés au moment où ils sont facturés, à valoir sur le fonds, et devraient avoir priorité sur l'hypothèque—b) Les approvisionnements nécessaires fournis au *Brussel* aux États-Unis donnent lieu à un privilège maritime qui a priorité sur les hypothèques—Les réclamations se rapportant aux marchandises et services fournis aux navires frères donnent lieu à des réclamations réelles prévues par la loi contre le *Brussel*, mais elles n'ont pas priorité sur les hypothèques—Les réclamations contre des navires autres que des navires frères ne peuvent pas être présentées contre le *Brussel*—Le créancier hypothécaire vient ensuite (68 100 000 \$)—Puis viennent les autres réclamations, prenant rang après l'hypothèque (à l'égard desquelles il ne reste plus d'argent dans le fonds)—Halterm Ltd.—Réclamation pour les services fournis au *Brussel* dans le cadre de l'exploitation d'un terminal conteneurs ainsi que d'une installation d'amarrage et d'entreposage de conteneurs—En vertu du contrat passé entre Halterm et la Société du port de Halifax, Halterm verse à la Société les droits de quai et de débarcadère que les navires lui doivent habituellement directement—Les montants que Halterm a versés à la Société sont facturés aux navires par Halterm et les navires versent à cette dernière les montants facturés—Halterm ne peut pas avoir la même priorité que la Société étant donné qu'aucun élément de preuve ne laisse entendre qu'il existait une garantie ou que le droit de la Société de faire valoir ses réclamations au moyen d'un privilège sur les navires avait expressément été cédé—La fourniture du mazout au *Brussel* par Bridge Oil Ltd. en Belgique donne naissance à des «droits privilégiés» sous le régime du droit belge, mais non à un privilège maritime—La réclamation n'a pas priorité sur les hypothèques grevant le navire, puisqu'il n'a pas été établi qu'elle donnait naissance à un privilège maritime sur le navire—Les réclamations déposées par les locataires de conteneurs en vertu d'ententes conclues avec ABC Containerline prévoyant l'existence d'un privilège contractuel contre les navires d'ABC n'occupent pas un rang spécial par rapport aux réclamations d'un tiers, et notamment par rapport au créancier hypothécaire—Certaines réclamations ont été présentées, mais elles n'ont pas été poursuivies à l'audience—Certains créanciers n'ont pas fourni de preuve au sujet du droit étranger—Certaines réclamations ont été présentées contre des navires autres que des navires frères—Certaines réclamations n'ont pas été prouvées et sont réputées avoir été abandonnées—Commercial Instruments

**DROIT MARITIME—Fin**

and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. §31342—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 43(8).

HOLT CARGO SYSTEMS INC. C. BRUSSEL (LE) (T-738-96, juge MacKay, ordonnance en date du 11-2-00, 54 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Requête en suspension d'instance pour empêcher le TCDP d'examiner la plainte de discrimination déposée par le défendeur—Le demandeur sollicite la suspension de la procédure d'examen jusqu'à ce que la Cour ait statué sur la demande de contrôle judiciaire déposée par le CN à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (Commission) de demander l'examen de la plainte—Le défendeur a d'abord allégué avoir été l'objet d'une discrimination fondée sur une déficience mentale (dépression et anxiété) après que le CN eut rejeté la demande de pension d'invalidité du défendeur au motif que ce dernier ne pouvait pas recevoir à la fois une pension et l'indemnité globale de cessation d'emploi de 75 000 \$—La Commission a refusé de demander l'examen de la plainte après avoir conclu que, suivant la preuve, l'allégation de discrimination n'était pas fondée—Le défendeur a déposé une deuxième plainte, alléguant avoir été l'objet d'une discrimination fondée sur une déficience (maladie mentale) sous forme de harcèlement, de défaut de s'entendre avec lui et de démission forcée—La Commission a décidé de demander que soit constitué un tribunal pour examiner la plainte—Requête en suspension rejetée—Le critère applicable à une demande de suspension d'instance repose sur trois éléments: l'existence d'une question sérieuse à juger; un préjudice irréparable; la prépondérance des inconvénients—Question sérieuse à juger—Le recours du CN à l'art. 41(1)e) de la LCDP pour invoquer un délai de prescription prévu par la loi n'est pas fondé puisque la Commission a un large pouvoir discrétionnaire de prolonger les délais de dépôt des plaintes—Malgré un certain doute quant à l'applicabilité de la chose jugée en l'espèce, vu le rejet de la première plainte avant le stade de l'adjudication et vu les différences dans le contenu des plaintes, il y a une question sérieuse à juger—Le délai total d'environ six ans soulève une question sérieuse à juger—Préjudice irréparable—La question d'une violation possible du droit d'être entendu dans un délai raisonnable, vu la non-disponibilité d'éléments de preuve, peut être examinée par le TCDP à l'enquête—Les difficultés de preuve éventuelles ne constituent donc pas un préjudice irréparable—Les exigences du litige, y compris les inconvénients pour les parties et les témoins, le stress et l'impossibilité de recouvrer les coûts, ne sont pas suffisantes pour satisfaire aux exigences de la première étape du critère, à savoir l'existence d'un préjudice irréparable, lorsqu'elles se présentent dans le cours ordinaire du litige—L'argument fondé sur la possibilité que le CN obtienne gain de cause dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire n'est pas

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

fondé, car il présume qu'il sera fait droit à la demande de contrôle judiciaire—Dans tous les cas, même s'il est fait droit à la demande de contrôle judiciaire, la participation à la procédure d'examen de la plainte aura constitué un désagrément, et non un préjudice irréparable—Prépondérance des inconvénients—L'intérêt public s'oppose à ce que l'examen de cette plainte soit retardé davantage—Le demandeur n'a pas établi qu'il subira un préjudice irréparable si la procédure d'examen de la plainte suit son cours ou que ce préjudice sera plus grand que celui que subirait le défendeur si la suspension est accordée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 41(1)e) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34; 1995, ch. 44, art. 49).

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. LEGER (T-1547-99, juge Hansen, ordonnance en date du 22-2-00, 14 pp.)

**FONCTION PUBLIQUE****FIN D'EMPLOI**

Appel d'une décision de la Section de première instance (*Green c. Canada (Conseil du Trésor)* (1997), 134 F.T.R. 108) annulant la décision de l'arbitre rejetant le grief contre le renvoi d'un contrôleur aérien par Transport Canada pour avoir sciemment laissé la tour de contrôle sans surveillance pendant 35 minutes; appel incident concernant la décision du juge de première instance qui a conclu que l'arbitre n'a pas commis d'erreur dans son application du principe dégagé dans *Brown v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.) sur la crédibilité des témoins—Le juge de première instance a renvoyé l'affaire pour instruction par un autre arbitre pour appliquer la sanction appropriée, compte tenu des principes d'action disciplinaire corrective et progressive—Appel accueilli; appel incident rejeté—La norme de contrôle judiciaire applicable à un cas de recours contre la décision rendue par un arbitre est celle de la décision manifestement déraisonnable—Le juge de première instance a annulé la décision de l'arbitre parce qu'elle n'a pas pris en considération les longs états de service sans tache du défendeur, ni les conséquences du renvoi, afin de considérer la possibilité de mesures disciplinaires correctives au lieu du renvoi—Toutefois, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les états de service n'avaient pas été pris en considération—L'appréciation et la mise dans la balance de considérations contradictoires (états de service c. l'énormité de l'abandon du poste) relèvent parfaitement de l'expertise et de la compétence de l'arbitre—Quant aux conséquences du renvoi, le juge de première instance n'aurait pas dû conclure que l'arbitre avait commis une erreur sur un point au sujet duquel aucune preuve n'avait été produite et qui n'avait été débattu ni dans la procédure de grief ni dans la procédure de contrôle judiciaire—Pour ce qui est du principe de sanction

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

disciplinaire progressive et corrective, la décision confirmant un renvoi n'est pas manifestement déraisonnable si les preuves produites devant l'arbitre permettent de conclure que les relations entre employeur et employé sont irrémédiablement compromises et qu'il n'y a aucun potentiel de réadaptation: *Canadian Labour Arbitration*, Donald J.M. Brown et David M. Beatty, 3<sup>e</sup> éd., Canada Law Books Inc., Aurora, (1999)—En l'espèce, l'arbitre n'était pas convaincue que le défendeur ne récidivrait pas; elle n'a pas relevé de manifestations de remords ni de conscience de la gravité de ses agissements; elle a constaté qu'il continuait à minimiser et à justifier ses agissements—L'arbitre a conclu que l'affirmation par l'employeur que la relation de confiance entre lui et le défendeur avait été irrémédiablement rompue n'était pas déraisonnable—L'arbitre n'a donc pas commis une erreur du fait de ne pas avoir considéré expressément la possibilité de mesures disciplinaires correctives ou progressives—Quant à l'appel incident, *Brown v. Dunn* pose pour règle de preuve que dans le cas où la crédibilité d'un témoin est mise en doute à la lumière d'éléments de preuve qui contredisent son témoignage, il faut lui donner la pleine possibilité d'expliquer cette contradiction—La preuve à l'égard du défendeur provient du témoignage de deux témoins—Dans un cas, *Brown v. Dunn* ne s'applique pas—Dans l'autre, l'arbitre n'a guère attaché d'importance à son témoignage, notant que même s'il était révélateur de quelque animosité par le passé, il y avait suffisamment de faits pour justifier la décision de renvoyer le défendeur; *Brown v. Dunn* n'interdit pas à l'arbitre de tirer cette conclusion.

GREEN C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-542-97, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 27-3-00, 15 p.)

**PROCESSUS DE SÉLECTION***Principe du mérite*

Contrôle judiciaire de la décision du Comité d'appel qu'il n'avait pas compétence pour entendre un appel en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, puisqu'il n'y avait pas eu de nomination—L'art. 21 prévoit qu'on peut contester une nomination au motif qu'elle ne respecte pas le principe du mérite—Jusqu'en juillet 1995, D. Wipp était à l'emploi du Centre de ressources humaines de Vanderhoof (C.-B.) en qualité de conseiller en emploi (PM-02)—On lui a accordé une année de congé sans solde lors de la réinstallation de son époux—Le 5 juin 1996, elle est «nommée» au Centre de ressources humaines de Kelowna à titre d'agent de programmes et services (PM-02) pour une période d'un peu moins que quatre mois—Elle est «nommée» pour un second terme de six mois—Ensuite, elle est «affectée» au même poste pour six mois—L'«affectation» a été renouvelée deux fois—Le Comité d'appel a

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

conclu que le transfert d'un poste à un autre dans le même groupe et au même niveau ne constitue pas une promotion—En conséquence, l'«affectation» au poste de Kelowna ne constituait pas une nomination—L'appelante n'a pas démontré que le poste de Kelowna exigeait des qualifications supplémentaires ou particulières, les fonctions étant semblables—Demande accueillie—Les critères jurisprudentiels suivants sont appliqués pour déterminer s'il y a une nomination: 1) l'affectation était-elle d'une «durée à ce point importante et indéterminée» que M<sup>me</sup> Wipp puisse être présumée disposer d'un «net avantage» dans un processus de sélection subséquent; 2) y a-t-il eu une modification si importante ou substantielle des fonctions exigeant des «qualifications supplémentaires ou particulières» de sorte que l'«affectation» équivalait à un nouveau poste; 3) la mesure de dotation était-elle une tentative du Ministère d'éviter l'application du principe du mérite?—Le Comité d'appel n'a pas appliqué correctement le critère juridique approprié en n'examinant pas la longueur de l'affectation, étant donné l'importance de cette partie du critère juridique, compte tenu notamment du fait qu'on a déjà jugé dans certaines circonstances que même une période de neuf mois était déjà trop longue pour une affectation—De plus, le Comité d'appel n'a pas mentionné dans ses motifs la partie du critère juridique qui porte sur la tentative de contourner le principe du mérite—La preuve porte que le Ministère avait des contraintes financières à Kelowna et n'était pas disposé à créer un nouveau poste au cours des négociations, mais qu'il désirait accommoder la réinstallation et aurait fait une nomination n'eût été les négociations—Cette preuve exigeait qu'on analyse la question de savoir si le Ministère avait exercé une souplesse de gestion raisonnable ou s'il essayait d'éviter l'application du principe du mérite—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

ABERCROMBIE C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (T-166-99, juge Dawson, jugement en date du 31-3-00, 7 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Requête en transfert de la demande de contrôle judiciaire à la Cour d'appel fédérale en vertu de la règle 49 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Requête accueillie—L'unique question est de savoir si, lorsque la présidente suppléante a rendu sa décision en octobre 1999, elle agissait comme Commission, donnant ainsi compétence exclusive à la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'art. 28(1)(i) pour entendre la demande de contrôle judiciaire, ou si elle agissait plutôt à titre d'arbitre en grief, donnant compétence à la section de première instance—Lorsque la présidente suppléante s'est prononcée sur la requête en prorogation de délai, suivant l'art. 63b) du Règlement et règles de procédure de la CRTFP, elle faisait office de Commission—L'art. 96.1

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

permet à l'arbitre de grief d'exercer le pouvoir discrétionnaire de la Commission seulement dans le cadre de l'affaire dont il est saisi—Dans le présent dossier, lors de l'audition de la requête en prorogation de délai, la président suppléante n'était encore saisie de l'affaire—Règlement et règles de procédure de la CRTFP (1993), DORS/93-348, art. 63*b*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1)(*i*) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 49.

FRÈVE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1611-99, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 9-3-00, 4 p.)

**FORCES ARMÉES**

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le Conseil de révision des carrières, par laquelle ce dernier a modifié le statut de libération du demandeur—Le demandeur est membre des Forces armées canadiennes—Il a demandé sa libération des Forces dans le cadre du Programme de réduction des Forces 1996 (PRF96)—Le Conseil de révision des carrières a changé le statut de libération du demandeur à «5f)—Inapte à continuer son service militaire—Aptitude C», étant donné que le demandeur avait violé la Politique des Forces canadiennes relative aux drogues en offrant de la drogue à un agent de police en civil—Le demandeur a ainsi perdu son statut au regard du PRF, de même que les avantages financiers qui y étaient liés—Le demandeur soutient qu'il n'a pas eu la possibilité de répondre à l'accusation qui pesait contre lui—Le demandeur faisait usage de drogues illégales tout en encourageant d'autres à faire comme lui—Une quantité de marijuana a été trouvée sur sa personne—Aucune preuve n'établit l'existence de l'enregistrement sur bande de la conversation entre le demandeur et l'agent de police en civil—Un rapport de police non occulté a été communiqué en l'espèce au demandeur, malgré le fait qu'il n'en ait pas eu copie avant d'être invité à présenter ses observations—Le demandeur connaissait l'essentiel de l'accusation portée contre lui—La conclusion du Conseil de révision des carrières selon laquelle le demandeur s'était livré au trafic de drogues constituait une condition préalable à sa libération des Forces—La résolution de la question de la crédibilité constituait une étape importante dans la détermination, en dernière analyse, par le Conseil des droits du demandeur—Aucune raison ne permet à la Cour d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience si le demandeur ne démontre pas qu'il y a lieu de mettre en doute la valeur probante du document—Aucune injustice d'importance n'a été causée, malgré le vice de procédure—La Cour refuse de renvoyer l'affaire pour la tenue d'une nouvelle audience—Les arrêts invoqués par le demandeur ne vont pas jusqu'à lui conférer le droit de présenter des observations directement à l'autorité en matière de libération dès lors que sont connues les

**FORCE ARMÉES—Fin**

recommandations du Conseil de révision des carrières—Demande rejetée.

ROCKMAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-694-97, juge Pelletier, ordonnance en date du 15-2-00, 20 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU**

Appel d'une décision de la C.C.I. rejetant l'appel interjeté contre les cotisations établies aux termes de l'art. 161(1)*c*) de la LIR (transfert de biens entre personnes ayant un lien de dépendance)—En octobre 1991, cinq jours avant le décès de son épouse, le père des trois appelants a renoncé à l'héritage qu'elle lui laissait par testament (elle lui légua tous ses biens, y compris la maison familiale située à London (Ontario)) et à son droit d'agir comme exécuteur, fiduciaire ou administrateur du testament ou de la succession de son épouse—Toutefois, dans les faits, il a agi comme exécuteur de la succession de son épouse et a continué de vivre dans la maison familiale avec les appelants après le décès de celle-ci et il y demeure encore aujourd'hui—Le père devait 74 823,97 \$ à Revenu Canada depuis 1988—En septembre 1994, il a signé une renonciation formelle à ses droits en tant que bénéficiaire de la succession de son épouse et a transféré la maison familiale, en sa capacité d'exécuteur de la succession, à Earl Biderman à titre de fiduciaire pour les appelants—Ce transfert empêchait que le bien-fonds soit dévolu à M. Biderman aux termes de la Loi sur l'administration des successions de l'Ontario—Le MRN a envoyé un avis de cotisation à chacun des appelants aux termes de l'art. 161(1)*c*) de la LIR en s'appuyant sur le fait que le père avait un droit dans les biens de la succession quand il a signé la renonciation formelle et qu'il avait directement ou indirectement transféré le bien-fonds aux appelants avec qui il avait un lien de dépendance—Les appelants ont sans succès contesté la cotisation établie devant la Cour de l'impôt—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que, même si la renonciation était valide, le père avait néanmoins un droit découlant du testament qui correspondait à la valeur nette de la maison familiale et que la renonciation à ce droit avait donné lieu au transfert du bien au sens de l'art. 160 de la LIR—Il a aussi conclu que le père n'avait pas véritablement renoncé au bien qui lui avait été légué par testament parce qu'il a continué de bénéficier de ce bien pendant près de trois ans en vivant lui-même dans la maison avec ses trois enfants et parce qu'il a utilisé le bien pour négocier une entente avec Revenu Canada au sujet de sa dette—Les questions qui se posaient étaient de savoir si le père avait valablement renoncé à la maison familiale ; et, dans l'affirmative, si les appelants étaient néanmoins solidairement responsables aux termes de l'art. 160(1)*c*) de la LIR des impôts dus par leur père parce que le bien, sous la forme du droit d'hériter de la maison

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

familiale, qui aurait été dévolu à leur père, leur avait été transféré pour une valeur inférieure à la juste valeur marchande par une personne avec laquelle ils avaient un lien de dépendance—Appel rejeté—Tout d'abord, la renonciation informelle faite en 1991 n'a aucun effet légal et n'est d'aucune utilité à M. Biderman parce qu'elle a été faite avant le décès de la testatrice—En outre, la conduite ultérieure du père est totalement incompatible avec sa renonciation—La deuxième tentative de M. Biderman de renoncer à son héritage a été faite trop tard, étant donné que la preuve établit qu'il avait accepté la succession testamentaire—La renonciation formelle était en fait un abandon—Par conséquent, la succession lui avait été léguée à titre bénéficiaire et les appelants ont reçu la maison familiale directement de leur père—Il s'agit du cas d'un débiteur fiscal qui a transféré un bien à des personnes avec qui il avait un lien de dépendance pour une valeur inférieure à la juste valeur marchande—Les appelants sont solidairement responsables, avec leur père, des impôts qu'il doit—Opinion incidente: l'art. 248(8) de la LIR n'est pas applicable en l'espèce étant donné que, quand il est lu de concert avec l'art. 70 de la LIR, il a pour but de reconnaître la responsabilité fiscale pour les gains en capital et détermine à qui incombe cette responsabilité et à quel moment—Par ailleurs, l'art. 160 de la LIR est une disposition anti-échappatoire concernant les transferts—L'interprétation littérale de l'art. 248(8)b) semblerait rendre l'art. 160 de la LIR inapplicable au legs d'un bien réel en vertu d'un testament lorsque ce legs a fait l'objet d'une renonciation ou d'un abandon—Il n'y a pas de fondement à l'argument du défendeur selon lequel, par l'effet combiné de l'art. 160 de la LIR et de la définition large qui est donnée du terme bien à l'art. 248(1) de la LIR, même si le père avait fait une renonciation valide, il aurait transféré aux appelants non pas la maison familiale, mais le droit d'hériter ou un droit dans le bien qui lui aurait été dévolu par testament, dont la valeur correspondait à la valeur nette de la maison familiale—Lorsqu'il y a une renonciation valide, il n'y a pas de transfert de bien, direct ou indirect, et l'art. 160(1)c) de la LIR ne peut s'appliquer à la personne qui a fait cette renonciation—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 70, 160(1)c), 248(1) «bien», (8)b)—Loi sur l'administration des successions, L.R.O. 1990, ch. E-22.

BIDERMAN C. CANADA (A-535-98, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 4-2-00, 26 p.)

*Déductions*

Appel contre une décision de la C.C.I. selon laquelle les pertes locatives que le contribuable a subies n'étaient pas déductibles dans le cadre du calcul de son revenu imposable vu l'absence d'une attente raisonnable de profit—En 1986, le contribuable a acquis deux logements en copropriété à London (Ontario), et deux à Surrey (Colombie-Britannique)—Il n'entendait pas les utiliser à des fins personnelles—Pour les années d'imposition 1990, 1991 et

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

1992, le contribuable a réclamé des pertes de près de 60 000 \$ qui découlaient principalement d'intérêts sur des sommes qu'il avait empruntées pour acheter les logements—Le ministre a refusé ces réclamations sur le fondement que pour les années en cause, il ne paraît pas y avoir d'attente raisonnable de profit—La C.C.I. a confirmé la cotisation—Appel rejeté—L'arrêt *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480 (dans lequel le critère de l'attente raisonnable de profit a été énoncé) a conclu que pour avoir une source de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une attente raisonnable de profit—Dans le cas où le bien immobilier est conservé pour un objectif autre que la réalisation d'un profit, les pertes ne peuvent être déduites vu que le bien ne constitue pas une source de revenu—Le juge de la C.C.I. n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère de l'attente raisonnable de profit pour déterminer si les logements en copropriété constituaient une source de revenu—Le juge de la C.C.I. a conclu que le contribuable a acheté les logements en vue de déduire les pertes locatives d'autres revenus et de réaliser un gain en capital lors de la vente des logements par suite de l'augmentation prévue de la valeur de la propriété; le plan ne prévoyait pas qu'on devait s'attendre à tirer un profit du revenu de location—Le juge de la C.C.I. n'a pas commis d'erreur manifeste ou dominante en tirant ses conclusions de fait—Comme il n'y avait pas de source de revenu en l'espèce, les intérêts n'étaient pas déductibles en vertu l'art. 20(1)c) de la Loi—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 20(1)c).

STEWART C. CANADA (A-337-98, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 18-2-00, 5 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Appel de la décision de la C.C.I. confirmant la cotisation établie par le MRN à l'encontre du contribuable pour l'année 1987—Par cette cotisation, le MRN attribuait au contribuable en totalité, et traitait comme revenus d'entreprise, les gains que lui et des personnes qui étaient liées à lui avaient réalisés, suite à une série de transactions relatives à l'achat et à la vente d'un immeuble et qu'ils avaient séparément déclarés comme gains en capital—La C.C.I. a statué que la série de transactions complexes en 43 étapes complétées en quelques jours et à laquelle avaient participé des personnes morales, des fiducies, des individus groupés en société et d'où était résulté le transfert de propriété de l'édifice camouflait un profit qu'avait réalisé le contribuable en disposant des droits qu'il avait obtenus dans le cadre d'une opération de nature commerciale—Appel rejeté—Rien ne permet de contester les conclusions de fait essentielles sur lesquelles s'appuie la décision—Un fait central: c'est pour minimiser l'incidence fiscale de la transaction d'ensemble que fut imaginée et exécutée la série de manœuvres en 43 étapes—La décision de la C.C.I. est fondée sur une constatation essentielle, soit celle que la série de manœuvres

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

à laquelle on a eu recours, non seulement n'avait pour plusieurs de ses éléments qu'un caractère artificiel, mais qu'elle ne reflétait pas les transactions réelles intervenues et ne correspondait pas aux relations véritables qui s'étaient formées entre les parties, bref qu'elle constituait en définitive un trompe l'œil, un subterfuge, un «*sham*».

LEDOUX C. CANADA (A-813-97, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-1-00, 6 p.)

**PRATIQUE**

Requête visant à hâter l'audition des appels dans les dossiers A-823-99 et A-106-99, relatifs à une décision par laquelle la Section de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision d'un président d'enquête agissant en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui portait sur divers aspects de la procédure qu'il devait suivre dans la direction de l'enquête sur les affaires financières de l'appelant—Notamment, la décision du président d'enquête soulevait la question de savoir si, aux fins de l'équité, les intimés étaient tenus de communiquer les documents et les renseignements dont ils entendaient se servir dans l'interrogatoire des témoins à l'enquête un certain temps avant que les témoins ne commencent à témoigner—Une des questions fondamentales soulevée dans l'appel, liée à l'allégation d'atteinte à la justice naturelle et à l'équité procédurale, s'appuie sur la participation antérieure du juge des requêtes, agissant pour le compte de l'appelant, et de son ancien cabinet d'avocats, dans le litige découlant du processus d'enquête—L'appel en l'espèce et l'appel dans le dossier A-106-00 devraient être entendus et jugés avant que l'appelant dans le dossier A-106-00 et les autres témoins principaux ne soient tenus de témoigner—Un calendrier est établi pour le dépôt des dossiers d'appel, l'ajout de nouveaux éléments de preuve à ceux-ci, les contre-interrogatoires au sujet de la preuve par affidavits, le dépôt des exposés des faits et du droit et l'audition des appels—Les questions quant à la pertinence et à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve (y compris d'une partie de la transcription de l'enquête) ajoutés au dossier d'appel relèveront du tribunal chargé de l'audition des appels—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.4 (édicte par L.C. 1986, ch. 6, art. 121).

DEL ZOTTO C. M.R.N. (A-106-00, A-823-99, juge Stone, J.C.A., ordonnance en date du 2-5-99, 8 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision du tribunal disciplinaire déclarant le demandeur coupable d'une infraction disciplinaire—Sa demande est fondée sur le fait que sa demande, fondée sur l'art. 16 de la Loi sur les langues officielles, que la procédure se déroule en français devant un

**PÉNITENCIERS—Fin**

président qui comprend le français a été refusée—L'art. 3 de la Loi précise qu'un tribunal fédéral est un «organisme créé sous le régime d'une loi fédérale pour rendre justice»—La seule question est de savoir si un tribunal disciplinaire «rend justice»—Demande rejetée—La Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale ont déjà décidé que ce type de tribunal est un tribunal administratif et donc n'est pas un tribunal qui rend justice: *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118 et *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, ainsi que *Hanna c. Établissement de Mission*, (1995), 102 F.T.R. 275 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), c. 31, art. 3, 16.

BELAIR C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-1413-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 15-2-00, 4 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel), en date du 8 mai 1998, confirmant une décision du Comité d'évaluation—La Commission des pensions a donné suite aux recommandations du directeur du Comité de consultation médical en matière de pensions, sans aviser le demandeur au préalable—La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de présentation de la demande de contrôle judiciaire jusqu'au 24 juillet 1998, date de l'avis de demande—La demande de contrôle judiciaire est fondée sur le fait que le Tribunal a refusé d'augmenter les évaluations suite à une preuve médicale additionnelle—La Table des invalidités des Anciens combattants qui porte sur l'évaluation de la colonne lombaire fournit la description des divers degrés d'invalidité—En vertu de l'art. 35(2) de la Loi sur les pensions, la Table des invalidités a pour but d'aider les médecins et les chirurgiens afin de viser l'uniformité dans les évaluations—Les médecins et les chirurgiens ne sont pas là simplement pour cataloguer les indices d'invalidité à l'usage du Tribunal—La définition restreinte que le Tribunal donne du rôle des médecins et chirurgiens dans le processus d'évaluation n'est pas acceptable—Le Tribunal ne peut rejeter la définition de l'invalidité faite par un médecin sans motiver sérieusement sa décision—On ne voit pas clairement comment le Tribunal est arrivé à sa conclusion au sujet du degré d'invalidité—Le défaut de motiver les décisions est une erreur de droit qui justifie l'intervention de la Cour—Les motifs consistent ici simplement en un énoncé des conclusions, sans qu'on indique comment on y est arrivé—Aucun principe n'exige que le Tribunal ne tienne pas compte de la preuve versée au dossier du demandeur au fil des ans—La Cour ne peut pas tout simplement ordonner au Tribunal d'appliquer la preuve du D' Li—La réparation consiste habituellement à renvoyer la question à un comité



**PENSIONS—Fin**

d'évaluation différemment constitué pour réexamen—En vertu de l'art. 85 de la Loi sur les pensions, le ministre peut réexaminer sa décision à la demande du Tribunal—Le ministre peut de son propre chef réexaminer sa décision pour corriger toute erreur dans une décision—L'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre de réexaminer la question de l'admissibilité du demandeur irait dans le sens des intérêts de la justice—Ordonnance infirmant la décision du comité d'évaluation du 8 mai 1998 et renvoyant la question au Tribunal—Le Tribunal doit renvoyer la question au ministre pour réexamen en vertu de l'art. 85 de la Loi—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 35(2), 85.

KING C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1530-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 11-2-00, 18 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE**

Appel interjeté par la demanderesse et appel incident interjeté par les défendeurs contre une ordonnance rendue par le protonotaire le 10 décembre 1999 dans le dossier T-1400-99, désigné sous le nom d'«instance initiale»—Ordonnance radiant certaines parties de l'avis de demande, réduisant de beaucoup l'étendue du contrôle judiciaire—Requête présentée par la demanderesse en vue de l'obtention de l'autorisation de modifier la demande présentée dans l'instance initiale et de la prorogation du délai de présentation de la demande—Requête présentée par les défendeurs en vue de la radiation de parties importantes de l'avis de demande déposé dans le dossier T-1993-99, désigné sous le nom de «seconde instance»—La demanderesse voulait achever les travaux de construction de l'Alexander/Red Hill Creek Expressway—Le ministre de l'Environnement avait soumis le projet à une commission d'évaluation constituée en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale pour qu'elle effectue une évaluation environnementale au moyen d'une audience publique—La demanderesse avait présenté deux demandes de contrôle judiciaire contestant un certain nombre de décisions prises par les autorités fédérales au sujet de l'examen du projet—Le ministère des Pêches et des Océans (le MPO) avait informé la demanderesse que le projet pouvait avoir des effets néfastes sur les ressources halieutiques et sur l'habitat du poisson en violation de l'art. 35(1) de la Loi sur les pêches—Une demande visant à l'obtention de l'autorisation de poursuivre le projet déclencherait l'application de la LCEE, qui amènerait le MPO, en sa qualité d'autorité responsable, à effectuer un examen préliminaire du projet—L'ordonnance du protonotaire avait pour effet de limiter la portée de l'instance initiale à l'examen de la décision par laquelle le ministre de l'Environnement avait nommé les membres de la Commission d'évaluation et avait fixé le mandat de la

**PRATIQUE—Suite**

commission—La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans le cadre de l'examen d'une ordonnance rendue par le protonotaire est énoncée dans *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—La Cour devrait exercer son propre pouvoir de nouveau—Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour a conclu qu'il était possible que la demanderesse ait gain de cause—Il ne s'agissait pas d'un cas exceptionnel justifiant la radiation de certaines parties de l'avis de demande—L'appel interjeté contre l'ordonnance radiant certaines parties de la demande initiale a été rejeté et l'appel incident a été rejeté—Le pouvoir discrétionnaire en cause est un pouvoir qui devra être exercé par le juge lorsque la demande sera entendue au fond—L'autorisation de modifier l'avis de demande dans l'instance initiale et la prorogation nécessaire de délai y afférente sont accordées—Avant que le mandat de la commission d'évaluation ait été fixé, la demanderesse n'avait pas manifesté son intention de solliciter un contrôle judiciaire au sujet de l'autorisation prévue par la Loi sur les pêches ou de l'application de la LCEE—La requête visant à la radiation de certaines parties de l'avis de demande déposé dans la seconde instance est rejetée—Il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel au point de justifier la radiation des allégations de l'avis de demande—Il n'est ni clair ni évident que les allégations seront rejetées ou qu'elles sont dénuées de toute possibilité de succès—Toute la question des dépens devrait être laissée à l'appréciation du juge qui entendra les demandes au fond—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35(1).

HAMILTON-WENTWORTH (MUNICIPALITÉ RÉGIONALE) C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1400-99, T-1993-99, juge Dawson, ordonnance en date du 6-4-00, 30 p.)

*Modifications*

Requête visant à obtenir l'autorisation de modifier les avis de demande de façon à solliciter un jugement déclaratoire à la place d'un bref de *mandamus* et à ajouter aux demandes de contrôle judiciaire des allégations selon lesquelles le ministre a tenu compte de facteurs non pertinents et a pris sa décision de mauvaise foi—Les demanderesses avaient antérieurement présenté une requête afin d'élargir le fondement de leurs demandes de façon à y inclure des allégations de partialité administrative—Requête rejetée par le juge Nadon—Les modifications demandées maintenant diffèrent quant au fond de celles antérieurement prises en compte par la Cour—L'avis de demande peut être modifié en tout temps—En l'absence de préjudice subi par la partie adverse, il y a lieu de faire droit aux modifications si elles permettent d'identifier les véritables questions qui opposent les parties—Les demanderesses doivent fournir des éléments de preuve afin de convaincre la Cour qu'il serait juste dans les circonstances de les autoriser à ajouter un autre motif aux

## PRATIQUE—Suite

demandes de contrôle judiciaire—Eu égard aux éléments de preuve fournis maintenant pour convaincre la Cour, il est juste de permettre aux demanderesse de modifier les demandes—Autorisation donnée aux demanderesse de modifier leurs demandes ainsi qu'elles l'ont sollicité.

ATLANTIC PRUDENCE FUND CORP. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2294-96, IMM-2296-96, IMM-2297-96, juge Dawson, ordonnance en date du 31-3-00, 6 p.)

*Requête en radiation*

Appel contre la décision du protonotaire, qui a rejeté la demande de radiation de certaines parties de la déclaration des demandeurs—Dans leur déclaration, les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'ils sont membres de la bande indienne d'Ermineskin n° 942 depuis novembre 1937 ou depuis leur date de naissance respective et qu'en conséquence, ils ont droit à tous les avantages que les membres de la bande ont reçus depuis cette date ou qu'ils pourraient se voir offrir à l'avenir—Les demandeurs soutiennent que la Couronne et les défendeurs d'Ermineskin sont conjointement et solidairement responsables—Appel rejeté—Le protonotaire n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a examiné la question de savoir s'il est «clair et évident» que la Cour n'a pas compétence pour entendre les demandes formulées par des individus contre le conseil de la bande—Les faits des affaires *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, et *Paul c. Bande indienne de Kingsclear* (1997), 132 F.T.R. 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans lesquelles il a été conclu que la Cour avait la compétence voulue en vertu de l'art. 17(4) de la Loi sur la Cour fédérale, sont similaires à ceux de l'espèce—Il n'est pas clair et évident que la Cour n'a pas compétence—Il n'est pas clairement inutile pour les demandeurs de soutenir que les défendeurs d'Ermineskin peuvent avoir une obligation fiduciaire à l'égard des parents des demandeurs et de trois de ces derniers, de même qu'à leurs descendants, en vertu de la résolution leur conférant le statut de membre de la bande—Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives: *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(4) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3).

HODGSON C. BANDE INDIENNE D'ERMINESKIN N° 942 (T-2553-91, juge Reed, ordonnance en date du 13-3-00, 10 p.)

Requête en vue de faire radier la déclaration sur le fondement d'un moyen qui a été invoqué il y a deux ans à titre de moyen de défense—La conférence préparatoire a été reprise à la suite de la demande de conférence préparatoire présentée le 25 mars 1999—Les défendeurs ont donné pour instructions à leur nouvel avocat de présenter une requête

## PRATIQUE—Suite

complexe, à seulement quatre semaines de la date de l'instruction, en vue de faire radier la déclaration en invoquant un moyen d'irrecevabilité fondé sur la chose jugée—Les clients qui donnent des instructions à la dernière minute devraient avoir assez de cœur au ventre pour se présenter à la conférence préparatoire à l'instruction pour expliquer pourquoi ils ont modifié leurs instructions à la dernière minute—Il résulte beaucoup de confusion, d'inconvénients et un préjudice pour la demanderesse qui a fini par convaincre des défendeurs récalcitrants de fixer une date d'instruction—Lorsqu'un moyen d'irrecevabilité ou l'autorité de la chose jugée est invoqué en défense, le dépôt d'une défense ne fait pas obstacle à la présentation d'une requête en radiation—Radier la requête à cette étape-ci enlèverait à la demanderesse la possibilité d'être entendue par un juge du fond, alors qu'il est possible que la réparation qu'elle demande relève du pouvoir discrétionnaire de ce juge et qu'elle doit être tranchée par lui—On devrait laisser le juge du fond examiner la question au procès—Il faudrait interdire aux défendeurs de présenter à une date aussi tardive une requête qui perturbera et retardera le déroulement de l'instance et qui aura probablement pour effet de retarder d'encore au moins une autre année l'audition de la cause de la demanderesse—La requête est rejetée.

AIR SPRAY (1967) LTD. C. CANADA (T-2293-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 9-2-00, 10 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre le refus par la directrice du scrutin, lors de l'élection du chef et du conseil de la Nation indienne de Lubicon Lake, de laisser voter quiconque prenait part à une action tendant à la création d'une nouvelle bande s'il ne s'en dissociait pas par affidavit—1) Fin de non-recevoir opposée par la défenderesse du fait que la demande ne contenait pas un énoncé précis de la réparation demandée, contrairement à la règle 301*d*) des Règles de la Cour fédérale (1998)—La Cour autorisera, en application de la règle 59*b*), la rectification du défaut d'articuler le chef de demande—Il n'y a jamais eu aucun doute au sujet du chef de demande; la demande portait ce vice lorsqu'elle fut déposée, or la défenderesse ne l'a pas relevé dans sa réponse, et c'est maintenant seulement qu'elle le fait; elle n'en a subi aucun préjudice, et le vice lui-même n'est qu'une erreur matérielle—Que l'annulation de la décision contestée soit, oui ou non, dénuée de conséquences pratiques, il s'agit là d'un point à décider par le juge du fond—En cas de recours en contrôle judiciaire, l'essentiel est de mettre l'affaire en état le plus tôt possible en vue de son audition—Il s'agit donc de décourager les fins de non-recevoir—2) La requête en exclusion des demandeurs qui n'ont pas déposé leur affidavit respectif à l'appui de la demande, est dénuée de fondement—La personne qui agit en contrôle judiciaire n'est pas tenue de déposer ses propres affidavits—Un recours en contrôle judiciaire peut se poursuivre en l'absence de tout affidavit—Le point focal est

**PRATIQUE—Suite**

la validité de la décision entreprise—Les requêtes interlocutoires ne sont pas encouragées dans la procédure de contrôle judiciaire—3) Rejet de la requête en autorisation pour la défenderesse de retirer l'affidavit de Dwight Gladue, qui explique la procédure mise en place pour les élections en question—Différence relevée avec la cause *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.)—En l'espèce, le retrait de l'affidavit équivaldrait au cas où une partie fait comparaître un témoin à la barre, l'interroge, puis cherche à faire supprimer son témoignage du dossier, ce qui n'a rien de commun avec la décision de ne pas citer un témoin—Non seulement le retrait empêchera le contre-interrogatoire, mais il est manifestement un élément de la stratégie visant à limiter l'accès des demandeurs aux éléments d'information pertinents—Le fait que l'avocat de la défenderesse décide maintenant qu'il ne tient pas à invoquer cet affidavit n'est pas une raison acceptable pour en autoriser le retrait—4) Requête des demandeurs tendant à la production par la directrice du scrutin de la liste des membres de la bande à la date des élections en question—Il se peut que celle-ci n'eût pas cette liste en sa possession, mais il ressort du dossier qu'elle se fondait sur une liste de ce genre pour décider qui était admissible à voter et qui ne l'était pas, comme en témoignent les questions posées au commis à l'inscription des membres de la bande—Les documents demandés ne sont ni confidentiels ni protégés; la demande n'est ni vague ni générale; il y a un rapport direct avec l'affidavit de la directrice du scrutin—Ces documents doivent être produits—5) Par ces motifs, il est ordonné à M. Gladue de comparaître pour contre-interrogatoire—Règles de la Cour fédérales (1998), DORS/98-106, règles 59b), 301d).

OMINAYAK C. VENNE (T-875-99, juge Reed, ordonnance en date du 24-2-00, 11 p.)

**AFFIDAVITS**

1) Requête des intervenants visant à faire radier l'affidavit déposé par les demandeurs à l'appui de la requête principale en radiation de l'intervention des intervenants; 2) requête en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger les représentants des intervenants relativement à la requête principale—Requêtes rejetées—(1) Bien qu'il soit irrégulier parce qu'il déborde d'allégations constituant des conclusions et des arguments, touchant presque toutes des questions de droit à l'égard desquelles son auteur n'est apparemment pas qualifié, l'affidavit ne doit pas être radié—Dans une procédure moderne saine, les irrégularités dans les actes de procédure ne doivent pas faire l'objet d'une requête et ne doivent pas commander que la Cour prononce des ordonnances radiant ou corrigeant de telles irrégularités à moins que la partie qui soulève l'irrégularité puisse démontrer qu'elle lui cause un préjudice quelconque—Le seul préjudice mentionné par l'avocat des intervenants était que la Cour pourrait être

**PRATIQUE—Suite**

incitée à croire que ces allégations très tendancieuses de l'affidavit sont des questions de fait non contestées—Il faut espérer que la Cour n'est pas aussi crédule—En l'absence de la preuve d'un préjudice et même si presque tout l'affidavit est irrégulier, rien ne justifiait que la Cour le radie—2) Si l'ordonnance initiale reconnaissant la qualité des intervenants est nulle en raison du jugement par lequel la Cour d'appel a annulé, entre-temps, la décision rendue à l'issue de la première instruction, il incombe aux intervenants de démontrer, comme argument de droit invoqué relativement à la requête principale, que l'ordonnance, bien que caduque, doit être renouvelée—Si, compte tenu des événements survenus depuis la première instruction, la situation a suffisamment changé pour que l'ordonnance doive être réexaminée, le fardeau de prouver que l'ordonnance doit être modifiée incombe aux demandeurs—Ils n'ont pas le droit de procéder à l'aveuglette dans l'espoir de découvrir quelque chose en forçant les intervenants à témoigner.

BANDE DE SAWRIDGE C. CANADA (T-66-86A, juge Hugessen, ordonnance en date du 3-2-00, 7 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Annulation ou modification*

Requêtes présentées en vertu de la règle 399 en vue d'obtenir le réexamen d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale statuant sur une demande de contrôle judiciaire entendue et tranchée le 3 décembre 1999—Les demandeurs sont respectivement l'objet et le témoin principal d'une enquête tenue en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le juge qui a entendu la demande de contrôle judiciaire est un ancien associé du cabinet Osler's—Il est prétendu que l'implication antérieure du juge avec Osler's et avec les demandeurs dans leur litige n'a été portée à la connaissance de ces derniers que peu de temps après le jugement du 3 décembre 1999—Ces faits ont soulevé chez eux une crainte raisonnable de partialité qui rend la décision qu'ils cherchent à faire réexaminer nulle—Les deux demandeurs ont porté en appel le jugement du 3 décembre 1999—Appels pendants—Requêtes rejetées pour des motifs procéduraux seulement—Décision fondée sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Etienne c. Canada* (1993), 164 N.R. 318—L'instance présentée en vertu de l'ancienne règle équivalant à la règle 399 ne doit pas aller de l'avant en même temps qu'un appel, car la Cour d'appel peut admettre en preuve les faits nouvellement découverts et aussi rendre jugement sur ces faits nouveaux en vertu de ses propres pouvoirs indépendants—Permettre que cela se produise serait susceptible de jeter le discrédit sur l'administration de la justice—La Cour d'appel ne sera pas du tout contrainte pour ce qui est d'exercer sa propre compétence pour admettre une nouvelle preuve et pour décider si cela aura un effet sur le résultat de

**PRATIQUE—Suite**

l'appel—La règle 399 est une règle d'exception—Les jugements ne sont réexaminés ou annulés que dans les circonstances spéciales prévues à la règle 399—La façon adéquate de procéder quand des faits nouveaux sont découverts et qu'il y a un appel pendant est de présenter à la Cour d'appel une demande d'autorisation de présenter cette nouvelle preuve—La question devra être réglée au moment opportun par la Cour d'appel—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.4.

DEL ZOTTO c. M.R.N. (T-1724-99, T-1755-99, juge Hugessen, ordonnance en date du 23-3-00, 7 p.)

**ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ**

Requête visant à obtenir une ordonnance de confidentialité dans une action en contrefaçon et en imitation frauduleuse de marque de commerce—L'avocate de la défenderesse s'est opposée à l'inclusion des paragraphes 9d) (limitant le nombre d'experts à qui les renseignements confidentiels pourraient être divulgués) et 11 (limitant l'utilisation des renseignements confidentiels aux fins de l'action seulement) dans l'ordonnance de confidentialité proposée—Il n'existe aucun motif en droit de limiter, à l'étape des plaidoiries, le nombre d'experts à qui les renseignements confidentiels peuvent être divulgués aux termes d'une ordonnance de confidentialité—L'expression «concurrent direct» n'est pas définie et pourrait obliger une partie à divulguer à l'avance l'identité de son expert ou à courir le risque de violer l'ordonnance de confidentialité—Des passages du paragraphe 9d) ont été supprimés de l'ordonnance de confidentialité—Il faut examiner la nature de l'engagement implicite pour décider si le paragraphe 11 devrait être inséré dans l'ordonnance de confidentialité—L'application de l'engagement implicite ne dépend pas de l'existence d'une ordonnance de confidentialité—Les ordonnances de confidentialité visent un but différent de celui de l'engagement implicite—Il arrive souvent qu'un litige soit réglé sur la base de renseignements que les parties se sont communiquées en conformité avec une ordonnance de confidentialité sans même qu'une enquête préalable ait lieu—En pareil cas, il se peut qu'il n'y ait pas d'engagement implicite—Une disposition comme le paragraphe 11 de l'ordonnance de confidentialité proposée est nécessaire pour déterminer l'utilisation ultérieure qui peut être faite des renseignements confidentiels—L'inclusion d'une disposition comme le paragraphe 11 dans une ordonnance de confidentialité n'a rien de répréhensible et peut s'avérer nécessaire selon la façon dont se déroule le procès—Une telle disposition peut également être nécessaire lorsque, comme c'est le cas dans l'ordonnance de confidentialité proposée, l'expression «renseignements confidentiels» est définie de façon très large et ne se limite pas aux renseignements divulgués au cours de l'enquête préalable—Le paragraphe 11 ne sera pas retranché de

**PRATIQUE—Suite**

l'ordonnance de confidentialité proposée—La requête est accueillie en partie.

MARK ANTHONY PROPERTIES LTD. c. VICTOR INTERNATIONAL INC. (T-1521-99, juge McGillis, ordonnance en date du 10/2/00, 6 p.)

**OUTRAGE AU TRIBUNAL**

La preuve établit que, sauf une courte période l'après-midi du 15 décembre 1994 et le lendemain matin, Apotex a continué, du 14 décembre jusque tard dans la journée du 16 décembre, de vendre l'Apo-Enalapril, produit dont la Cour avait jugé, ainsi que l'indiquent clairement les motifs du jugement déposés le 14 décembre 1994, qu'il contrefaisait le brevet des demanderesses—Le 15 décembre, les ventes d'Apo-Enalapril ont dépassé 9 millions de dollars et, le lendemain, elles excédaient 360 000 \$—Après le 16 décembre, Apotex n'a pas traité de commandes d'Apo-Enalapril jusqu'au 23 décembre, mais elle a continué, après le 16 décembre, à livrer l'Apo-Enalapril aux clients qui avaient effectué leurs achats avant l'interruption des ventes le 16 décembre—Du 23 décembre jusqu'au 9 janvier 1995, les ventes d'Apotex n'étaient pas interdites par l'injonction, du fait du sursis provisoire et, lorsque le sursis provisoire a été annulé le 9 janvier, Apotex a cessé de vendre le produit à ses clients—M. Sherman (président d'Apotex), M. Jack Kay, vice-président exécutif, et l'avocat d'Apotex ont lu les motifs du jugement à la suite de leur dépôt—Selon M. Sherman, les motifs indiquaient qu'une injonction serait prononcée lorsque le jugement formel serait déposé et que, dans l'intervalle, Apotex pouvait poursuivre librement ses activités comme à l'ordinaire—Apotex n'a pas cherché à stimuler les ventes, mais aucun stimulant n'était nécessaire du fait que le produit, seule marque générique du médicament d'ordonnance le plus vendu sur le marché canadien, se vendait facilement grâce à la préférence accordée par les programmes provinciaux de médicaments aux termes desquels il était inscrit parmi les médicaments acceptés pour le financement public des ordonnances médicales dans toutes les provinces sauf une—La règle 355 des Règles de la Cour fédérale embrasse deux types de conduite, 1) la désobéissance à un bref ou à une ordonnance de la Cour ou d'un juge 2) le fait d'agir de façon à gêner la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour—Le premier alinéa du préambule de l'ordonnance de justification décrit l'outrage comme la violation de l'injonction permanente prononcée le 14 décembre 1994—Comme il n'y a pas eu d'injonction prononcée avant le 22 décembre 1994, il ne pouvait y avoir violation de l'injonction ou d'une ordonnance de remise du produit contrefaisant avant le dépôt de l'ordonnance formelle—Le deuxième alinéa du préambule faisait état d'une conduite gênant la bonne administration de la justice ou portant atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour—Dans

## PRATIQUE—Suite

l'arrêt *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. c. Cutter (Canada) Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388, le juge Dickson a statué qu'il peut y avoir outrage au tribunal afférent à ce type de conduite lorsqu'une personne, informée des motifs du jugement, agit, entre le prononcé des motifs et le dépôt du jugement formel, d'une manière dont la Cour a clairement indiqué, dans ses motifs, qu'elle est interdite—Il faut établir hors de tout doute raisonnable que, dans la période du 14 au 22 décembre, Apotex et M. Sherman, informés des motifs du jugement, ont agi en violation des conclusions et des directives exposées dans les motifs du 14 décembre, et en outre que leurs agissements après le 9 janvier 1995, date où le sursis provisoire à l'exécution de l'injonction a été annulé et où l'injonction permanente a retrouvé son plein effet, ont rendu cette injonction et l'ordonnance de remise inopérantes en aidant des tiers pour qu'ils échangent entre eux le produit contrefaisant—La mention, dans les motifs, de la demande de l'avocat visant la possibilité d'une consultation au sujet des termes du jugement formel n'indiquent pas une intention d'attendre l'ordonnance finale pour déterminer la date d'effet des conclusions exposées dans les motifs—La consultation ne pouvait que mettre en œuvre, par le jugement formel, les conclusions déjà posées et en vigueur, sans possibilité de changement significatif, lorsque les motifs du jugement ont été datés et déposés—Les motifs précisaient que les demanderesse Merck avaient droit, à la date des motifs, à une déclaration portant que la défenderesse Apotex avait contrefait certaines revendications de leur brevet, à une injonction permanente interdisant à la défenderesse de contrefaire les revendications valides du brevet et à une ordonnance dans les termes appropriés portant remise ou destruction sous serment ou sous la surveillance de la Cour de tous les produits Apo-Enalapril, sauf le maléate d'énalapril en vrac en stock—Les motifs spécifiaient que Merck avait droit à une injonction permanente interdisant la contrefaçon des revendications valides de son brevet—Étaient jugées constitutives de cette contrefaçon la fabrication et la vente de comprimés d'Apo-Enalapril—Il était clair le 14 décembre que le jugement formel comporterait une injonction permanente—Il y a outrage au tribunal si est fait intentionnellement un acte qui est interdit par l'ordonnance—L'absence d'intention de désobéir constitue une circonstance atténuante mais non pas une circonstance justificatrice—Dès que les motifs de jugement ont été rendus, toute action qui tend à contrecarrer l'objet de l'injonction prévue porte atteinte à ce qui a déjà reçu l'approbation de la justice—Une telle conduite mine le processus judiciaire et peut constituer un outrage au tribunal—Les motifs du jugement décrivaient clairement l'injonction permanente à prononcer—Hors de tout doute raisonnable, Apotex, par l'entremise de ses dirigeants, et M. Sherman, à titre personnel, ont commis un outrage au tribunal en vendant des produits Apo-Enalapril et en autorisant cette vente après avoir lu les motifs du jugement datés du 14 décembre 1994 indiquant qu'en date de ce jour

## PRATIQUE—Suite

Merck avait droit à une injonction permanente interdisant à Apotex de contrefaire les revendications valides du brevet de Merck—Comme «âme dirigeante» d'Apotex, M. Sherman a pris la décision relative à l'effet des motifs du jugement, laquelle a entraîné les ventes d'Apo-Enalapril les deux jours suivants, commettant un outrage au tribunal—La seconde allégation d'outrage au tribunal porte sur les agissements ayant eu lieu entre le 9 janvier 1995, date où le sursis provisoire à l'exécution de l'injonction a été annulé, et le 27 avril 1995, date où l'ordonnance de justification a été prononcée—M. Sherman a donné des instructions à M. Kay portant qu'à compter du 9 janvier 1995, Apotex n'accepterait plus les retours d'Apo-Enalapril de ses clients—Il s'agissait d'une dérogation à la politique normale d'Apotex qui était d'accepter les retours, parce qu'une fois les marchandises retournées, elles ne pouvaient plus être revendues—M. Sherman n'a donné aucune instruction sur la mise en œuvre de la politique de refus des retours—Apotex, par les agissements de M. Barbeau et par la façon dont celui-ci a dirigé son personnel, a joué un rôle actif dans la promotion des ventes et des achats par des tiers du produit contrefaisant, au moins jusqu'au 20 avril 1995, date où la Cour d'appel a fait droit à la prétention d'Apotex selon laquelle le produit provenant du maléate d'énalapril en vrac acquis avant la délivrance du brevet à Merck était protégé contre une action en contrefaçon par l'art. 56 de la Loi sur les brevets—Les agissements d'Apotex pour la période allant du 9 janvier 1995 à la date de l'ordonnance de justification, savoir faciliter les ventes de son produit entre des tiers, non seulement par l'échange de renseignements, mais aussi par une intervention financière sous forme de remises de distribution et de réductions pour règlement rapide, et traiter certaines opérations comme s'il s'agissait de ventes effectuées directement par Apotex à des tiers acheteurs, ont gêné la bonne administration de la justice et ont porté atteinte à l'autorité et à la dignité de la Cour—Les agissements d'Apotex dans ces opérations, sa participation à des arrangements financiers les facilitant, ont miné le processus judiciaire et constituent un outrage au tribunal dans la période postérieure au 9 janvier 1995—M. Sherman n'a pas commis d'outrage au tribunal en instaurant une politique de refus des retours—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règle 355—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 199).

MERCK & CO. INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, MacKay, jugement en date du 7-3-00, 33 p.)

## PARTIES

*Intervention*

Appel d'un jugement interlocutoire de la Section de première instance, qui accordait à l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC) l'autorisation d'intervenir dans

**PRATIQUE—Suite**

les demandes de contrôle judiciaire portant sur une décision du Tribunal canadien des droits de la personne qui rejetait une plainte du Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP) portant que les appelantes pratiquaient une politique salariale discriminatoire vis-à-vis leurs pilotes, agents de bord et membres du personnel des opérations techniques—Le Tribunal a décidé que ces employés travaillent dans des «établissements» distincts aux fins de l'art. 4 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, puisqu'ils sont soumis à des politiques des salaires et du personnel différentes—L'AFPC n'a pas demandé à intervenir dans les procédures devant le Tribunal—La seule question visée par la demande d'intervention est celle de savoir si les agents de bord, pilotes et membres du personnel des opérations techniques font partie du même «établissement» aux fins de l'art. 11—L'ordonnance autorisant l'intervention a été prononcée sans motifs—L'AFPC ne représente personne à l'emploi de l'une ou l'autre des lignes aériennes appelantes; la décision du Tribunal ne renvoie à aucun litige auquel l'AFPC est partie; les motifs qui justifient l'autorisation d'intervenir accordée à l'AFPC sont exactement les mêmes que ceux qui seront soulevés par la Commission et par le SCFP; rien dans la documentation déposée par l'AFPC n'indique qu'elle va présenter à la Cour une jurisprudence, des autorités, ou un point de vue que la Commission ou le SCFP ne pourraient pas, ou ne voudraient pas, présenter—L'intérêt de l'AFPC est de nature «jurisprudentielle»; elle s'inquiète du fait que si la décision du Tribunal est confirmée, il pourrait y avoir des répercussions sur les litiges portant sur l'équité salariale dans l'avenir—Il est bien établi qu'une demande d'intervention ne peut se fonder uniquement sur un intérêt de cette nature—L'AFPC devait démontrer de quelle façon son expertise pouvait aider la Cour à régler les questions soulevées par les parties—Elle ne l'a pas fait—À défaut de connaître le raisonnement du juge des requêtes, la Cour d'appel ne peut trouver aucune base sur laquelle il pourrait avoir autorisé cette intervention sans commettre une erreur—Appel accueilli—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985) ch. H-6, art. 11.

LES LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL  
LTÉE C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA  
PERSONNE) (A-346-99, juge Noël, J.C.A., jugement en  
date du 15-2-00)

*Jonction*

Requête pour constituer un enfant mineur comme partie à une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil des Six-Nations a ordonné à l'épouse du demandeur de quitter le Territoire des Six-Nations de la rivière Grand—L'affidavit à l'appui de la requête donne des renseignements détaillés sur l'effet apparent qu'a eu l'avis d'expulsion sur le bien-être physique, mental et social de l'enfant mineur—Requête accueillie—La requête est régie

**PRATIQUE—Suite**

par la règle 104(1)b des Règles de la Cour fédérale (1998), qui prévoit que la Cour peut ordonner que soit constituée comme partie à l'instance toute personne dont la présence est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l'instance—Les règles 115 et 121 des Règles de la Cour fédérale (1998) reconnaissent expressément que l'enfant mineur a le statut d'une personne affligée d'une invalidité—L'enfant pourrait détenir un intérêt qui ne soit pas entièrement protégé par le rôle qu'assumerait son père comme autre demandeur dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire—L'enfant possède clairement un intérêt dans la décision—L'enfant mineur souffre également d'un problème de santé important, à savoir le syndrome d'alcoolisme fœtal—Le fait que cet enfant soit constitué comme demandeur n'entraîne aucun préjudice à l'égard du défendeur et l'enfant devrait être constitué partie à l'instance pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l'instance, conformément à la règle 104(1)b des Règles de la Cour fédérale (1998)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 104(1)b, 115, 121.

MILLER C. BANDE INDIENNE DES SIX-NATIONS DE LA  
RIVIÈRE GRAND (T-1301-98, juge Heneghan, ordonnance  
en date du 12-4-00, 7 p.)

**PRESCRIPTION**

Requête en jugement sommaire visant à obtenir le rejet de l'action du demandeur au motif qu'elle est prescrite par application de l'art. 269(1) de la Loi sur la défense nationale—Le demandeur faisait partie des Forces armées canadiennes—Il a été arrêté à six reprises par la police militaire et a été accusé de diverses infractions criminelles—Il a été incarcéré au total pendant une dizaine de jours—Le 21 août 1996, le demandeur a introduit une action fondée sur la négligence et une arrestation et une détention illégales—Il s'agit de savoir si l'action du demandeur est prescrite en vertu de l'art. 269(1) de la Loi sur la défense nationale—Au 28 novembre 1995, les présumées arrestations et détentions illégales étaient toutes chose du passé—L'action n'a pas été introduite dans le délai imparti par la Loi—La preuve est loin de démontrer que les faits qui ont conduit à la suspension et à la recommandation de libération se rapportent à la présumée arrestation et à la présumée détention ou qu'ils en découlaient—Le demandeur n'a pas respecté l'obligation qui lui était faite de répondre à la requête en jugement sommaire en énonçant des faits précis démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse quant à la question de savoir s'il avait introduit son action avant l'expiration du délai de prescription applicable—Vu l'ensemble de la preuve soumise à la Cour, qu'il n'y a pas de véritable question litigieuse au sujet du moment où le droit d'action est né—L'action n'a pas été introduite dans les délais prescrits par l'art. 269(1) de la Loi—Les moyens que le demandeur tire de la Charte demeurent-ils valables si

**PRATIQUE—Suite**

les dispositions de la Loi relatives à la prescription rendent irrecevable l'action en responsabilité délictuelle?—La Cour ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir trancher la question comme il se doit—D'autres éléments de preuve devront être présentés—La défenderesse a droit à un jugement rejetant tous les moyens invoqués par le demandeur, sauf ceux qu'il tire des art. 9 et 24(1) de la Charte—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 269(1)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 9, 24(1).

BARON C. CANADA (T-1905-96, juge Dawson, ordonnance en date du 29-2-00, 13 p.)

**REJET DE L'INSTANCE***Retard injustifié*

Requête visant au rejet d'une action pour défaut de poursuite fondée sur la règle 167—Les défendeurs avaient allégué que le demandeur avait indûment tardé à poursuivre l'action—Les procédures, engagées en 1996, ont fait l'objet d'un examen de l'état de l'instance conformément à la règle 380—Feue Harriet Bell était décédée sans laisser de testament au mois d'avril 1988—Six de ses sept enfants, y compris le demandeur, Edward Bell, lui ont survécu—Les deux principaux actifs de la masse successorale étaient une parcelle de terre située dans la réserve (le lot 226) et un terrain de camping exploité sur la propriété—Au mois de juillet 1996, le demandeur avait déposé une déclaration, alléguant qu'il était l'unique héritier de la succession ayant le droit d'utiliser et de posséder le lot 226 et que ni l'entreprise ni les actifs de l'entreprise ne faisaient partie de la succession—Rien n'indiquait que le demandeur avait pris d'autres mesures procédurales en vue de faire avancer l'instance après le 26 juillet 1996—Le 4 mars 1999, la Cour

**PRATIQUE—Fin**

a délivré un avis d'examen de l'état de l'instance enjoignant au demandeur d'exposer, le 6 avril 1999 ou auparavant, les raisons pour lesquelles l'action ne devait pas être rejetée pour cause de retard—Le 21 juin 1999, le protonotaire adjoint avait autorisé la poursuite de l'instance—Lorsqu'une requête concernant un retard est examinée, le critère suivant s'applique, à savoir s'il y a eu retard indû, si le retard est injustifié et si le retard risque de causer un grave préjudice au défendeur—Ce critère ne devrait pas s'appliquer lorsque l'affaire se poursuit à la suite d'un examen de l'état de l'instance—En déterminant si une affaire doit se poursuivre à la suite de l'examen de l'état de l'instance, la Cour tient non seulement compte de l'explication fournie par la partie en défaut au sujet du retard, mais aussi des propositions qui sont faites en vue de faire avancer l'instance—En prenant une décision à la suite de l'examen de l'état de l'instance, la Cour accorde donc énormément d'importance aux prétentions écrites de la partie en cause—Si, en réponse à l'examen de l'état de l'instance, une partie déclare sans équivoque qu'une mesure précise sera prise dans un certain délai et si la Cour ordonne subséquentement que la mesure proposée soit prise, la partie devrait se conformer à l'ordonnance, sauf s'il existe des circonstances indépendantes de sa volonté ou de celle de l'avocat—À défaut de ce faire, la Cour ne sera pas facilement en mesure de superviser et de gérer l'instance—Le demandeur a omis à maintes reprises de respecter les dates limites imposées par la Cour—Il a eu tendance à ne pas se conformer aux ordonnances, ce qui a énormément retardé le déroulement de l'instance—La Cour devrait sanctionner sévèrement l'attitude nonchalante du demandeur—Le demandeur ne devrait pas être autorisé à poursuivre l'action—La requête que les défendeurs ont présentée en vue de faire rejeter l'action pour cause de retard est accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 167, 380.

BELL C. BELL, SUCCESSION (T-1628-96, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 7-4-00, 14 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  
gouvernement Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9